Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2005 Vol. 3

1er cahier, 2005 Vol. 3

Cited as [2005] 3 S.C.R. 3-215

Renvoi [2005] 3 R.C.S. 3-215

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	GINETTE MIGNEAULT	ANNE-MARIE NOËL
PAULINE MCTAVISH		PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2005.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

CONTENTS

Blackwater *v.* Plint 3

Torts — Vicarious liability — Charitable immunity — Negligence — Fiduciary duty — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether Canada and Church jointly vicariously liable to former students for sexual assaults by dormitory supervisor — Whether doctrine of charitable immunity applies to exempt Church from liability — Whether negligence or fiduciary duty by Canada and Church established.

Torts — Non-delegable statutory duty — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether language of Indian Act provisions establishes non-delegable duty of care on Canada to protect safety and welfare of Aboriginal children while attending residential schools — Indian Act, S.C. 1951, c. 29, ss. 113, 114.

Damages — Apportionment — Vicarious liability — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether unequal apportionment of responsibility appropriate in cases of vicarious liability — If so, whether trial judge's unequal apportionment of damages between Canada and Church correct.

Damages — Assessment — Effect of prior abuse — Former student of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether unrelated traumas suffered by student before coming to residential school and statute-barred wrongs at school should have been considered by trial judge in assessing damages for sexual abuse.

Damages — General damages — Aggravated damages — Punitive damages — Quantum — Loss of future earning opportunity — Whether trial judge considered correct factors in assessing and awarding damages.

Conférence des juges du Québec *v.* Quebec (Attorney General) 41

Practice — Supreme Court of Canada — Motions seeking order to amend judgment or order for re-hearing of appeal — Motions dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, Rules 76, 81(1)(a).

E.B. *v.* Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia 45

Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Enterprise risk creation test — Child sexually

Continued on next page

SOMMAIRE

Blackwater *c.* Plint 3

Délits civils — Responsabilité du fait d'autrui — Exonération des organismes de bienfaisance — Négligence — Obligation fiduciaire — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Le gouvernement du Canada et l'Église sont-ils solidairement responsables du fait d'autrui envers les anciens élèves pour les agressions sexuelles commises par le surveillant de dortoir? — La doctrine de l'exonération des organismes de bienfaisance écarte-t-elle la responsabilité de l'Église? — La négligence ou l'obligation fiduciaire du gouvernement du Canada ou de l'Église est-elle établie?

Délits civils — Obligation légale intransmissible — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Le libellé de la Loi sur les Indiens impose-t-il au gouvernement du Canada une obligation de diligence intransmissible dont l'objet est d'assurer la sécurité et le bien-être des enfants autochtones placés dans les pensionnats? — Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art. 113, 114.

Dommages-intérêts — Répartition — Responsabilité du fait d'autrui — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Est-il opportun de répartir inégalement la responsabilité du fait d'autrui? — Dans l'affirmative, le juge de première instance a-t-il eu raison de répartir les dommages-intérêts inégalement entre le gouvernement du Canada et l'Église?

Dommages-intérêts — Évaluation — Incidence de traumatismes antérieurs — Ancien élève d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant son placement au pensionnat — Le juge de première instance aurait-il dû, pour la fixation des dommages-intérêts afférents aux agressions sexuelles, tenir compte des traumatismes subis par l'élève avant son arrivée au pensionnat et de ceux liés à des délits prescrits commis au pensionnat?

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts généraux — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts exemplaires — Montants — Perte de capacité de gain

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

abused while in residential school — Whether Catholic Order operating school vicariously liable for sexual assaults committed by lay employee — Whether strong connection between employee's duties and wrongful acts — Whether case falls to be determined by legal precedents or broad policy rationales — Whether appellate review is foreclosed by trial judge's findings.

Montréal (City) *v.* 2952-1366 Québec Inc. 141

Municipal law — By-laws — Validity — Nuisances — Loudspeaker set up by business in entrance to its club so that passers-by would hear sound of show under way inside — Business convicted under municipal by-law prohibiting noise produced by sound equipment that can be heard from outside — Scope of by-law — Whether by-law exceeding jurisdiction conferred on municipality by its enabling legislation — Charter of the city of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102, arts. 516, 517(l), 520(72) — By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3, art. 9(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Municipal by-law prohibiting noise produced by sound equipment that can be heard from outside — Whether by-law infringing freedom of expression — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3, art. 9(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Public property — Approach for application of s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms to public property.

R. *v.* R.C. 99

Criminal law — Forensic DNA analysis — Order authorizing taking of bodily substances for DNA analysis — Exception — Whether trial judge erred by applying exception and declining to make DNA data bank order with respect to young person guilty of primary designated offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.051.

SOMMAIRE (Suite)

ultérieure — Le juge de première instance a-t-il tenu compte des bons facteurs pour fixer les dommages-intérêts?

Conférence des juges du Québec *c.* Québec (Procureur général) 41

Pratique — Cour suprême du Canada — Requêtes visant à obtenir une ordonnance de modification d'un jugement ou une ordonnance de nouvelle audition — Requêtes rejetées — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 76, 81(1)a).

E.B. *c.* Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia 45

Délits — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Critère de la création du risque d'entreprise — Enfant agressé sexuellement dans un pensionnat — La congrégation catholique qui dirigeait l'école est-elle responsable du fait d'autrui en raison des agressions sexuelles commises par un employé laïque? — Existait-il un lien solide entre les fonctions de l'employé et les actes répréhensibles? — L'affaire doit-elle être tranchée suivant la jurisprudence ou en fonction des considérations de politique générales? — Les conclusions du juge de première instance empêchent-elles l'examen de sa décision en appel?

Montréal (Ville) *c.* 2952-1366 Québec Inc. 141

Droit municipal — Règlements — Validité — Nuisances — Haut-parleur installé par un commerçant dans l'entrée de son bar de façon à ce que le son du spectacle présenté à l'intérieur soit entendu par les passants — Commerçant condamné en vertu du règlement municipal prohibant le bruit produit au moyen d'appareils sonores lorsqu'il s'entend à l'extérieur — Portée du règlement — Le règlement outrepasse-t-il la compétence conférée à la municipalité par sa loi habilitante? — Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-1960, ch. 102, art. 516, 517l), 520 (72) — Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3, art. 9(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Règlement municipal prohibant le bruit produit au moyen d'appareils sonores lorsqu'il s'entend à l'extérieur — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3, art. 9(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propriété publique — Application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés à une propriété publique.

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

R. *c.* R.C. **99**

Droit criminel — Analyse génétique — Ordonnance autorisant le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique — Exception — La juge du procès a-t-elle eu tort d'appliquer l'exception et de refuser de rendre une ordonnance de prélèvement génétique à l'égard d'un adolescent reconnu coupable d'une infraction primaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.051.

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 3, 2005

3e volume, 2005

Frederick Leroy Barney *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development, and United Church of Canada *Respondents*

and

Her Majesty The Queen in Right of Canada, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development *Appellant*

v.

United Church of Canada, R.A.F., R.J.J., M.L.J., M.W. (2), Frederick Leroy Barney and Patrick Dennis Stewart *Respondents*

and

Assembly of First Nations, Women's Legal Education and Action Fund, Native Women's Association of Canada and Disabled Women's Network of Canada *Interveners*

INDEXED AS: BLACKWATER *v.* PLINT

Neutral citation: 2005 SCC 58.

File No.: 30176.

2005: May 16; 2005: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Vicarious liability — Charitable immunity — Negligence — Fiduciary duty — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for

Frederick Leroy Barney *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada, et Église unie du Canada *Intimées*

et

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada *Appelante*

c.

Église unie du Canada, R.A.F., R.J.J., M.L.J., M.W. (2), Frederick Leroy Barney et Patrick Dennis Stewart *Intimés*

et

Assemblée des Premières Nations, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Association des femmes autochtones du Canada et Réseau d'action des femmes handicapées du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BLACKWATER *c.* PLINT

Référence neutre : 2005 CSC 58.

N° du greffe : 30176.

2005 : 16 mai; 2005 : 21 octobre.

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

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

Délits civils — Responsabilité du fait d'autrui — Exonération des organismes de bienfaisance — Négligence — Obligation fiduciaire — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le

sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether Canada and Church jointly vicariously liable to former students for sexual assaults by dormitory supervisor — Whether doctrine of charitable immunity applies to exempt Church from liability — Whether negligence or fiduciary duty by Canada and Church established.

gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Le gouvernement du Canada et l'Église sont-ils solidairement responsables du fait d'autrui envers les anciens élèves pour les agressions sexuelles commises par le surveillant de dortoir? — La doctrine de l'exonération des organismes de bienfaisance écarte-t-elle la responsabilité de l'Église? — La négligence ou l'obligation fiduciaire du gouvernement du Canada ou de l'Église est-elle établie?

Torts — Non-delegable statutory duty — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether language of Indian Act provisions establishes non-delegable duty of care on Canada to protect safety and welfare of Aboriginal children while attending residential schools — Indian Act, S.C. 1951, c. 29, ss. 113, 114.

Délits civils — Obligation légale intransmissible — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Le libellé de la Loi sur les Indiens impose-t-il au gouvernement du Canada une obligation de diligence intransmissible dont l'objet est d'assurer la sécurité et le bien-être des enfants autochtones placés dans les pensionnats? — Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art. 113, 114.

Damages — Apportionment — Vicarious liability — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether unequal apportionment of responsibility appropriate in cases of vicarious liability — If so, whether trial judge's unequal apportionment of damages between Canada and Church correct.

Dommages-intérêts — Répartition — Responsabilité du fait d'autrui — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Est-il opportun de répartir inégalement la responsabilité du fait d'autrui? — Dans l'affirmative, le juge de première instance a-t-il eu raison de répartir les dommages-intérêts inégalement entre le gouvernement du Canada et l'Église?

Damages — Assessment — Effect of prior abuse — Former student of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether unrelated traumas suffered by student before coming to residential school and statute-barred wrongs at school should have been considered by trial judge in assessing damages for sexual abuse.

Dommages-intérêts — Évaluation — Incidence de traumatismes antérieurs — Ancien élève d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant son placement au pensionnat — Le juge de première instance aurait-il dû, pour la fixation des dommages-intérêts afférents aux agressions sexuelles, tenir compte des traumatismes subis par l'élève avant son arrivée au pensionnat et de ceux liés à des délits prescrits commis au pensionnat?

Damages — General damages — Aggravated damages — Punitive damages — Quantum — Loss of future earning opportunity — Whether trial judge considered correct factors in assessing and awarding damages.

Dommages-intérêts — Dommages-intérêts généraux — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts exemplaires — Montants — Perte de capacité de gain ultérieure — Le juge de première instance a-t-il tenu compte des bons facteurs pour fixer les dommages-intérêts?

The Government of Canada and the United Church of Canada operated an Indian residential school in British Columbia in the 1940s, 1950s and 1960s. Aboriginal children were taken from their families pursuant to the *Indian Act* and sent to the school. They were disciplined by corporal punishment. Some, like the appellant B, were repeatedly and brutally sexually assaulted. Four actions were commenced in 1996 by former residents of the school claiming damages for sexual abuse and other harm. The trial judge found that all claims other than those of a sexual nature were statute-barred. P, a dormitory supervisor, was held liable for sexual assault. Canada was held liable for the assaults on the basis of breach of non-delegable statutory duty, and also because Canada and the Church were jointly and vicariously liable for these wrongs. Fault was apportioned 75 percent to Canada and 25 percent to the Church. The trial judge awarded $125,000 general damages and $20,000 aggravated damages to B against the Church and Canada. A further $40,000 punitive damages, plus a future counselling fee of $5,000, was awarded to B against P. Other plaintiffs were awarded amounts commensurate with their situations. The Court of Appeal applied a doctrine of charitable immunity to exempt the Church from liability and placed all liability on Canada on the basis of vicarious liability, awarding B an additional $20,000 for loss of future earning opportunity. Otherwise, it maintained the differing awards for sexual abuse.

Held: B's appeal is dismissed. Canada's appeal is allowed in part. The judgment of the trial judge on the issues of joint vicarious liability against the Church and Canada, and assessment and apportionment of damages, is restored. The judgment of the Court of Appeal on the issue of charitable immunity is set aside. The Court of Appeal's award for loss of future earning opportunity is upheld.

The Church exerted sufficient control over the operations at the residential school that gave rise to the wrong to be found vicariously liable with Canada for the wrongful acts of P. The trial judge's factual findings clearly support a conclusion that the Church was one of P's employers in every sense of the word. None of the considerations relied on by the Court of Appeal —

Dans les années 40, 50 et 60, en Colombie-Britannique, le gouvernement du Canada et l'Église unie du Canada ont géré un pensionnat pour enfants indiens. Des enfants autochtones ont été retirés à leurs familles suivant la *Loi sur les Indiens* et envoyés au pensionnat. On leur a infligé des châtiments corporels pour les corriger. Certains, dont l'appelant B, ont subi à maintes reprises des agressions sexuelles brutales. En 1996, quatre actions ont été intentées par d'anciens pensionnaires en vue d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes de nature délictuelle. Le juge de première instance a statué que tous les recours étaient prescrits, sauf celui pour agression sexuelle. Un surveillant de dortoir, P, a été tenu responsable pour les agressions sexuelles. Le gouvernement du Canada a été tenu responsable de ces agressions à cause de son manquement à une obligation légale intransmissible, mais aussi parce que l'Église et lui étaient solidairement responsables du fait d'autrui à cet égard. La faute a été répartie à raison de 75 p. 100 au gouvernement du Canada et de 25 p. 100 à l'Église. Le juge de première instance les a condamnés à verser à B des dommages-intérêts généraux de 125 000 $ et des dommages-intérêts majorés de 20 000 $. P a en outre été condamné à lui verser des dommages-intérêts exemplaires de 40 000 $, plus 5 000 $ pour les frais de consultation futurs. D'autres demandeurs ont obtenu des montants proportionnés à leurs situations. La Cour d'appel a interprété la doctrine de l'exonération des organismes de bienfaisance de manière à écarter la responsabilité de l'Église et à attribuer l'entière responsabilité du fait d'autrui au gouvernement du Canada, accordant à B 20 000 $ supplémentaires pour la perte de capacité de gain ultérieure. Pour le reste, elle a confirmé les différents montants octroyés pour agression sexuelle.

Arrêt : Le pourvoi de B est rejeté. Le pourvoi du gouvernement du Canada est accueilli en partie. Le jugement de première instance est rétabli en ce qui concerne la responsabilité solidaire du fait d'autrui de l'Église et du gouvernement du Canada, ainsi que la détermination et la répartition des dommages-intérêts. Le jugement de la Cour d'appel est annulé quant à l'exonération à titre d'organisme de bienfaisance. Sa décision d'accorder une indemnité pour la perte de capacité de gain ultérieure est confirmée.

L'Église exerçait sur le fonctionnement du pensionnat ayant mené à la faute un pouvoir suffisant pour être tenue, de pair avec le gouvernement du Canada, responsable du fait d'autrui pour les actes fautifs de P. Les conclusions de fait du juge de première instance étayent clairement la conclusion que l'Église était l'un des employeurs de P dans tous les sens du terme.

Canada's degree of control over the residential school, the Church's specific mandate of promoting Christian education, and the difficulty of holding two defendants vicariously liable for the same wrong — negate the imposition of vicarious liability on the Church. Similarly, the Court of Appeal erred in exempting the Church from liability on the ground of charitable immunity. A class-based exemption from vicarious liability finds support neither in principle nor in the jurisprudence. Exempting non-profit organizations when government is present would not motivate such organizations to take precautions to screen their employees and protect children from sexual abuse. The presence of the government does not guarantee the safety of children, particularly where, as in this case, the non-profit organization has day-to-day management of the institution. [19] [22] [31-32] [41] [44]

The trial judge erred in finding a non-delegable statutory duty to ensure the safety and welfare of the students at the school in the text of ss. 113 and 114 of the 1951 *Indian Act*. First, the language of the provisions uses the permissive term "may", as opposed to the directive term "shall", limiting the possibility of finding an obligation as strong as a duty. Second, the power of the government to enter into agreements with religious organizations for the care and education of Indian children suggests that the duty is eminently delegable and was contracted out of by the government. Arguments based on general obligations outside the strict language of the statute and the residential school setting, such as Parliament's control over definition and registration of Indians and jurisdiction over reserves, are not persuasive. They risk encroaching on other grounds of liability such as breach of fiduciary duty and negligence. Unless a non-delegable statutory duty is based on the language of the statute, the boundaries between the various grounds of liability become meaningless. [50-51] [98]

No basis has been established for finding negligence, breach of fiduciary duty, or for reassessing the damage awards. The trial judge correctly apportioned the damages unequally between Canada and the Church. Parties may be more or less vicariously liable for a wrong depending on their level of supervision and direct contact. Here, the trial judge found that Canada was in a better position than the Church to supervise the situation and prevent the loss. That finding, which was grounded in the evidence, should not be interfered

Aucune des considérations sur lesquelles s'est fondée la Cour d'appel — le degré de pouvoir du gouvernement du Canada sur le pensionnat, la mission de l'Église de promouvoir l'instruction chrétienne et la difficulté de tenir deux défendeurs responsables du fait d'autrui pour une seule et même faute — ne fait obstacle à la responsabilité du fait d'autrui de l'Église. De même, la Cour d'appel a eu tort d'écarter la responsabilité du fait d'autrui de l'Église au motif qu'il s'agissait d'un organisme de bienfaisance. Aucun principe ou arrêt de jurisprudence ne justifie cette exonération fondée sur la nature de l'organisme. Exonérer un organisme sans but lucratif lorsque l'État est partie prenante ne l'inciterait pas à recruter du personnel sûr et à protéger les enfants contre les agressions sexuelles. La participation de l'État ne garantit pas la sécurité des enfants, surtout lorsqu'il incombe à l'organisme sans but lucratif de veiller à l'administration quotidienne de l'établissement, comme c'était le cas en l'espèce. [19] [22] [31-32] [41] [44]

Le juge de première instance a eu tort de dégager des art. 113 et 114 de la *Loi sur les Indiens* de 1951 l'obligation intransmissible d'assurer la sécurité et le bien-être des élèves au pensionnat. Premièrement, le libellé de ces dispositions emploie le verbe « pouvoir », qui confère une faculté, plutôt que le verbe « devoir », qui impose une obligation, limitant ainsi la possibilité d'y voir une véritable obligation. Deuxièmement, le pouvoir de l'État de contracter avec des organisations religieuses pour le soin et l'éducation des enfants indiens donne à penser que l'obligation est tout à fait transmissible et qu'elle a été sous-traitée par l'État. Un argument fondé sur une obligation générale étrangère au strict libellé de la loi et au fonctionnement du pensionnat, comme le pouvoir accordé par le législateur relativement à la définition d'« Indien » et à l'enregistrement à ce titre, et la compétence sur les réserves, n'est pas convaincant. Il risque d'empiéter sur d'autres motifs de responsabilité, tels le manquement à l'obligation fiduciaire et la négligence. La frontière entre les différents chefs de responsabilité n'a de sens que si l'obligation intransmissible découle du libellé de la loi. [50-51] [98]

Aucun élément n'a été avancé pour justifier une conclusion de négligence ou de manquement à une obligation fiduciaire ou la modification du montant des dommages-intérêts. Le juge de première instance a eu raison de répartir les dommages-intérêts inégalement entre le gouvernement du Canada et l'Église. La responsabilité d'une partie pour l'acte fautif d'un tiers dépend de la surveillance plus ou moins grande qu'elle a exercée sur ce tiers et du lien plus ou moins direct qu'elle a entretenu avec lui. En l'espèce, le juge de première

with. Since the basis for assigning greater responsibility to Canada was its greater control over the school operations, the assessment is not affected by the finding that there was no non-delegable duty under the *Indian Act*. Lastly, the trial judge did not err in not considering the traumas suffered by B in his home before coming to the residential school and the statute-barred wrongs at the school in assessing damages. First, in the absence of evidence that B's family difficulties prior to coming to the school had exacerbated the damage B suffered from the sexual assaults he sustained at the school, the trial judge had no choice but to attempt to isolate those traumas and to confine damages to only those arising from the actionable torts, the sexual assaults. Second, to permit damages to be awarded for wrongful acts that are subject to limitation periods that have expired would subvert the legislation and compensate for torts that have been alleged but not proven. It would be to override legislative intent, and fix liability in the absence of legal proof. [70-72] [75] [82] [85] [87] [98]

Cases Cited

Referred to: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *Chernesky v. Armadale Publishers Ltd.*, [1974] 6 W.W.R. 162; *Funnell v. C.P.R.*, [1964] 2 O.R. 325; *Bell Canada v. Cope (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170; *Gerling Global General Insurance Co. v. Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler* (2004), 12 C.C.L.I. (4th) 278; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Bluebird Cabs Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada* (1999), 173 D.L.R. (4th) 318; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18.

Statutes and Regulations Cited

Indian Act, S.C. 1951, c. 29, ss. 113, 114, 115, 117.
Indian Residential School Regulations, 1953, Reg. 2, 13, 14, 15(1)(a), (b), (c), (d), (h).
Negligence Act, R.S.B.C. 1996, c. 333, s. 1(2).

instance a estimé que le gouvernement du Canada était plus en mesure que l'Église de surveiller la situation et de prévenir la perte. Cette conclusion fondée sur la preuve ne devrait pas être modifiée. Étant donné que le gouvernement du Canada s'est vu imputer une plus grande responsabilité parce qu'il avait exercé un plus grand pouvoir sur le fonctionnement du pensionnat, l'inexistence d'une obligation intransmissible découlant de la *Loi sur les Indiens* ne change rien. Enfin, le juge de première instance a eu raison de ne pas tenir compte, pour la fixation des dommages-intérêts, des traumatismes que B avait subis chez lui auparavant ni de ceux découlant de délits prescrits commis au pensionnat. Premièrement, vu l'absence de preuve que les problèmes familiaux antérieurs de B avaient exacerbé le préjudice découlant des agressions sexuelles subies au pensionnat, le juge de première instance n'a eu d'autre choix que de tenter d'isoler ces traumatismes et de n'accorder des dommages-intérêts que pour le préjudice causé par les délits conférant un droit d'action, les agressions sexuelles. Deuxièmement, permettre le dédommagement pour d'autres actes fautifs frappés de prescription priverait la loi de sa raison d'être et permettrait l'indemnisation à l'égard de délits allégués mais non prouvés. L'intention du législateur serait bafouée, et la responsabilité serait imputée en l'absence d'éléments de preuve légaux. [70-72] [75] [82] [85] [87] [98]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Chernesky c. Armadale Publishers Ltd.*, [1974] 6 W.W.R. 162; *Funnell c. C.P.R.*, [1964] 2 O.R. 325; *Bell Canada c. Cope (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170; *Gerling Global General Insurance Co. c. Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler* (2004), 12 C.C.L.I. (4th) 278; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Bluebird Cabs Ltd. c. Guardian Insurance Co. of Canada* (1999), 173 D.L.R. (4th) 318; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18.

Lois et règlements cités

Indian Residential School Regulations, 1953, art. 2, 13, 14, 15(1)a), b), c), d), h).
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art. 113, 114, 115, 117.
Negligence Act, R.S.B.C. 1996, ch. 333, art. 1(2).

Authors Cited

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967.

Husak, Douglas N. "Varieties of Strict Liability" (1995), 8 *Can. J.L. & Jur.* 189.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Hall, Saunders, Low and Smith JJ.A.) (2003), 21 B.C.L.R. (4th) 1, 235 D.L.R. (4th) 60, 192 B.C.A.C. 1, 315 W.A.C. 1, 30 C.C.E.L. (3d) 1, 20 C.C.L.T. (3d) 207, [2004] 3 W.W.R. 217, [2003] B.C.J. No. 2783 (QL) (*sub nom. W.R.B. v. Plint*), 2003 BCCA 671, reversing in part judgments of Brenner J. (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18 (*sub nom. B. (W.R.) v. Plint*), 161 D.L.R. (4th) 538, [1998] 4 C.N.L.R. 13, [1999] 1 W.W.R. 389, [1998] B.C.J. No. 1320 (QL) (*sub nom. W.R.B. v. Plint*) and (2001), 93 B.C.L.R. (3d) 228, [2001] B.C.J. No. 1446 (QL), 2001 BCSC 997. Appeal of Frederick Leroy Barney dismissed. Appeal of Canada allowed in part.

Diane H. Soroka, *Peter R. Grant* and *Allan Early*, for the appellant/respondent Frederick Leroy Barney and the respondents R.A.F., R.J.J., M.L.J. and M.W. (2).

Mitchell R. Taylor and *James M. Ward*, for the appellant/respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development.

Christopher E. Hinkson, *Q.C.*, and *Bernard S. Buettner*, for the respondent the United Church of Canada.

David Paterson, for the respondent Patrick Dennis Stewart.

Jack R. London, *Q.C.*, and *Bryan P. Schwartz*, for the intervener the Assembly of First Nations.

Marie Elena O'Donnell, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the Native Women's Association of Canada and the Disabled Women's Network of Canada.

Doctrine citée

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London : Butterworths, 1967.

Husak, Douglas N. « Varieties of Strict Liability » (1995), 8 *Can. J.L. & Jur.* 189.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Hall, Saunders, Low et Smith) (2003), 21 B.C.L.R. (4th) 1, 235 D.L.R. (4th) 60, 192 B.C.A.C. 1, 315 W.A.C. 1, 30 C.C.E.L. (3d) 1, 20 C.C.L.T. (3d) 207, [2004] 3 W.W.R. 217, [2003] B.C.J. No. 2783 (QL) (*sub nom. W.R.B. c. Plint*), 2003 BCCA 671, qui a infirmé en partie les décisions du juge Brenner (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18 (*sub nom. B. (W.R.) c. Plint*), 161 D.L.R. (4th) 538, [1998] 4 C.N.L.R. 13, [1999] 1 W.W.R. 389, [1998] B.C.J. No. 1320 (QL) (*sub nom. W.R.B. c. Plint*) et (2001), 93 B.C.L.R. (3d) 228, [2001] B.C.J. No. 1446 (QL), 2001 BCSC 997. Pourvoi de Frederick Leroy Barney rejeté. Pourvoi du gouvernement du Canada accueilli en partie.

Diane H. Soroka, *Peter R. Grant* et *Allan Early*, pour l'appelant/intimé Frederick Leroy Barney et les intimés R.A.F., R.J.J., M.L.J. et M.W. (2).

Mitchell R. Taylor et *James M. Ward*, pour l'appelante/intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada.

Christopher E. Hinkson, *c.r.*, et *Bernard S. Buettner*, pour l'intimée l'Église unie du Canada.

David Paterson, pour l'intimé Patrick Dennis Stewart.

Jack R. London, *c.r.*, et *Bryan P. Schwartz*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Marie Elena O'Donnell, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association des femmes autochtones du Canada et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

Are the Government of Canada and the United Church of Canada ("Church") liable to Aboriginal students who attended residential schools operated by them in British Columbia in the 1940s, 1950s and 1960s? If so, on what legal basis are they liable, and how should liability be apportioned between them? Finally, what damages should be awarded? These are the central questions on this appeal.

The appeal arises from four actions commenced in 1996 by 27 former residents of the Alberni Indian Residential School ("AIRS") claiming damages for sexual abuse and other harm. The children had been taken from their families pursuant to the *Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, and sent to the school, which had been established by the Church's predecessor, the Presbyterian Church of Canada, in 1891 to provide elementary and high school education to Aboriginal children whose families resided in remote locations on the west coast of Vancouver Island. The children were cut off from their families and culture and made to speak English. They were disciplined by corporal punishment. Some, like the appellant Mr. Barney, were repeatedly and brutally sexually assaulted.

A number of former students, including Mr. Barney, brought an action for damages for the wrongs they had suffered. The trial proceeded in two stages; an inquiry into vicarious liability ((1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18 ("1998 decision")) followed by a further liability and damages assessment three years later ((2001), 93 B.C.L.R. (3d) 228, 2001 BCSC 997 ("2001 decision")).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

Le gouvernement du Canada et l'Église unie du Canada (« Église ») ont-ils une responsabilité à l'égard des élèves autochtones qui ont fréquenté leurs pensionnats en Colombie-Britannique dans les années 40, 50 et 60? Dans l'affirmative, quel en est le fondement juridique et comment doit-elle être répartie entre eux? Enfin, quel montant y a-t-il lieu d'accorder à titre de dommages-intérêts? Telles sont les principales questions que notre Cour est appelée à trancher en l'espèce. 1

Le présent pourvoi découle de quatre actions en dommages-intérêts intentées en 1996 par 27 anciens pensionnaires de l'Alberni Indian Residential School (« Pensionnat ») relativement à des agressions sexuelles et à d'autres actes de nature délictuelle. Enfants, ils ont été retirés à leurs familles suivant la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, puis envoyés au pensionnat créé en 1891 par l'Église presbytérienne du Canada, à laquelle a succédé l'Église, afin de dispenser un enseignement primaire et secondaire aux enfants autochtones habitant des endroits reculés sur la côte ouest de l'île de Vancouver. Les enfants ont perdu tout contact avec leurs familles et leur culture et ont été amenés à s'exprimer en anglais. On leur a infligé des châtiments corporels pour les corriger. Certains, dont l'appelant M. Barney, ont subi à maintes reprises des agressions sexuelles brutales. 2

Un certain nombre d'anciens pensionnaires, dont M. Barney, ont intenté une action en dommages-intérêts pour les préjudices subis. Le procès s'est déroulé en deux étapes : tout d'abord, l'examen de la responsabilité du fait d'autrui ((1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18 (« décision de 1998)), puis, trois ans plus tard, le règlement d'autres questions relatives à la responsabilité, suivi de la détermination du montant des dommages-intérêts ((2001) 93 B.C.L.R. (3d) 228, 2001 BCSC 997 (« décision de 2001)). 3

4 The trial judge found that all claims other than those of a sexual nature were statute-barred. He held a dormitory supervisor, Plint, liable to six plaintiffs for sexual assault. He held Canada liable for the assaults on the basis of breach of non-delegable statutory duty, and also found that Canada and the Church were jointly and vicariously liable for these wrongs. He apportioned fault 75 percent to Canada and 25 percent to the Church. The trial judge awarded Mr. Barney $125,000 general damages and $20,000 aggravated damages, against the Church and Canada. In addition, the trial judge awarded Mr. Barney punitive damages against Plint in the sum of $40,000 plus a future counselling fee of $5,000. Other plaintiffs were awarded amounts commensurate with their situations.

Le juge de première instance a statué que tous les recours étaient prescrits, sauf celui pour agression sexuelle. Il a tenu le surveillant de dortoir, M. Plint, responsable pour l'agression sexuelle de six demandeurs. Il en a également tenu responsable le gouvernement du Canada à cause du manquement à une obligation légale intransmissible. Il a conclu que le gouvernement du Canada et l'Église étaient solidairement responsables du fait d'autrui à cet égard. Il a fixé à 75 p. 100 la part de responsabilité du gouvernement du Canada et à 25 p. 100 celle de l'Église. Il les a condamnés à verser à M. Barney des dommages-intérêts généraux de 125 000 $ et des dommages-intérêts majorés de 20 000 $. M. Plint devait en outre verser à M. Barney des dommages-intérêts exemplaires se montant à 40 000 $, plus 5 000 $ pour les frais de consultation futurs. D'autres demandeurs ont obtenu des montants proportionnés à leurs situations.

5 All the parties appealed to the B.C. Court of Appeal. The Court of Appeal applied a doctrine of charitable immunity to exempt the Church from liability and to place all liability on Canada on the basis of vicarious liability ((2003), 21 B.C.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 671). It expressed the view that Canada was more responsible than the Church and in a better position to compensate for the damage, and concluded that vicarious liability should not be imposed on the Church. It also granted one of the plaintiffs, M.J., a new trial, and increased the damages of two others. The Court of Appeal awarded Mr. Barney an additional $20,000 for loss of future earning opportunity. Otherwise, it maintained the differing awards for sexual abuse.

Toutes les parties ont interjeté appel du jugement. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a interprété la règle de l'exonération des organismes de bienfaisance de manière à écarter la responsabilité de l'Église et à attribuer l'entière responsabilité du fait d'autrui au gouvernement du Canada ((2003), 21 B.C.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 671). Elle a estimé que le gouvernement du Canada avait une plus grande part de responsabilité que l'Église et qu'il était plus à même d'indemniser les victimes. Elle a aussi conclu que l'Église ne devait pas être tenue solidairement responsable du fait d'autrui. Elle a également ordonné un nouveau procès dans le cas d'un demandeur, M.J., et augmenté le montant des dommages-intérêts octroyés à deux autres. Elle a accordé à M. Barney 20 000 $ supplémentaires pour la perte de capacité de gain ultérieure. Pour le reste, elle a confirmé les différents montants octroyés pour l'agression sexuelle.

6 The plaintiff Mr. Barney and the defendant Canada now appeal to this Court. Mr. Barney alleges errors in the application of the principles of liability and the assessment of damages. More particularly, he raises the following issues:

Le demandeur Barney et le défendeur le gouvernement du Canada interjettent aujourd'hui appel devant notre Cour. M. Barney allègue que des erreurs entachent l'application des principes de responsabilité et la détermination des dommages-intérêts. Il soulève plus particulièrement les questions suivantes :

1. Did the courts below err in the application of the principles regarding liability for, and assessment of, damages in the circumstances of sexual abuse of Mr. Barney where the defendants who are liable for the sexual abuse are also responsible for other tortious, but time-barred, acts?

2. Did the courts below err in finding no breach of fiduciary duty by the defendants?

3. Did the courts below err in their application of the test for negligence and in finding that the defendants were not negligent?

4. Did the courts below err in the calculation of general and aggravated damages?

5. Did the courts below err in not awarding punitive damages against Canada?

6. Did the Court of Appeal err in awarding the appellant only a nominal award for loss of future earning opportunity?

Canada raises the following issues relating to liability and fault:

1. Whether in the circumstances of this case the Court of Appeal erred in granting the Church charitable immunity from vicarious liability;

2. Whether the trial judge erred in finding Canada owed and breached a non-delegable duty arising from the *Indian Act* such that Canada is liable for the abuse the plaintiffs suffered at the AIRS; and

3. Whether the trial judge erred in apportioning fault between Canada and the Church on

1. Les tribunaux inférieurs ont-ils commis une erreur dans l'application des principes de responsabilité aux agressions sexuelles dont il a été victime et dans l'évaluation du préjudice, dans la mesure où les défendeurs étaient responsables non seulement des agressions sexuelles, mais également d'autres actes délictuels pour lesquels tout recours était prescrit?

2. Ont-ils eu tort de ne pas conclure au manquement des défendeurs à une obligation fiduciaire?

3. Ont-ils mal appliqué le critère de la négligence et ont-ils eu tort de conclure que les défendeurs n'avaient pas été négligents?

4. Ont-ils commis une erreur dans le calcul des dommages-intérêts généraux et majorés?

5. Ont-ils eu tort de ne pas condamner le gouvernement du Canada à des dommages-intérêts exemplaires?

6. La Cour d'appel a-t-elle eu tort de n'accorder à l'appelant que des dommages-intérêts modestes pour la perte de capacité de gain ultérieure?

Le gouvernement du Canada soulève les questions suivantes sur le plan de la responsabilité et de la faute : 7

1. Vu les circonstances de l'espèce, la Cour d'appel a-t-elle eu tort d'exonérer l'Église de la responsabilité du fait d'autrui au motif qu'elle était un organisme de bienfaisance?

2. Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure à l'existence d'une obligation intransmissible incombant au gouvernement du Canada et découlant de la *Loi sur les Indiens* et au manquement à cette obligation, et de tenir le gouvernement responsable des sévices dont les demandeurs avaient été victimes au Pensionnat?

3. Le juge de première instance a-t-il eu tort de ne pas imputer la faute à parts égales au

anything but an equal basis in circumstances where both defendants were liable solely on no-fault legal principles.

8 The two appeals, considered together, raise the following legal issues, which I propose to deal with in order:

1. Negligence
2. Vicarious liability
3. The doctrine of charitable immunity
4. Non-delegable statutory duty
5. Fiduciary duty
6. Apportionment of damages
7. Damages: the effect of prior harm
8. General and aggravated damages: quantum
9. Punitive damages
10. Loss of future opportunity

9 A more general issue lurks beneath the surface of a number of the specific legal issues. It concerns how claims such as this, which reach back many years, should be proved, and the role of historic and social science evidence in proving issues of liability and damages. For example, to what extent is evidence of generalized policies toward Aboriginal children relevant? Can such evidence lighten the burden of proving specific fault and damage in individual cases? I conclude that general policies and practices may provide relevant context for assessing claims for damages in cases such as this. However, government policy by itself does not create a legally actionable wrong. For that, the law requires specific wrongful acts causally connected to damage suffered. This appeal must be decided on the evidence

gouvernement du Canada et à l'Église dans la mesure où les deux défendeurs ont été tenus responsables sur le seul fondement de principes de responsabilité sans égard à la faute?

J'aborderai dans l'ordre suivant les questions de droit que les appels soulèvent tous deux :

1. Négligence
2. Responsabilité du fait d'autrui
3. Doctrine de l'exonération des organismes de bienfaisance
4. Obligation légale intransmissible
5. Obligation fiduciaire
6. Répartition des dommages-intérêts
7. Dommages-intérêts : incidence de traumatismes antérieurs
8. Dommages-intérêts généraux et majorés : montants
9. Dommages-intérêts exemplaires
10. Perte de capacité de gain ultérieure

Une question plus générale se profile derrière certaines de ces questions : dans une affaire comme celle considérée en l'espèce, où les faits remontent à de nombreuses années, quelle preuve doit être présentée relativement à la responsabilité et au préjudice et quel est à cet égard le rôle des éléments de preuve relevant de l'histoire et des sciences sociales. Par exemple, dans quelle mesure la preuve de pratiques généralisées à l'endroit des enfants autochtones est-elle pertinente? Peut-elle atténuer l'obligation de prouver la faute et le préjudice dans un cas donné? Je conclus que les politiques et les pratiques générales peuvent constituer des éléments de contexte pertinents pour statuer sur une action en dommages-intérêts comme celle à l'origine du présent pourvoi. Cependant, l'existence d'une politique gouvernementale ne crée pas en soi une faute conférant un droit d'action. Un

adduced at trial and considered by the Court of Appeal.

In the result, I conclude that the Court of Appeal erred in finding that the Church was protected by the doctrine of charitable immunity, and that the trial judge erred in finding a non-delegable statutory duty on Canada on the terms of the *Indian Act*. I would not interfere with the trial judge's conclusions on negligence, vicarious liability, breach of fiduciary duty or the assessment of damages.

2. Analysis

2.1 *Negligence*

Mr. Barney argues that the trial judge erred in dismissing the claims that the Church and Canada were negligent in employing and continuing to employ various employees when they knew or ought to have known that the employees were pedophiles, in failing to take reasonable steps to prevent or stop physical and sexual assaults, in failing to investigate abuse after it was reported by the students, and in failing to exercise reasonable supervision and direction over their employees.

The trial judge carefully considered the law and the evidence on the issue of negligence. He found that both Canada and the Church were sufficiently proximate to the claimants to give rise to a duty of care to them. He rejected the argument that Canada was exempt from negligence on the basis that its decisions arose from policy decisions: "Here Canada is being taken to task for not only its policy of having Indian residential schools such as AIRS, but also the steps that it took or failed to take to execute that policy" (2001 decision, at para. 79).

lien de causalité doit être établi entre l'acte fautif et le préjudice. Le présent pourvoi doit être réglé au vu de la preuve offerte au procès et soupesée par la Cour d'appel.

10 À mon sens, la Cour d'appel a eu tort de conclure que l'Église était exonérée en tant qu'organisme de bienfaisance et le juge de première instance a conclu à tort que la *Loi sur les Indiens* imposait une obligation intransmissible au gouvernement du Canada. J'estime qu'il n'y a pas lieu de modifier les conclusions du juge de première instance en ce qui concerne la négligence, la responsabilité du fait d'autrui, le manquement à l'obligation fiduciaire ou la détermination des dommages-intérêts.

2. Analyse

2.1 *Négligence*

11 M. Barney soutient que le juge de première instance a eu tort de rejeter les allégations selon lesquelles l'Église et le gouvernement du Canada avaient fait preuve de négligence en employant puis en gardant à leur service des personnes dont ils savaient ou auraient dû savoir qu'elles étaient pédophiles, en omettant de prendre des mesures raisonnables pour empêcher ou faire cesser les agressions physiques et sexuelles, en omettant de faire enquête sur les agressions une fois que les élèves les eurent dénoncées et en omettant de surveiller et d'encadrer convenablement leurs employés.

12 Le juge de première instance a examiné attentivement le droit et les éléments de preuve relatifs à la négligence. Il a estimé que le gouvernement du Canada et l'Église entretenaient tous deux des liens suffisamment étroits avec les demandeurs pour avoir envers eux une obligation de diligence. Il a rejeté la prétention selon laquelle le gouvernement du Canada n'avait pas fait preuve de négligence puisqu'il avait pris ses décisions sur le fondement de politiques générales : [TRADUCTION] « En l'occurrence, le gouvernement du Canada se voit reprocher non seulement sa politique de mise sur pied de pensionnats indiens, comme celui d'Alberni, mais également les mesures qu'il a prises ou qu'il a omis de prendre pour mettre cette politique en œuvre » (décision de 2001, par. 79).

13 Having concluded that both the Church and Canada owed a duty of care to the claimants, the trial judge examined the applicable standard of care to define the extent of that duty. The question was what Canada and the Church knew or ought to have known, judged by the standards applicable at the time of the acts — the 1940s to the 1960s. In other words, was the risk of sexual assault of the children reasonably foreseeable at the time?

Après avoir conclu que l'Église et le gouvernement du Canada avaient tous deux une obligation de diligence envers les demandeurs, le juge de première instance a déterminé l'étendue de cette obligation au regard de la norme de diligence applicable. La question était la suivante : qu'est-ce que le gouvernement du Canada et l'Église savaient ou auraient dû savoir, compte tenu de l'époque où se sont produits les actes — les années 40 à 60? Autrement dit, le risque que les enfants soient agressés sexuellement était-il alors raisonnablement prévisible?

14 The trial judge concluded that the harm was not foreseeable on the evidence before him. There was no evidence that the possibility of sexual assault was actually brought to the attention of the people in charge of AIRS. The trial judge found that the children had not been very clear in reporting the abuse and the adults to whom they reported did not realize the children were talking about sexual abuse, an almost unthinkable idea at the time. Former employees at AIRS testified that they were ignorant of any systemic or widespread abuse at the school and the doctor who cared for the children there never suspected abuse. On the two occasions that a sexual abuse was brought to the supervisor's attention, the perpetrator was immediately fired.

Au vu de la preuve, le juge de première instance s'est dit d'avis que le préjudice n'était pas prévisible. Aucun élément n'établissait que les responsables du Pensionnat avaient effectivement été mis au courant de la possibilité d'agressions sexuelles. Selon lui, les enfants n'avaient pas signalé les agressions très clairement, et les adultes auxquels ils s'étaient adressés n'avaient pas saisi qu'il s'agissait d'agressions sexuelles, une éventualité alors presque impensable. D'anciens employés du Pensionnat ont témoigné avoir ignoré l'existence d'agressions systématiques ou généralisées dans l'établissement, et le médecin qui s'occupait des enfants n'a jamais soupçonné qu'ils étaient maltraités. Les deux fois où il avait été informé d'une agression sexuelle, le surveillant avait congédié l'agresseur sur-le-champ.

15 Nor, given the standards and awareness of the time, could it be contended that they ought to have known of the risks; as the trial judge stated, ". . . when the evidence is examined closely, one is drawn to the conclusion that the unspeakable acts which were perpetrated on these young children were just that: at that time they were for the most part not spoken of" (2001 decision, at para. 135). By contemporary standards, the measures taken were clearly inadequate and the environment unsafe. But by the standards of the time, constructive knowledge of a foreseeable risk of sexual assault to the children was not established. As a result, the trial judge dismissed the claims of negligence against the Church and Canada.

Selon les normes de l'époque et la sensibilisation qui existait alors, l'on ne peut non plus affirmer qu'ils auraient dû connaître le risque. Le juge de première instance a dit : [TRADUCTION] « examinée de plus près, la preuve porte à conclure que les actes innommables dont ces jeunes enfants ont été victimes ne pouvaient tout simplement pas être nommés : à l'époque, le plus souvent, on n'en parlait pas » (décision de 2001, par. 135). Pour mes contemporains, les mesures prises étaient nettement insuffisantes et le milieu de vie, peu sûr. Toutefois, suivant les normes de l'époque, la connaissance présumée d'un risque prévisible que les enfants soient sexuellement agressés n'a pas été établie. Le juge de première instance a donc rejeté les allégations de négligence formulées contre l'Église et le gouvernement du Canada.

Mr. Barney does not point to specific errors in the trial judge's application of the test and conclusion on standard of care. Instead he focuses on the trial judge's factual findings. In particular, he argues that the Church and Canada should have investigated why so many children were running away from AIRS and clarified the complaints of the children. This goes to the actual and constructive knowledge of the defendants, and more particularly, what steps they should have taken if they had had knowledge of sexual abuse. The trial judge addressed these matters thoroughly and sensitively in his reasons, and the Court of Appeal correctly concluded that no error in his conclusions on negligence had been demonstrated.

Mr. Barney's appeal on this point must be dismissed.

2.2 *Vicarious Liability*

The trial judge accepted that the Church and Canada were vicariously liable for the wrongful acts of the dormitory supervisor, Plint. The Court of Appeal disagreed. While it upheld the trial judge's finding that Canada was vicariously liable because of its control over the principal and activities at AIRS, the court held that the Church's non-profit status exempted it from any liability.

I conclude that the trial judge was correct in concluding that both the Church and Canada are vicariously liable for the wrongful acts of Plint.

Vicarious liability may be imposed where there is a significant connection between the conduct authorized by the employer or controlling agent and the wrong. Having created or enhanced the risk of the wrongful conduct, it is appropriate that the employer or operator of the enterprise be held responsible, even though the wrongful act may be contrary to its desires: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534. The fact that wrongful acts may occur is a cost of business. The imposition of vicarious liability in such circumstances serves the policy

M. Barney ne relève aucune erreur particulière dans l'application du critère et la conclusion sur la norme de diligence. Il s'en prend plutôt aux conclusions de fait du juge de première instance. Plus précisément, il fait valoir que l'Église et le gouvernement du Canada auraient dû chercher à savoir pourquoi tant d'enfants s'enfuyaient du Pensionnat et faire la lumière sur les plaintes des enfants. Cette prétention touche à la connaissance réelle et présumée des défendeurs et, surtout, aux mesures qu'ils auraient dû prendre s'ils avaient eu connaissance des agressions sexuelles. Dans ses motifs, le juge de première instance a abordé ces questions avec minutie et doigté, et la Cour d'appel a conclu à juste titre qu'aucune erreur n'entachait ses conclusions sur la négligence. 16

Je suis d'avis de rejeter l'appel de M. Barney sur ce point. 17

2.2 *Responsabilité du fait d'autrui*

Le juge de première instance a reconnu la responsabilité de l'Église et du gouvernement du Canada pour les actes fautifs du surveillant de dortoir, M. Plint. La Cour d'appel n'a pas partagé son avis. Elle a confirmé que le gouvernement du Canada était responsable du fait d'autrui à cause de son pouvoir sur le directeur et les activités du Pensionnat, mais elle a conclu que la qualité d'organisme de bienfaisance exonérait l'Église de toute responsabilité. 18

J'estime que le juge de première instance a eu raison de conclure à la responsabilité du fait d'autrui de l'Église et du gouvernement du Canada pour les actes fautifs de M. Plint. 19

La responsabilité du fait d'autrui peut être imputée dès lors qu'il existe un lien important entre la conduite autorisée par l'employeur, ou le surveillant, et la faute. L'employeur ou le dirigeant de l'entreprise qui a créé ou accru le risque de comportement fautif doit être tenu responsable même lorsque l'acte fautif peut aller à l'encontre de sa volonté : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534. Le coût associé à la réalisation de ce risque incombe à l'entreprise. Lui imputer la responsabilité pour le fait d'autrui permet d'atteindre les objectifs de 20

ends of providing an adequate remedy to people harmed by an employee and of promoting deterrence. When determining whether vicarious liability should be imposed, the court bases its decision on several factors, which include: (a) the opportunity afforded by the employer's enterprise for the employee to abuse his power; (b) the extent to which the wrongful act furthered the employer's interests; (c) the extent to which the employment situation created intimacy or other conditions conducive to the wrongful act; (d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim; and (e) the vulnerability of potential victims.

21 I turn first to the vicarious liability of the Church. On the documents, the Church was Plint's immediate employer. Plint was in charge of the dormitory in which Mr. Barney slept and was answerable to the Church. The trial judge considered the legal test for vicarious liability and concluded that the Church was one of Plint's employers. It employed him in furtherance of its interest in providing residential education to Aboriginal children, and gave him the control and opportunity that made it possible for him to prey on vulnerable victims. In these circumstances, the trial judge found the Church, together with Canada, to be vicariously liable for Plint's sexual assault of the children. However, the Court of Appeal concluded that because of management arrangements between the Church and Canada, the Church could not be considered Plint's employer for purposes of vicarious liability.

22 The trial judge made at least eight factual findings that support his conclusion that the Church was one of Plint's employers in every sense of the word and should be vicariously liable for the assaults.

23 First, the principal, who was responsible for hiring and supervising dormitory supervisors, was hired by the Church subject to Canada's approval as a matter of convention (Caldwell in 1944 and

politique générale que sont l'indemnisation appropriée de la victime et la dissuasion. Pour déterminer si la responsabilité du fait d'autrui est fondée, le tribunal tient compte de plusieurs facteurs dont a) l'occasion que l'entreprise a donnée à l'employé d'abuser de son pouvoir, b) la mesure dans laquelle l'acte fautif a contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur, c) la mesure dans laquelle le contexte de travail a créé un climat d'intimité ou d'autres conditions propices à la commission de l'acte fautif, d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime et e) la vulnérabilité des victimes potentielles.

J'aborde tout d'abord la question de la responsabilité de l'Église pour le fait d'autrui. Suivant la preuve documentaire, l'Église était l'employeur immédiat de M. Plint, qui était chargé de la surveillance du dortoir où dormait M. Barney et relevait de l'Église. Le juge de première instance s'est penché sur le critère juridique applicable à la responsabilité du fait d'autrui et a conclu que l'Église était l'un des employeurs de M. Plint. L'Église avait retenu les services de M. Plint afin de réaliser son objectif — la scolarisation des enfants autochtones en pensionnat —, et elle lui avait donné le pouvoir de s'en prendre à des victimes vulnérables et fourni l'occasion de le faire. Le juge de première instance a donc tenu l'Église et le gouvernement du Canada responsables du fait d'autrui — l'agression sexuelle des enfants par M. Plint. Toutefois, étant donné les accords intervenus entre l'Église et le gouvernement du Canada relativement à l'administration du Pensionnat, la Cour d'appel a conclu que l'Église ne pouvait être considérée comme l'employeur de M. Plint ni, par conséquent, tenue responsable des actes de ce dernier.

Le juge de première instance a tiré au moins huit conclusions de fait à l'appui de sa thèse selon laquelle l'Église était l'un des employeurs de M. Plint, dans tous les sens du terme, et devait être tenue responsable des agressions.

Premièrement, chargé du recrutement et de l'encadrement des surveillants de dortoir, le directeur était engagé par l'Église sur l'approbation du gouvernement du Canada, suivant la convention établie

Dennys in 1958) and as a matter of agreement (Andrews in 1962): 1998 decision, at paras. 54-55.

(M. Caldwell en 1944 et M. Dennys en 1958), puis suivant l'accord intervenu (M. Andrews en 1962) : décision de 1998, par. 54-55.

Second, it was Principal Andrews' understanding that the Church hired and fired him. In the course of his employment, the principal communicated with both Canada and the Church on a regular basis. The Church was his direct supervisor and controlled the principal's salary: 1998 decision, at para. 60. Andrews' vice-principal confirmed that he was hired by a representative of the Church: 1998 decision, at para. 61.

24 Deuxièmement, le directeur Andrews croyait que son engagement et son congédiement relevaient de l'Église. Dans l'exercice de ses fonctions, il communiquait régulièrement tant avec elle qu'avec le gouvernement du Canada. L'Église était son supérieur immédiat et décidait de son salaire : décision de 1998, par. 60. L'adjoint de M. Andrews a confirmé avoir été engagé par un représentant de l'Église : décision de 1998, par. 61.

Third, the Church was involved in all aspects of the operation and management of AIRS, including the ongoing supervision of the principal, the periodic inspection of the school, the hiring of Church workers directly (although it was not responsible for hiring teaching staff after 1949) and the religious education of the students: 1998 decision, at para. 65. In its 1993 Brief to the Royal Commission on Aboriginal Peoples, the Church described that it was responsible for the "day-to-day atmosphere and activity" of the schools as "implementing agents": 1998 decision, at para. 66. The principal controlled Plint in the conduct of his duties as dormitory supervisor.

25 Troisièmement, l'Église participait à tous les aspects de la direction et de l'administration du Pensionnat, y compris la surveillance constante du directeur, l'inspection périodique de l'établissement, l'engagement direct de ses employés (sauf le personnel enseignant après 1949) et l'éducation religieuse des élèves : décision de 1998, par. 65. Suivant le mémoire qu'elle a remis à la Commission royale sur les peuples autochtones en 1993, l'Église s'occupait, en tant qu'[TRADUCTION] « organe d'exécution », « du fonctionnement et du cadre quotidiens » des écoles : décision de 1998, par. 66. Le directeur encadrait M. Plint dans l'exécution de ses fonctions de surveillant de dortoir.

Fourth, the Church managed a pension plan for lay employees, though the employer's contributions were paid by Canada: 1998 decision, at para. 69.

26 Quatrièmement, l'Église gérait le régime de retraite des employés laïques, même si les cotisations de l'employeur étaient acquittées par le gouvernement du Canada : décision de 1998, par. 69.

Fifth, the principal's authority to dismiss employees was subject to review by the Church, and dismissed employees could appeal to the Church Advisory Committee: 1998 decision, at para. 69.

27 Cinquièmement, le directeur pouvait congédier un employé, mais sa décision était soumise au contrôle de l'Église; l'employé pouvait contester son congédiement devant le comité consultatif de l'Église : décision de 1998, par. 69.

Sixth, the Church made periodic grants to the school's operation (although the budget was funded by Canada), guaranteed the AIRS overdraft and set a limit to the school's line of credit: 1998 decision, at paras. 70-71.

28 Sixièmement, l'Église faisait périodiquement don d'une somme au Pensionnat (même si le budget de fonctionnement de ce dernier était financé par le gouvernement du Canada), garantissait son découvert et fixait la limite de sa marge de crédit : décision de 1998, par. 70-71.

29 Seventh, the Church inspected the school annually and provided the Christian education at the school: 1998 decision, at paras. 70-71.

30 Finally, the Church appointed an advisory committee to ensure that Church policies were being carried out at the school: 1998 decision, at para. 64.

31 In summary, the trial judge adduced compelling reasons for his conclusion that the Church did in fact exert sufficient control to be found vicariously liable with Canada.

32 The Court of Appeal, in rejecting the Church's vicarious liability, relied on Canada's degree of control over AIRS, the Church's specific mandate to promote Christian education, and the difficulty of holding two defendants — Canada and the Church — vicariously liable for the same wrong. I conclude that none of these considerations negate the imposition of vicarious liability on the Church.

33 The Court of Appeal's first reason for not imposing vicarious liability on the Church is that this would be inappropriate, given the degree of control over the operations exercised by the government. In making this finding, the Court of Appeal engaged in extensive re-evaluation of the evidence to negate the trial judge's conclusion that the Church had sufficient control to attract vicarious liability. Esson J.A. emphasized that the agreement between the government and the Church did not transfer all management responsibility to the Church, and that under the agreement the Minister retained detailed control over the operation. He pointed out that Canada had taken the position before the Canada Labour Relations Board that the employees of residential schools were employees of the Crown. As for the overwhelming evidence that the Church in fact had the daily management and control of the school, including the hiring, firing and supervision of staff, Esson J.A. concluded that this did not matter, since the Church official in charge, Reverend Joblin, was the agent of Canada in

Septièmement, l'Église inspectait l'établissement chaque année et y dispensait l'enseignement chrétien : décision de 1998, par. 70-71.

Enfin, l'Église avait mis sur pied un comité consultatif chargé du respect de ses politiques à l'école : décision de 1998, par. 64.

En résumé, le juge de première instance a étayé de manière convaincante sa conclusion que l'Église exerçait un pouvoir suffisant pour être tenue, de pair avec le gouvernement du Canada, responsable du fait d'autrui.

Pour écarter la responsabilité du fait d'autrui de l'Église, la Cour d'appel a tenu compte du degré de pouvoir du gouvernement du Canada sur le Pensionnat, de la mission de l'Église de promouvoir l'instruction chrétienne, ainsi que de la difficulté de tenir deux défendeurs — le gouvernement du Canada et l'Église — responsables du fait d'autrui pour une seule et même faute. Je conclus qu'aucune de ces considérations ne fait obstacle à la responsabilité du fait d'autrui de l'Église.

La Cour d'appel a tout d'abord invoqué à l'encontre de celle-ci le pouvoir exercé par le gouvernement du Canada sur le fonctionnement du Pensionnat. Elle a donc réexaminé tous les éléments de preuve afin d'écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'Église exerçait un pouvoir suffisant pour être tenue responsable du fait d'autrui. Le juge Esson a rappelé que suivant l'accord liant le gouvernement du Canada et l'Église, l'entière responsabilité de l'administration n'était pas transmise à l'Église, le ministre conservant un droit de regard sur le fonctionnement de l'établissement. Il a relevé que, devant le Conseil canadien des relations du travail, le gouvernement du Canada avait soutenu que les employés des pensionnats étaient des employés de l'État. En ce qui concerne la preuve abondante selon laquelle l'Église s'occupait dans les faits de l'administration et de la direction quotidiennes du pensionnat, y compris l'engagement, le congédiement et la surveillance du personnel, le juge Esson a conclu qu'elle n'importait guère puisque le représentant de l'Église, le révérend Joblin,

providing supervision and management of what were in fact the government's schools.

Despite these assertions, the incontrovertible reality is that the Church played a significant role in the running of the school. It hired, fired and supervised the employees. It did so for the government of Canada, but also for its own end of promoting Christian education to Aboriginal children. The trial judge's conclusion that the Church shared a degree of control of the situation that gave rise to the wrong is not negated by the argument that as a matter of law Canada retained residual control, nor by formalistic arguments that the Church was only the agent of Canada. Canada had an important role, to be sure, which the trial judge recognized in holding it vicariously liable for 75 percent of the loss. But that does not negate the Church's role and the vicarious liability it created.

The Court of Appeal's second reason for not holding the Church vicariously liable is that Plint's employment as dormitory supervisor fell outside the only area in which the Church was mandated to make decisions — the provision of a Christian education. Again, this argument flies in the face of reality. The Church in fact ran the dormitory, as well as other parts of the school. Whether or not that fell within some formal definition of its objects is irrelevant.

The third reason, and the one that seems to drive the decision of the Court of Appeal on the Church's vicarious liability, is discomfort with the idea that two defendants can be vicariously liable for the same conduct.

This concern, however, may be misplaced. There is much to support the view of P. S. Atiyah in *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), that "[t]here is, of course, no reason why two employers should not jointly employ a servant, and this would normally be the case with the employees of a

était mandataire du gouvernement du Canada pour la surveillance et l'administration de ce qui était en fait des écoles de l'État.

34 En dépit de ces affirmations, l'Église a joué un rôle important dans la direction du Pensionnat. C'est elle qui engageait, congédiait et surveillait les employés. Elle le faisait pour le compte du gouvernement du Canada, mais également pour réaliser un objectif à elle — la promotion de l'instruction chrétienne des enfants autochtones. La conclusion du juge de première instance selon laquelle l'Église était en partie responsable de la situation ayant mené à la faute n'est pas réfutée par l'argument que le gouvernement du Canada conservait en droit un pouvoir résiduel, ni par les arguments formalistes voulant que l'Église n'ait été que son mandataire. Le gouvernement du Canada avait certes un rôle important, que le juge de première instance a reconnu en le tenant à 75 p. 100 responsable du fait d'autrui, mais ni le rôle de l'Église ni sa responsabilité du fait d'autrui ne sont pour autant exclus.

35 Suivant le deuxième motif invoqué par la Cour d'appel à l'encontre de la responsabilité du fait d'autrui de l'Église, les fonctions de M. Plint à titre de surveillant de dortoir échappaient au seul domaine dans lequel l'Église était appelée à prendre des décisions — l'instruction chrétienne des élèves. Là encore, cet argument est incompatible avec la réalité. Dans les faits, l'Église dirigeait le dortoir, ainsi que les autres parties du Pensionnat. Il importe peu de savoir si cela relevait ou non de sa mission officielle.

36 Le troisième motif — celui qui semble sous-tendre la décision de la Cour d'appel concernant la responsabilité du fait d'autrui de l'Église — repose sur la réticence à imposer la responsabilité du fait d'autrui à deux défendeurs pour une même conduite.

37 Or, cette réticence peut être injustifiée. Il y a de nombreuses raisons d'abonder dans le sens de P. S. Atiyah qui, dans son ouvrage intitulé *Vicarious Liability in the Law of Torts* (1967), dit que [TRADUCTION] « rien n'empêche évidemment deux employeurs de retenir de concert les services d'un

partnership. Here the servant is the servant of each partner and of all jointly, and they are all jointly and severally liable for the servant's torts": p. 149. Thus, joint vicarious liability is acceptable where there is a partnership.

38 In this case, the trial judge specifically found a partnership between Canada and the Church, as opposed to finding that each acted independently of the other. No compelling jurisprudential reason has been adduced to justify limiting vicarious liability to only one employer, where an employee is employed by a partnership. Indeed, if an employer with *de facto* control over an employee is not liable because of an arbitrary rule requiring only one employer for vicarious liability, this would undermine the principles of fair compensation and deterrence. I conclude that the Church should be found jointly vicariously liable with Canada for the assaults, contrary to the conclusions of the Court of Appeal.

2.3 *The Doctrine of Charitable Immunity*

39 The Court of Appeal went on to find that in any event the Church would be exempted from any liability on the basis of the doctrine of charitable immunity. In effect, the Court of Appeal created a limited status-based exemption from liability for non-profit organizations. It stated that in a situation where "the government is liable and in which the non-profit charitable organization is not at fault and, if it can be said to have introduced the risk at all, did so to a lesser degree than government, no liability should be imposed upon the organization" (para. 48).

40 This conclusion rests on a misapprehension of the principles governing vicarious liability and more particularly, the decisions of this Court in *Bazley* and *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570. It seeks to ground itself in the discussion in *Bazley* of risk allocation, namely the argument that

employé, et que c'est ce que feraient normalement les membres d'un partenariat. En l'espèce, l'employé travaille pour deux employeurs, individuellement et collectivement, et ceux-ci sont solidairement responsables de ses délits » : p. 149. Il peut donc y avoir responsabilité solidaire du fait d'autrui dans le cas d'un partenariat.

Dans la présente affaire, le juge de première instance a précisément conclu à l'existence d'un partenariat entre le gouvernement du Canada et l'Église, plutôt qu'à un fonctionnement individuel indépendant. Aucun motif sérieux issu de la jurisprudence n'a été avancé pour justifier l'imposition de la responsabilité du fait d'autrui à un seul employeur dans le cas d'un partenariat. En effet, les principes de la juste indemnisation et de la dissuasion seraient compromis si la responsabilité d'un employeur exerçant *de facto* un pouvoir sur un employé n'était pas retenue en raison d'une règle arbitraire n'admettant la responsabilité que d'un seul employeur pour le fait d'autrui. Contrairement à la Cour d'appel, je conclus que l'Église doit être tenue responsable du fait d'autrui au même titre que le gouvernement du Canada pour les agressions commises.

2.3 *Doctrine de l'exonération des organismes de bienfaisance*

La Cour d'appel a statué que, de toute manière, l'Église échappait à la responsabilité en raison de l'exonération des organismes de bienfaisance. En effet, elle a créé une exonération de responsabilité restreinte au bénéfice des organismes sans but lucratif. Selon elle, lorsque [TRADUCTION] « le gouvernement est responsable et que l'organisme de bienfaisance sans but lucratif n'a commis aucune faute, ou que, s'il est à l'origine du risque, il l'est dans une moindre mesure que le gouvernement, l'organisme sans but lucratif ne doit se voir imposer aucune responsabilité » (par. 48).

Il s'agit d'une méprise quant aux principes de la responsabilité du fait d'autrui et, en particulier, aux arrêts *Bazley* et *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570. La Cour d'appel fonde l'exonération sur les propos concernant la répartition du risque tenus par notre Cour dans *Bazley*, savoir qu'il peut être

as between the enterprise that introduces the risk which produces the harm and the victim, it may be fair to require the enterprise to bear the loss, provided there is a sufficient connection between the enterprise and the harm. The Court of Appeal then extends this observation to reason that it is the party best able to bear the loss that should be liable, provided it bears more responsibility than a party less able to pay. Reasoning that the government of Canada is more at fault and better able to bear the loss than the Church, a non-profit organization, it concludes that the Church should not be liable and that Canada alone should bear the loss. The result is to convert a policy observation in *Bazley* into a free-standing legal test that dictates that non-profit organizations should be free from liability for wrongs committed by their employees, provided they are less at fault than a party better able to bear the loss.

juste que l'entreprise qui a créé le risque à l'origine du préjudice, plutôt que la victime, soit contrainte à supporter la perte s'il existe un lien suffisant entre l'entreprise et le préjudice. Elle fait ensuite fond sur cette observation pour soutenir que c'est à la partie la plus à même de supporter la perte d'être tenue responsable, à condition que sa responsabilité soit plus grande que celle d'une partie moins bien nantie. Estimant que le gouvernement du Canada est davantage fautif et plus à même de supporter la perte que l'Église, un organisme sans but lucratif, elle conclut que cette dernière ne doit pas être tenue responsable et que la perte ne doit être supportée que par le gouvernement du Canada. La Cour d'appel fait ainsi de l'observation générale formulée dans l'arrêt *Bazley* un critère juridique indépendant dictant qu'un organisme sans but lucratif échappe à toute responsabilité pour la faute d'un employé lorsque sa part de responsabilité est moindre que celle d'une partie plus à même de supporter la perte.

This class-based exemption finds support neither in principle nor in the jurisprudence. It ignores the other concerns raised in *Bazley* that led the Court to reject a class-based exemption from vicarious liability. First, exempting non-profit organizations when government is present would not motivate such organizations to take precautions to screen their employees and protect children from sexual abuse. The presence of government does not guarantee the safety of children, particularly where, as in this case, the non-profit organization has day-to-day management of the institution.

41 Aucun principe ou arrêt de jurisprudence ne justifie cette exonération fondée sur la nature de l'organisme. La Cour d'appel a fait abstraction des autres considérations qui, dans l'arrêt *Bazley*, avaient amené notre Cour à refuser d'exonérer de la responsabilité du fait d'autrui une catégorie de défendeurs. Premièrement, exonérer un organisme sans but lucratif lorsque l'État est partie prenante ne l'inciterait pas à recruter du personnel sûr et à protéger les enfants contre les agressions sexuelles. La participation de l'État ne garantit pas la sécurité des enfants, surtout lorsqu'il incombe à l'organisme sans but lucratif de veiller à l'administration quotidienne de l'établissement, comme c'était le cas en l'espèce.

Second, the Church in this case was not working with volunteers and in fact was running a residential school with employees. Thus, arguments that it was less able to supervise its employees' actions are inapplicable; the Church clearly supervised its employees' work and actions and arguably was best placed to do so. The Church enhanced the risk it had introduced by placing Mr. Barney in the care of Plint, whose activities the Church managed.

42 Deuxièmement, l'Église ne faisait pas appel à des bénévoles pour diriger le Pensionnat, mais à des employés. L'on ne saurait donc prétendre qu'elle était moins en mesure de surveiller la conduite de ses employés. L'Église encadrait manifestement ses employés dans l'exécution de leurs fonctions et on peut affirmer qu'elle était la mieux placée pour le faire. Elle a accru le risque qu'elle avait créé en confiant M. Barney aux soins de M. Plint, dont elle dirigeait les activités.

43 The proposed charitable exemption is problematic on yet other grounds. It raises the difficulty that a host of organizations may claim to be non-profit, some of which the law might not wish to favour with an exemption. Indeed, the government itself may be considered a non-profit institution. And it suggests, contrary to legal principle, that lesser responsibility should be converted to no liability, violating the precept that the judge-made common law must proceed incrementally: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 666.

44 One may sympathize with the situation of the Church, which generally acts with laudable motives and now finds itself facing large claims for wrongs committed in its institutions many years ago. However, sympathy does not permit courts to grant exemptions from liability imposed by settled legal principle. I conclude that the Court of Appeal erred in exempting the Church from liability on the ground of charitable immunity.

2.4 *Non-Delegable Statutory Duty*

45 The trial judge held that Canada was under a non-delegable statutory duty to ensure the safety and welfare of the students at the school, under ss. 113 and 114 of the *Indian Act* (see Appendix).

46 The trial judge found that Canada was bound by a non-delegable duty. The Court of Appeal did not discuss this issue, concluding that the trial judge's conclusions on vicarious liability made it moot. On this appeal, Canada asks us to set aside the finding of the trial judge on this point.

47 Two key questions surround the issue of non-delegable duty: first, is there a non-delegable statutory duty, and second, was it breached? I conclude that no non-delegable statutory duty can be

L'exonération dont on propose de faire bénéficier un organisme de bienfaisance pose d'autres difficultés, dont le risque qu'un grand nombre d'entités prétendent être des organismes sans but lucratif, y compris certaines auxquelles l'on pourrait ne pas vouloir accorder d'exonération. En fait, le gouvernement lui-même peut être considéré comme un organisme sans but lucratif. Par ailleurs, contrairement aux préceptes du droit, une responsabilité moindre deviendrait nulle, ce qui irait à l'encontre du principe selon lequel les tribunaux doivent modifier peu à peu la common law : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 666.

On peut éprouver de la sympathie pour l'Église, dont les motifs sont généralement louables et qui se voit réclamer aujourd'hui des sommes importantes pour des délits commis dans ses établissements il y a bien des années. Cependant, cette sympathie ne saurait permettre à un tribunal de l'exonérer d'une responsabilité bien établie en droit. J'arrive à la conclusion que la Cour d'appel a eu tort d'écarter la responsabilité de l'Église au motif qu'il s'agissait d'un organisme de bienfaisance.

2.4 *Obligation légale intransmissible*

Le juge de première instance a statué que le gouvernement du Canada avait l'obligation légale intransmissible d'assurer la sécurité et le bien-être des pensionnaires suivant les art. 113 et 114 de la *Loi sur les Indiens* (voir l'annexe).

Le juge de première instance a conclu que le gouvernement du Canada était tenu au respect d'une obligation intransmissible. La Cour d'appel n'a pas examiné la question, estimant que les conclusions du juge de première instance sur la responsabilité du fait d'autrui l'avaient rendue théorique. Dans le présent pourvoi, le gouvernement du Canada nous demande d'écarter la conclusion du juge de première instance concernant l'existence d'une obligation intransmissible.

Cette dernière question comporte deux volets principaux. Premièrement, existe-t-il une obligation légale intransmissible et, deuxièmement, a-t-elle fait l'objet d'un manquement? Je conclus

inferred from the language of the statute. This makes it unnecessary to consider issues related to how such a duty can be breached and whether it can be imposed where vicarious liability has been found.

qu'on ne peut déduire du libellé de la loi l'existence d'une obligation intransmissible. Il n'est donc pas nécessaire de se pencher sur les questions relatives aux manières de manquer à celle-ci ni sur la possibilité de l'imposer lorsque la responsabilité du fait d'autrui est établie.

The inquiry into whether a non-delegable statutory duty exists in a particular case begins with the words of the statute. The analysis must determine whether the statute clearly places Canada under a non-delegable duty to ensure that students are kept safe while at school: see *E.D.G. v. Hammer*, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52.

48 Pour savoir s'il existe une obligation légale intransmissible dans un cas donné, il faut d'abord examiner le libellé de la loi. L'analyse doit déterminer si la loi impose clairement au gouvernement du Canada l'obligation intransmissible d'assurer la sécurité des élèves à l'école : voir *E.D.G. c. Hammer*, [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52.

Section 113 of the *Indian Act* states that the "Governor in Council may authorize the Minister . . . (*a*) to establish, operate and maintain schools for Indian children". Section 114 goes on to provide that "[t]he Minister may (*a*) provide for and make regulations with respect to standards for buildings, equipment, teaching, education, inspection and discipline in connection with schools . . . (*c*) enter into agreements with religious organizations for the support and maintenance of children who are being educated in schools operated by those organizations".

49 L'article 113 de la *Loi sur les Indiens* prévoit que « [l]e gouverneur en conseil peut [. . .] autoriser le Ministre *a*) à établir, diriger et entretenir des écoles pour les enfants indiens ». L'article 114 dispose que « [l]e Ministre peut *a*) [p]ourvoir à des normes de construction, d'installation, d'enseignement, d'éducation, d'inspection et de discipline relativement aux écoles, et établir des règlements à cet égard [et] *c*) [c]onclure des accords avec des institutions religieuses pour le soutien et l'entretien des enfants qui reçoivent leur instruction dans les écoles dirigées par ces institutions ».

The text of ss. 113 and 114 does not support the inference of a mandatory non-delegable duty. First, it uses the permissive term "may", as opposed to the directive term "shall", limiting the possibility of finding an obligation as strong as a duty. Second, the power of the government to enter into agreements with religious organizations for the care and education of Indian children suggests that the duty is eminently delegable and was contracted out of by the government. There is no language in the statute that replicates the clear language found in *Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1145, where a non-delegable duty was found. Here one may state, as the Court did in *E.D.G.*, that none of "the general duties gives school boards full responsibility for students' welfare while on school premises, in the way that the statutes in *Lewis* gave the Ministry full responsibility for overseeing maintenance projects and for

50 Le libellé de ces articles n'étaye pas l'inférence d'une obligation intransmissible. Premièrement, on y emploie le verbe « pouvoir », qui confère une faculté, plutôt que le verbe « devoir », qui impose une obligation, limitant ainsi la possibilité d'y voir une véritable obligation. Deuxièmement, le pouvoir de l'État de contracter avec des organisations religieuses pour le soin et l'éducation des enfants indiens donne à penser que l'obligation est tout à fait transmissible et qu'elle a été sous-traitée par l'État. On ne retrouve pas dans la loi le libellé clair qui était en cause dans l'arrêt *Lewis (Tutrice à l'instance) c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1145, où l'on a conclu à l'existence d'une obligation intransmissible. On peut dire en l'espèce, comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *E.D.G.*, qu'« [a]ucune de ces fonctions générales ne fait peser sur les conseils scolaires l'entière responsabilité du bien-être des élèves à l'école, à

ensuring that workers exercised reasonable care" (para. 20). Other provisions of the Act do not assist. The *Indian Act* falls far short of creating a mandatory duty to ensure the health and safety of children in residential schools.

la façon dont les lois dans l'affaire *Lewis* imposaient au ministère l'entière responsabilité de superviser les projets d'entretien et de s'assurer de la diligence raisonnable des entrepreneurs » (par. 20). Les autres dispositions de la loi ne sont guère éclairantes. La *Loi sur les Indiens* ne crée aucune obligation d'assurer la santé et la sécurité des enfants dans les pensionnats.

51 The Church raises a number of arguments in response. First, it argues that the pervasive control granted by Parliament over every aspect of Indians' lives, including their definition and registration, jurisdiction over reserves and jurisdiction over mentally incompetent Indians, justifies finding a non-delegable statutory duty. However, arguments based on general obligations outside the strict language of the statute and the residential school setting are not persuasive. They risk encroaching on other grounds of liability such as breach of fiduciary duty and negligence. Unless a non-delegable statutory duty is based on the language of the statute, the boundaries between the various grounds of liability become meaningless.

L'Église soulève un certain nombre d'arguments à l'appui de la thèse contraire. Premièrement, elle soutient que le vaste pouvoir accordé par le législateur sur tous les aspects de la vie des Indiens — notamment la définition d'« Indien » et l'enregistrement à ce titre, la compétence sur les réserves et sur les Indiens mentalement incapables — permet de conclure à l'existence d'une obligation légale intransmissible. Cependant, un argument fondé sur une obligation générale étrangère au strict libellé de la loi et au fonctionnement du Pensionnat n'est pas convaincant. Il risque d'empiéter sur d'autres motifs de responsabilité, comme le manquement à l'obligation fiduciaire et la négligence. La frontière entre les différents chefs de responsabilité n'a de sens que si l'obligation intransmissible découle du libellé de la loi.

52 Second, the Church argues that the regulations enacted by the government pursuant to s. 114(*a*) required the principal of AIRS to maintain standards acceptable to the Superintendent of Indian Affairs for Canada with respect to all aspects of the students' life at AIRS, including safety, counselling, guidance, and home and school relationships. In addition, the regulations mandated that "[e]very school shall be subject to inspection by such officials of the Government of Canada and by such other persons as the Superintendent may authorize": *Indian Residential School Regulations*, 1953, Reg. 14. These and other regulations granted Canada the power to set standards for the operation of the school and inspect to see that these standards were met. But they fall short of establishing a mandatory non-delegable duty to ensure the students' safety and welfare. Indeed, they seem to presuppose *delegation* of Canada's duties.

Deuxièmement, l'Église fait valoir que le règlement pris par le gouvernement en application de l'al. 114*a*) obligeait le directeur du Pensionnat à établir des normes convenant au surintendant des affaires indiennes du Canada pour tout ce qui avait trait à la vie des élèves au Pensionnat, y compris la sécurité, la conseillance, l'orientation et les relations à la maison et à l'école. En outre, le règlement prévoyait que [TRADUCTION] « [c]hacun des pensionnats est inspecté par le représentant du gouvernement du Canada et toute autre personne que désigne le surintendant » : *Indian Residential School Regulations*, 1953, art. 14. Ce règlement et d'autres accordaient au gouvernement du Canada le pouvoir d'établir les normes de fonctionnement et d'inspecter les lieux pour s'assurer de leur respect. Ils ne créent toutefois pas une obligation intransmissible d'assurer la sécurité et le bien-être des élèves. Ils semblent plutôt présupposer la *transmission* des obligations du gouvernement du Canada.

Third, the Church argues that by forcing Aboriginal children to attend designated residential schools that maintained total control over those children (ss. 115 and 117 of the *Indian Act*), Canada acquired a duty to protect the interests of those children. While emotionally compelling, this argument too falls short of establishing a non-delegable statutory duty at law.

Taken together, the statutory language of these provisions falls short of imposing the broad statutory duty of care to protect the safety and welfare of the children.

I conclude that the trial judge erred in finding a non-delegable statutory duty on Canada in this case.

2.5 *Fiduciary Duty*

Neither the trial judge nor the Court of Appeal found breach of fiduciary duty. The appellant, Mr. Barney, asks that we reverse this decision.

A fiduciary duty is a trust-like duty, involving duties of loyalty and an obligation to act in a disinterested manner that puts the recipient's interest ahead of all other interests: *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, at para. 49.

The argument for breach of fiduciary duty is presented on two different bases: one individual, one collective.

The first argument, put on an individual basis, is that the government of Canada and the Church occupied a trust-like relationship with attendant trust-like duties with respect to Mr. Barney and other students at the school. As such, it was required to put their interests first and avoid disloyalty in its conduct toward them.

Assuming such a duty did exist, the trial judge found that it was not breached in this case. He specifically found that neither the Church nor Canada were dishonest or intentionally disloyal. These

Troisièmement, l'Église affirme qu'en forçant les enfants autochtones à fréquenter des pensionnats désignés qui exerçaient un pouvoir absolu sur eux (art. 115 et 117 de la *Loi sur les Indiens*), le gouvernement du Canada a contracté l'obligation de protéger les intérêts de ces enfants. Bien que convaincant sur le plan de l'émotion, cet argument ne suffit pas non plus à établir en droit l'existence d'une obligation légale intransmissible. 53

Considéré dans son ensemble, le libellé des dispositions législatives n'impose pas une obligation générale de diligence dont l'objet est d'assurer la sécurité et le bien-être des enfants. 54

Je suis d'avis que le juge de première instance a eu tort de conclure que le gouvernement du Canada avait en l'espèce une obligation légale intransmissible. 55

2.5 *Obligation fiduciaire*

Ni le juge de première instance ni la Cour d'appel n'ont retenu la thèse du manquement à une obligation fiduciaire. L'appelant, M. Barney, nous demande d'infirmer leurs décisions. 56

Fondée sur la confiance, l'obligation fiduciaire exige de son débiteur qu'il soit loyal et qu'il agisse de manière désintéressée, faisant passer l'intérêt du créancier avant tout autre : *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, par. 49. 57

L'argument relatif au manquement à l'obligation fiduciaire a deux fondements, l'un individuel, l'autre collectif. 58

D'un point de vue individuel, le gouvernement du Canada et l'Église auraient eu à l'égard de M. Barney et des autres pensionnaires une relation de nature fiduciaire, avec les obligations fiduciaires que cela suppose. De ce fait, ils auraient dû faire passer les intérêts des enfants avant les leurs et éviter toute conduite déloyale envers eux. 59

Selon le juge de première instance, à supposer que pareille obligation ait existé, elle n'avait pas été violée. Il a précisé que ni l'Église ni le gouvernement du Canada n'avaient fait preuve de 60

findings of fact have not been negated. It follows that breach of fiduciary duty toward Mr. Barney and his schoolmates has not been established.

61 Beneath this specific argument, a second broader argument focussing on Aboriginal children collectively can be discerned. This is the argument that the system of residential schools robbed Indian children of their communities, culture and support and placed them in environments of abuse. This, it is argued, amounted to dishonest and disloyal conduct that violated the government's fiduciary duty to Canada's Aboriginal peoples.

62 This argument cannot be resolved on this appeal. It was not raised below, other than as contextual background to the circumstances and events at the school Mr. Barney attended, AIRS. It was pursued only at this level, and then mainly by interveners. In support of their argument, they submitted studies and writings, none of which were proved in evidence in the courts below and the historic and scientific validity of which the respondents have had no opportunity to challenge. In these circumstances, it would be unfair to rely on this material and inappropriate to deal with the larger argument.

63 We agree with the courts below that the argument on fiduciary duty presented in this case cannot succeed.

2.6 *Apportionment of Damages*

64 Having found the Church and Canada vicariously liable (and Canada liable for breach of non-delegable duty), the trial judge found Canada to have been 75 percent at fault and the Church 25 percent at fault. Since he found them jointly and severally liable, the parties may recover full damages against either or both of them. However, the issue remains whether either of the parties to the joint enterprise that led to the loss is entitled to be completely or partially indemnified by the other.

malhonnêteté ou de déloyauté intentionnelle. Ces conclusions de fait n'ont pas été contestées. Le manquement à l'obligation fiduciaire envers M. Barney et ses camarades de classe n'a donc pas été démontré.

Un second argument, plus général, vise les enfants autochtones collectivement. Cette thèse veut que le système des pensionnats ait soustrait les enfants autochtones à leurs communautés, à leur culture et à leurs réseaux d'entraide pour les placer dans des milieux abusifs. Il s'agirait d'une mesure malhonnête et déloyale par laquelle le gouvernement aurait manqué à son obligation fiduciaire envers les peuples autochtones du Canada.

Notre Cour ne peut statuer sur cet argument dans le cadre du présent pourvoi. Il n'a pas été formulé devant les tribunaux inférieurs, sauf en toile de fond aux événements qui se sont produits au Pensionnat fréquenté par M. Barney. C'est uniquement devant nous qu'il a été avancé, et principalement par les intervenants. Ces derniers ont déposé à l'appui études et documents qui n'avaient pas été mis en preuve devant les tribunaux inférieurs et dont les intimés n'ont pu contester la valeur historique et scientifique. Il serait donc injuste de s'y fier et inopportun de se pencher sur l'argument plus général.

Nous abondons dans le même sens que les tribunaux inférieurs, qui ont conclu que l'argument de l'obligation fiduciaire ne pouvait être retenu.

2.6 *Répartition des dommages-intérêts*

Après avoir conclu à la responsabilité du fait d'autrui de l'Église et du gouvernement du Canada (et à la responsabilité du gouvernement du Canada pour le manquement à une obligation intransmissible), le juge de première instance a établi la part de responsabilité du gouvernement du Canada à 75 p. 100 et celle de l'Église à 25 p. 100. Ceux-ci ayant été déclarés solidairement responsables, les parties peuvent réclamer la totalité des dommages-intérêts à l'un ou l'autre. Cependant, une question demeure : l'une des parties à la coentreprise à l'origine de la perte a-t-elle droit au dédommagement total ou partiel de la part de l'autre?

The trial judge examined the relationship between the parties and concluded that Canada had not agreed to generally indemnify the Church for loss incurred in running the school. He then considered the allocation of fault between the two. He apportioned the loss 75 percent to Canada and 25 percent to the Church. In doing so, he noted that Canada had the final decision regarding the employment of a principal and control of finances, thus effectively controlling the school. He concluded that as the "more senior of the two partners" in the joint enterprise, Canada should bear the major portion of the loss (2001 decision, at para. 324).

Canada argues that this conclusion runs counter to the British Columbia *Negligence Act*, R.S.B.C. 1996, c. 333, which provides that "if . . . it is not possible to establish different degrees of fault, the liability must be apportioned equally" (s. 1(2)). Canada argues that vicarious liability is not predicated on fault, and therefore liability and apportionment of damages must be divided equally, not 75-25 as the trial judge held.

It remains an open question whether the term "fault" in the *Negligence Act* includes vicarious liability. Fault has been held not to include intentional torts and torts other than negligence: e.g., *Chernesky v. Armadale Publishers Ltd.*, [1974] 6 W.W.R. 162 (Sask. C.A.); *Funnell v. C.P.R.*, [1964] 2 O.R. 325 (H.C.). Other cases hold the contrary: *Bell Canada v. Cope (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170 (Ont. H.C.); *Gerling Global General Insurance Co. v. Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler* (2004), 12 C.C.L.I. (4th) 278 (Ont. S.C.J.). However, it is not necessary to resolve this dispute. If vicarious liability amounts to "fault" under the *Negligence Act*, the trial judge's conclusion that Canada was 75 percent at fault would amount to a finding that fault could be apportioned, with the result that s. 1(2) would not apply to impose an equal allocation. On the other hand, if vicarious liability is not "fault" under the Act, then the Act does not apply. In this case, liability

65 Le juge de première instance s'est penché sur la relation entre les parties pour conclure que le gouvernement du Canada n'avait jamais convenu de dédommager généralement l'Église des pertes subies dans l'exploitation du Pensionnat. Compte tenu de la répartition de la responsabilité, il a réparti la perte à raison de 75 p. 100 au gouvernement du Canada et de 25 p. 100 à l'Église. Ce faisant, il a signalé que le gouvernement du Canada avait le dernier mot concernant l'engagement du directeur et la gestion des finances, ce qui lui conférait de fait la mainmise sur l'école. Il a conclu qu'à titre de coentrepreneur [TRADUCTION] « principal », le gouvernement du Canada devait supporter la majeure partie de la perte (décision de 2001, par. 324).

66 Le gouvernement du Canada soutient que cette conclusion va à l'encontre de la *Negligence Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 333, qui prévoit que [TRADUCTION] « s'il n'est pas possible d'établir différentes parts de faute, la responsabilité doit être répartie à parts égales » (par. 1(2)). Il prétend que, la responsabilité du fait d'autrui n'étant pas fondée sur la faute, la responsabilité et les dommages-intérêts doivent être répartis à parts égales, et non selon un ratio 75 : 25 comme l'a fait le juge de première instance.

67 Reste à savoir si la « faute » (*fault*) au sens de la *Negligence Act* s'entend de la responsabilité du fait d'autrui. Des tribunaux ont statué qu'elle n'englobait ni les délits intentionnels ni les délits autres que la négligence : voir p. ex. *Chernesky c. Armadale Publishers Ltd.*, [1974] 6 W.W.R. 162 (C.A. Sask.); *Funnell c. C.P.R.*, [1964] 2 O.R. 325 (H.C.). D'autres ont retenu la thèse contraire : *Bell Canada c. Cope (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170 (H.C. Ont.); *Gerling Global General Insurance Co. c. Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler* (2004), 12 C.C.L.I. (4th) 278 (C.S.J. Ont.). Il n'est cependant pas nécessaire de trancher. Si la responsabilité du fait d'autrui est une « faute » au sens de la *Negligence Act*, fixer à 75 p. 100 la part de responsabilité du gouvernement du Canada comme l'a fait le juge de première instance revient à conclure que la faute peut être répartie, si bien que le par. 1(2) ne s'applique pas pour imposer un partage égal. Par contre, si la responsabilité du fait d'autrui n'est pas une « faute » au sens

may be assigned at common law, with the same result.

68 In these circumstances, the Church argues that the common law of contribution should apply. This Court in *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, questioned whether the common law rule against contribution was absolute. It held that a common law right of contribution between tortfeasors may exist, except for intentional torts or malicious motivation (para. 101). Vicarious liability is not founded on intent or maliciousness. The Church goes on to argue that this is an appropriate case for extending the doctrine of contribution to joint, faultless tortfeasors to prevent the unjust enrichment of Canada, due to the Church's limited control over the operation at AIRS.

69 This raises the question of whether unequal apportionment of responsibility is appropriate in cases of vicarious liability. The conflicting views on whether vicarious liability attributes any fault or blame on the wrongdoer are summarized in *Bluebird Cabs Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada* (1999), 173 D.L.R. (4th) 318 (B.C.C.A.), at paras. 13-14. The most compelling view is that while vicarious liability is a no-fault offence in the sense that the employer need not have participated in or even have authorized the employee's particular act of wrongdoing, in another sense it implies fault. As D. N. Husak states, "no defendant who is held vicariously liable is selected randomly; the principles used to identify this defendant are not arbitrary. Vicarious liability is imposed on someone who was in a position to have supervised and thus to have prevented the occurrence of the harm": "Varieties of Strict Liability" (1995), 8 *Can. J.L. & Jur.* 189, at p. 215. It follows that the degree of fault may vary depending on the level of supervision. Parties may

de la loi, celle-ci ne s'applique alors pas. En l'espèce, la common law permet d'attribuer la responsabilité avec le même résultat.

Dans ces circonstances, l'Église fait valoir que les principes de la common law en matière de contribution doivent s'appliquer. Dans l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, notre Cour s'est interrogée sur le caractère absolu de la règle de la common law interdisant la contribution. Elle a conclu que, en common law, les coauteurs d'un délit pouvaient se réclamer mutuellement une contribution, sauf délit intentionnel ou motivation malveillante (par. 101). La responsabilité du fait d'autrui ne tient ni à l'intention ni à la motivation malveillante. L'Église ajoute que la présente affaire — où les coauteurs du délit n'ont commis aucune faute — se prête à l'application de la règle de la contribution afin d'empêcher l'enrichissement sans cause du gouvernement du Canada, vu le pouvoir limité qu'elle exerçait sur le fonctionnement du Pensionnat.

La question de l'opportunité de répartir inégalement la responsabilité du fait d'autrui se pose alors. Les divergences de vues quant à savoir si une faute ou un blâme est imputé à l'auteur du délit sont résumées dans l'arrêt *Bluebird Cabs Ltd. c. Guardian Insurance Co. of Canada* (1999), 173 D.L.R. (4th) 318 (C.A.C.-B.), par. 13-14. Suivant la thèse la plus convaincante, même si, d'un côté, la responsabilité du fait d'autrui ne tient pas à la commission d'une faute, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire que l'employeur ait participé à l'acte fautif de l'employé ni même qu'il l'ait autorisé, d'un autre côté, elle suppose une faute. Comme le dit D. N. Husak, [TRADUCTION] « le responsable du fait d'autrui n'est pas désigné au hasard, et les principes appliqués ne sont pas arbitraires. Une personne est tenue responsable du fait d'autrui si elle était en situation d'autorité et aurait pu, de ce fait, prévenir le préjudice » : « Varieties of Strict Liability » (1995), 8 *Can. J.L. & Jur.* 189, p. 215. Il s'ensuit que la part de responsabilité peut varier en fonction de

be more or less vicariously liable for an offence, depending on their level of supervision and direct contact.

The trial judge's reasoning suggests that he applied this analysis to conclude that one of the parties, Canada, was "more senior" and had more control (2001 decision, at para. 324). He reasoned that when an employee has two or more employers, it is more likely than not that one exercises more control or plays a more important role than the other. The damage award, he concluded, should reflect that. It is true that at various places the trial judge referred to the "partnership" (1998 decision, at paras. 99 and 119), the "joint enterprise" (at para. 107), and "join[t] control" (at para. 114). However, I cannot accept Canada's argument that the trial judge found no hierarchical relationship between Church and Crown. He found the relationship between Canada and the Church was not that of principal-agent or employer-employee. This does not exclude one party to the joint enterprise being more senior or exercising more control. In these circumstances an unequal apportionment of responsibility is appropriate.

Here the trial judge found that Canada was in a better position than the Church to supervise the situation and prevent the loss. That finding was grounded in the evidence and I would not interfere with it.

A final question arises. The trial judge made the allocation on the basis that Canada was both vicariously liable and liable under a non-delegable statutory duty. I conclude that the latter basis of liability was not available. Should this change the allocation of loss as between Canada and the Church? Logic suggests it should not. The basis for assigning greater responsibility to Canada was its greater control over the enterprise. The

l'autorité exercée. La responsabilité d'une partie pour l'infraction commise par un tiers dépend de la surveillance plus ou moins grande qu'elle a exercée sur ce tiers et du lien plus ou moins direct qu'elle a entretenu avec lui.

70 Le raisonnement du juge de première instance donne à penser qu'il s'est fondé sur cette analyse pour conclure que l'une des parties, le gouvernement du Canada, était le coentrepreneur « principal » et exerçait un plus grand pouvoir (décision de 2001, par. 324). À son avis, lorsqu'un employé a plus d'un employeur, l'un d'eux exerce vraisemblablement un plus grand pouvoir ou joue un rôle plus important que l'autre. Il a estimé que le montant des dommages-intérêts devait en tenir compte. Il est vrai qu'il a utilisé à plusieurs reprises les termes [TRADUCTION] « partenariat » (décision de 1998, par. 99 et 119), « coentreprise » (par. 107) et « surveillance conjointe » (par. 114). Je ne peux cependant pas retenir l'argument du gouvernement du Canada portant que le juge de première instance n'a vu aucune relation hiérarchique entre l'Église et la Couronne. Le juge a conclu que leur relation n'était pas celle d'un mandant et d'un mandataire ou d'un employeur et d'un employé. Ce qui n'empêche pas l'un des coentrepreneurs d'avoir plus d'ascendant ou d'exercer un plus grand pouvoir. Dans ces circonstances, il est opportun de répartir inégalement la responsabilité.

71 En l'espèce, le juge de première instance a estimé que le gouvernement du Canada était plus en mesure que l'Église de surveiller la situation et de prévenir la perte. Cette conclusion se fondait sur la preuve et je ne la modifierais pas.

72 Reste une dernière question. Le juge de première instance a réparti la responsabilité en considérant que le gouvernement du Canada était responsable à la fois pour le fait d'autrui et pour le manquement à une obligation légale intransmissible. J'estime qu'il ne lui était pas loisible de retenir ce deuxième élément. La répartition de la perte entre le gouvernement du Canada et l'Église devrait-elle en être modifiée? La réponse

assessment is not affected by finding there was no non-delegable duty under the statute.

73 I would confirm that damages should be apportioned 75 percent to Canada and 25 percent to the Church.

2.7 *Damages: The Effect of Prior Abuse*

74 The calculation of damages for sexual assault to Mr. Barney is complicated by two other sources of trauma: (1) trauma suffered in his home before he came to AIRS; and (2) trauma for non-sexual abuse and deprivation at AIRS that was statute barred. In reality, all these sources of trauma fused with subsequent experiences to create the problems that have beset Mr. Barney all his life. Untangling the different sources of damage and loss may be nigh impossible. Yet the law requires that it be done, since at law a plaintiff is entitled only to be compensated for *loss caused by the actionable wrong*. It is the "essential purpose and most basic principle of tort law" that the plaintiff be placed in the position he or she would have been in had the tort not been committed: *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 32.

75 The trial judge followed this principle and sought to exclude damages relating to trauma suffered by Mr. Barney before coming to AIRS and statute-barred wrongs. In his view, the plaintiff's family background, his institutionalization at AIRS and the non-sexual traumas he suffered, fell to be considered as factors inherent in his position, distinct from the sexual assaults. The trial judge clearly concluded that Mr. Barney's family life prior to AIRS, as well as other experiences at AIRS, made it likely that he would have suffered serious psychological difficulties even if the sexual abuse had never occurred.

dictée par la logique est négative. Le gouvernement du Canada s'est vu imputer une plus grande responsabilité parce qu'il avait exercé un plus grand pouvoir sur l'entreprise. L'inexistence d'une obligation légale intransmissible n'y change rien.

Je suis d'avis de confirmer que le gouvernement du Canada doit payer 75 p. 100 des dommages-intérêts, et l'Église 25 p. 100.

2.7 *Dommages-intérêts : incidence de traumatismes antérieurs*

Deux autres traumatismes compliquent le calcul du montant des dommages-intérêts auxquels M. Barney a droit pour l'agression sexuelle dont il a été victime : (1) celui subi chez lui avant son placement au Pensionnat et (2) l'autre découlant des privations et des sévices non sexuels subis au Pensionnat et pour lequel tout recours était prescrit. En réalité, ces traumatismes se sont confondus avec les expériences subséquentes pour donner naissance aux problèmes avec lesquels M. Barney a été aux prises toute sa vie. Il est pratiquement impossible de démêler les différentes sources de préjudice. Le droit l'exige pourtant puisque le demandeur ne peut être indemnisé que pour le *préjudice causé par le délit lui conférant un droit d'action*. Selon « [l]'objet essentiel, le principe le plus fondamental du droit de la responsabilité délictuelle », le demandeur doit être rétabli dans la situation où il aurait été n'eût été le délit : *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 32.

Adhérant à ce principe, le juge de première instance a entrepris d'exclure les préjudices issus des traumatismes dont M. Barney avait été victime avant son arrivée au Pensionnat et ceux liés aux délits prescrits. À son avis, les antécédents familiaux du demandeur, son placement au Pensionnat et les traumatismes d'ordre non sexuel qu'il avait subis devaient être considérés comme des facteurs inhérents à sa situation, distincts des agressions sexuelles. La conclusion du juge de première instance est claire : la vie familiale de M. Barney avant son arrivée au Pensionnat et les autres expériences qu'il y a vécues l'avaient prédisposé à des troubles psychologiques graves, indépendamment des agressions sexuelles.

Mr. Barney submits that his situation prior to entering the school and other traumas suffered while at the school must be considered in assessing damages, and that the trial judge erred in not doing so. He also argues that the principle of *ex turpi causa non oritur actio* (a person cannot profit from his own wrong) prevents the respondents from claiming that some of his problems stem not from the sexual assaults he suffered but from other statute-barred wrongs he suffered while at the school. These submissions indirectly raise some of the same generalized complaints against the residential school policy as a whole as are raised with respect to breach of fiduciary obligation.

M. Barney soutient que sa situation avant son placement au Pensionnat et les autres traumatismes qu'il y a subis sont pertinents pour l'évaluation du préjudice et que le juge de première instance a eu tort de ne pas en tenir compte. Il affirme également que suivant la maxime *ex turpi causa non oritur actio* (nul ne peut tirer profit de sa faute), les défendeurs ne peuvent alléguer que certains de ses problèmes ne découlent pas des agressions sexuelles, mais des autres délits, frappés de prescription, dont il a été victime au Pensionnat. Ces prétentions soulèvent indirectement, à certains égards, les mêmes doléances généralisées contre la politique des pensionnats dans son ensemble que le manquement allégué à l'obligation fiduciaire. 76

For the reasons that follow, I am not persuaded that the trial judge erred in proceeding as he did.

Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas persuadée que le juge de première instance a commis une erreur. 77

It is important to distinguish between causation as the source of the loss and the rules of damage assessment in tort. The rules of causation consider generally whether "but for" the defendant's acts, the plaintiff's damages would have been incurred on a balance of probabilities. Even though there may be several tortious and non-tortious causes of injury, so long as the defendant's act is a cause of the plaintiff's damage, the defendant is fully liable for that damage. The rules of damages then consider what the original position of the plaintiff would have been. The governing principle is that the defendant need not put the plaintiff in a better position than his original position and should not compensate the plaintiff for any damages he would have suffered anyway: *Athey*. Mr. Barney's submissions that injury from traumas other than the sexual assault should not be excluded amount to the contention that once a tortious act has been found to be a material cause of injury, the defendant becomes liable for all damages complained of after, whether or not the defendant was responsible for those damages.

Il importe d'établir une distinction entre la cause de la perte et l'évaluation du préjudice en matière de responsabilité civile délictuelle. Pour ce qui concerne le lien de causalité, la règle veut généralement que l'on se demande si, selon la prépondérance des probabilités, n'eût été les actes du défendeur, le demandeur aurait subi le préjudice. Les causes, délictuelles ou non délictuelles, du préjudice subi par le demandeur peuvent être multiples, mais le défendeur en est pleinement responsable si l'acte qu'il a commis est l'une d'elles. Au chapitre de l'évaluation du préjudice, il faut déterminer la situation initiale du demandeur. Le principe fondamental est que le défendeur n'est pas tenu de rendre la situation du demandeur meilleure qu'elle ne l'était au départ et qu'il n'a pas à indemniser le demandeur d'un préjudice qu'il aurait subi de toute manière : *Athey*. La prétention de M. Barney selon laquelle le préjudice découlant d'autres traumatismes que l'agression sexuelle ne devrait pas être écarté revient à dire qu'une fois établi que l'acte délictuel est une cause réelle de préjudice, le défendeur devient responsable de tous les préjudices allégués par la suite, qu'il en soit responsable ou non. 78

At the same time, the defendant takes his victim as he finds him — the thin skull rule. Here the victim suffered trauma before coming to AIRS.

Par ailleurs, le défendeur prend sa victime comme elle est — c'est la règle de la vulnérabilité de la victime. En l'espèce, la victime a subi des 79

The question then becomes: What was the effect of the sexual assault on him, in his already damaged condition? The damages are damages caused by the sexual assaults, not the prior condition. However, it is necessary to consider the prior condition to determine what loss was caused by the assaults. Therefore, to the extent that the evidence shows that the effect of the sexual assaults would have been greater because of his pre-existing injury, that pre-existing condition can be taken into account in assessing damages.

80 Where a second wrongful act or contributory negligence of the plaintiff occurs after or along with the first wrongful act, yet another scenario, sometimes called the "crumbling skull" scenario, may arise. Each tortfeasor is entitled to have the consequences of the acts of the other tortfeasor taken into account. The defendant must compensate for the damages it actually caused but need not compensate for the debilitating effects of the other wrongful act that would have occurred anyway. This means that the damages of the tortfeasor may be reduced by reason of other contributing causes: *Athey*, at paras. 32-36.

81 All these scenarios flow from the basic principle that damages must seek to put the plaintiff in the position he or she would have been in but for the tort for which the defendant is liable.

82 The trial judge correctly apprehended the applicable legal principles. He recognized the "daunting task" of untangling multiple interlocking factors and confining damages to only those arising from the actionable torts, the sexual assaults (2001 decision, at para. 365). He tried his best to award fair damages, taking all this into account. He recognized the thin skull principle, but in the absence of evidence that Mr. Barney's family difficulties prior to coming to AIRS had exacerbated the damage he suffered from the sexual assaults he sustained at AIRS, the trial judge had no choice but to attempt to isolate those traumas. Similarly, there was no legal basis upon which he could allow damages suffered as a result of statute-barred wrongs

traumatismes avant son placement au Pensionnat. Il faut donc se demander quel a été l'effet de l'agression sexuelle sur le demandeur, déjà marqué par la vie. Le préjudice est celui causé par les agressions sexuelles, et non par sa situation antérieure, qu'il importe toutefois d'examiner pour circonscrire la perte imputable aux agressions. Ainsi, dans la mesure où la preuve établit que les agressions sexuelles ont eu un effet plus dévastateur à cause du préjudice préexistant, on peut tenir compte de cet état préexistant pour fixer les dommages-intérêts.

Lorsqu'un deuxième acte fautif ou une négligence contributive du demandeur survient après l'acte fautif initial ou simultanément, on peut avoir affaire à ce qu'on appelle une « vulnérabilité déjà active ». Chaque auteur d'un délit peut obtenir que l'on tienne compte des conséquences des actes de l'autre. Le défendeur doit indemniser le demandeur du préjudice qu'il lui a effectivement causé, mais il n'est pas tenu de le dédommager des effets débilitants de l'autre acte fautif qui se seraient produits de toute manière. Ainsi, les dommages-intérêts exigibles de l'auteur du délit peuvent être réduits lorsque d'autres facteurs ont contribué au préjudice : *Athey*, par. 32-36.

Ces scénarios découlent tous du principe fondamental selon lequel les dommages-intérêts doivent rétablir le demandeur dans la situation où il se serait trouvé n'eût été le délit dont le défendeur est responsable.

Le juge de première instance a bien manié les principes juridiques applicables. Il a reconnu la [TRADUCTION] « grande difficulté » de démêler des facteurs imbriqués les uns dans les autres et de circonscrire le préjudice causé uniquement par le délit conférant le droit d'action, soit l'agression sexuelle (décision de 2001, par. 365). Tenant compte de tous ces éléments, il a fait de son mieux pour accorder au demandeur une juste indemnité. Il a reconnu le principe de la vulnérabilité de la victime, mais vu l'absence de preuve que les problèmes familiaux de M. Barney avant son arrivée au Pensionnat avaient exacerbé le préjudice infligé par les agressions sexuelles, il n'a eu d'autre choix que de tenter d'isoler ces traumatismes. De même, aucun

committed at AIRS, like the beatings, to increase the award of damages.

More broadly, Mr. Barney relies on the maxim that none should profit from his own wrong, *ex turpi causa non oritur actio*, to argue that the respondents should not be enriched by their improper care of him. He argues that reducing his damages award because of the harm caused by placing Aboriginal children in residential schools allows the Church and Canada to profit from their own immoral and illegal conduct.

This argument cannot succeed, notwithstanding its instinctive appeal. First, it is not correct to view the respondents' case as an attempt to profit from immoral and illegal conduct by reducing damages. The amount of damages is limited by loss caused by the actionable torts, in this case sexual assault. Not awarding damages for loss caused by other factors does not "reduce" damages. On the contrary, to award damages for such loss would be to "increase" them beyond what the law allows. Thus it cannot be said that the respondents are profiting from their wrong.

Second, the maxim *ex turpi causa non oritur actio* cannot be applied to evade legal limits or undermine the legal system. Applying it to permit damages to be awarded for wrongful acts that are subject to limitation periods that have expired would subvert the legislation and compensate for torts that have been alleged but not proven. It would be to override legislative intent and fix liability in the absence of legal proof.

Third, even if these difficulties could be overcome, *ex turpi causa non oritur actio* should be applied cautiously, where it is clearly mandated: *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159. Compensation for the impact of attending residential schools is fraught with controversy and difficulty. Here, as for

fondement juridique ne lui permettait d'indemniser le préjudice découlant de délits prescrits commis au Pensionnat, les coups par exemple, et d'accorder ainsi des dommages-intérêts plus élevés.

83 De manière plus générale, M. Barney se fonde sur la maxime *ex turpi causa non oritur actio* (nul ne peut tirer profit de sa faute) pour soutenir que le fait d'avoir mal pris soin de lui ne devrait pas permettre aux intimés de s'enrichir. Il prétend que réduire le montant des dommages-intérêts en fonction du préjudice causé par le placement des enfants autochtones dans des pensionnats permet à l'Église et au gouvernement du Canada de tirer profit de leur conduite immorale et illégale.

84 Cet argument ne saurait être retenu malgré l'attrait éprouvé spontanément. Tout d'abord, il est erroné de voir dans la réduction sollicitée par les intimés une tentative de tirer profit d'une conduite immorale ou illégale. Le montant des dommages-intérêts ne correspond qu'à la perte causée par le délit conférant un droit d'action, en l'occurrence l'agression sexuelle. Ne pas indemniser le demandeur pour la perte découlant d'autres facteurs n'équivaut pas à « réduire » les dommages-intérêts. Par contre, l'indemniser d'une telle perte reviendrait à accorder des dommages-intérêts « supérieurs » à ceux exigibles en droit. On ne saurait donc affirmer que les intimés tirent profit de leurs actes fautifs.

85 Deuxièmement, la maxime *ex turpi causa non oritur actio* ne peut être invoquée pour contourner une limite fixée par la loi ou pour saper le système juridique. L'appliquer de manière à permettre le dédommagement pour d'autres actes fautifs frappés de prescription priverait la loi de sa raison d'être et permettrait l'indemnisation à l'égard de délits allégués mais non prouvés. L'intention du législateur serait bafouée, et la responsabilité serait imputée en l'absence d'éléments de preuve légaux.

86 Troisièmement, à supposer que ces obstacles soient surmontables, lorsque les circonstances commandent clairement l'application de la maxime *ex turpi causa non oritur actio*, les tribunaux doivent faire preuve de circonspection en l'appliquant : *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159. L'indemnisation des

the broad claim for collective breach of fiduciary duty, the necessary record to permit consideration of past policy wrongs is lacking.

87 I conclude that Mr. Barney's contention that the trial judge erred in failing to properly consider wrongs other than the actionable sexual assaults in assessing damages cannot succeed.

2.8 *General and Aggravated Damages: Quantum*

88 The trial judge awarded Mr. Barney $125,000 in general damages, plus $20,000 aggravated damages. Mr. Barney argues that these amounts should be increased to $300,000 having regard to the awards in other cases, exacerbating factors and non-sexual brutalization suffered by him while at AIRS.

89 This ground of appeal cannot succeed. The trial judge considered the correct factors in arriving at the damages award. He emphasized the nature and frequency of the assaults and their dreadful physiological and psychological effect on the victim. He referred to numerous decisions of a similar nature, in order to arrive at a fair figure. No basis for interfering with his award of general and aggravated damages has been made out.

2.9 *Punitive Damages*

90 The trial judge awarded punitive damages only against Plint. The appellant asks for $25,000 of punitive damages to be awarded against Canada as well.

91 No compelling reason exists to disturb the trial judge's award. Punitive damages are awarded against a defendant only in exceptional

effets du placement dans les pensionnats est controversée et problématique. En l'espèce, comme pour l'allégation générale d'un manquement collectif à une obligation fiduciaire, la preuve requise pour l'examen d'actes fautifs découlant d'une politique antérieure fait défaut.

Je conclus que la prétention de M. Barney selon laquelle le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas dûment compte, pour la fixation des dommages-intérêts, d'autres actes fautifs que ceux conférant le droit d'action — les agressions sexuelles — n'est pas fondée.

2.8 *Dommages-intérêts généraux et majorés : montants*

Le juge de première instance a accordé à M. Barney des dommages-intérêts généraux de 125 000 $, plus 20 000 $ à titre de dommages-intérêts majorés. M. Barney soutient que l'indemnité doit être portée à 300 000 $, eu égard aux sommes accordées dans d'autres affaires, aux facteurs aggravants et aux sévices à caractère non sexuel qui lui ont été infligés au Pensionnat.

Ce motif d'appel ne saurait être retenu. Le juge de première instance a tenu compte des bons facteurs pour fixer les dommages-intérêts. Il a souligné la nature et la fréquence des sévices, ainsi que leurs terribles répercussions physiologiques et psychologiques sur la victime. Il s'est référé à de nombreuses décisions rendues dans des affaires apparentées pour fixer un juste montant. Je ne vois aucune raison de modifier les dommages-intérêts généraux et majorés.

2. *Dommages-intérêts exemplaires*

Seul M. Plint a été condamné à des dommages-intérêts exemplaires. L'appelant demande que le gouvernement du Canada soit également condamné à lui verser 25 000 $ à titre de dommages-intérêts exemplaires.

Aucune raison valable ne justifie de modifier la décision du juge de première instance à cet égard. Les dommages-intérêts exemplaires ne sont

circumstances for "high-handed, malicious, arbitrary or highly reprehensible misconduct that departs to a marked degree from ordinary standards of decent behaviour": *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18, at para. 94. The trial judge made no finding that Canada's behaviour in this case met any of those thresholds. He correctly stated that punitive damages cannot be awarded in the absence of reprehensible conduct specifically referable to the employer. While he found the Church liable on the basis of vicarious liability and Canada liable vicariously and on the basis of a non-delegable statutory duty, this was by virtue of the relationship between the parties and Plint, not because of any specific misconduct.

I conclude that the contention that the punitive damage award should include Canada should be rejected.

2.10 *Loss of Future Earning Opportunity*

The trial judge did not order any damages for loss of future earning ability. The Court of Appeal allowed an award of $20,000. The appellant is now asking this Court to raise the award to $240,000.

The Court of Appeal held that "the trial judge overlooked the reality that [Mr. Barney's] psychological injury would, at least for a period of time in the future, foreclose for him some occupations that might otherwise be available" (para. 221). The trial judge had found that Mr. Barney was likely to have become a logger in any event, as that was the occupation of both of his brothers. The trial judge had also found that Mr. Barney was disabled from working as a logger for reasons that had nothing to do with the sexual assaults (2001 decision, at para. 527). Finally, the trial judge had found that Mr. Barney did not have the intellectual capacity to pursue vocational or retraining programs "save for the briefest and most practically oriented" (para. 527).

accordés qu'exceptionnellement, en cas de « conduite malveillante, arbitraire ou extrêmement répréhensible, qui déroge nettement aux normes ordinaires de bonne conduite » : *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, 2002 CSC 18, par. 94. Le juge de première instance n'a pas conclu que la conduite du gouvernement du Canada satisfaisait en l'espèce à l'un ou l'autre de ces critères. Il a dit à juste titre que des dommages-intérêts exemplaires ne pouvaient être octroyés si l'employeur n'avait pas eu lui-même une conduite répréhensible. Il a tenu l'Église et le gouvernement du Canada responsables du fait d'autrui, ajoutant dans le cas du second défendeur le manquement à une obligation légale intransmissible, mais ce, en raison de leur lien avec M. Plint, et non d'une inconduite de leur part.

92 Il y a lieu de rejeter l'allégation selon laquelle le gouvernement du Canada devrait également être condamné à des dommages-intérêts exemplaires.

2.10 *Perte de capacité de gain ultérieure*

93 Le juge de première instance n'a pas indemnisé l'appelant de la perte de capacité de gain ultérieure. La Cour d'appel lui a accordé 20 000 $ à ce titre. L'appelant demande aujourd'hui à notre Cour de porter ce montant à 240 000 $.

94 Selon la Cour d'appel, [TRADUCTION] « le juge de première instance a fait abstraction de ce que le préjudice psychologique de M. Barney l'empêcherait, du moins un certain temps, d'exercer des métiers qui, autrement, auraient été à sa portée » (par. 221). Le juge avait estimé que, de toute façon, M. Barney serait vraisemblablement devenu bûcheron, comme ses deux frères. Il avait également conclu que M. Barney n'était pas apte à travailler comme bûcheron pour des motifs qui n'avaient rien à voir avec les agressions sexuelles (décision de 2001, par. 527). Enfin, à son avis, M. Barney n'avait pas la capacité intellectuelle requise pour suivre un programme de formation professionnelle ou de recyclage, [TRADUCTION] « à moins que celui-ci ne soit très court et axé sur la pratique » (par. 527).

95 Canada does not contest the award for future loss of earnings by the Court of Appeal. However, Canada argues that a detailed tabular approach is not appropriate on the evidence here.

96 I am satisfied that no evidentiary record exists to specifically quantify any future loss of earnings and that the Court of Appeal, noting the inadequacy of the evidentiary record on this point, was correct to award a conventional amount.

3. Conclusion

97 I conclude that the Court of Appeal erred in finding that the Church was not vicariously liable for the sexual abuse to Mr. Barney. The Court of Appeal also misapplied *Bazley* to find the Church immune from liability. The trial judge erred in finding a non-delegable statutory duty on the terms of the *Indian Act*. The trial judge correctly apportioned the damages unequally between the Church and Canada. No basis has been established for finding negligence, breach of fiduciary duty or for reassessing the damage awards in this case.

98 The appeal of Mr. Barney is dismissed. The appeal of Canada is allowed in part. The judgment of the trial judge on the issues of joint vicarious liability against the Church and Canada, and assessment and apportionment of damages, is restored. The judgment of the Court of Appeal on the issue of charitable immunity is set aside. The Court of Appeal's award to Mr. Barney for loss of future earning opportunity is upheld. In the circumstances, I would make no order as to costs, leaving each party to bear its own costs.

APPENDIX

Indian Act, S.C. 1951, c. 29

113. The Governor in Council may authorize the Minister, in accordance with this Act,

Le gouvernement du Canada ne conteste pas le montant accordé par la Cour d'appel au titre de la perte de capacité de gain ultérieure. Il fait cependant valoir que, vu la preuve, le calcul à partir de tables détaillées n'est pas opportun en l'espèce.

Je suis convaincue qu'aucun élément de la preuve ne permet précisément de quantifier une perte de capacité de gain ultérieure et que la Cour d'appel a eu raison, à défaut de la preuve voulue, d'accorder un montant fondé sur la jurisprudence.

3. Conclusion

Je conclus que la Cour d'appel a eu tort de ne pas tenir l'Église responsable du fait d'autrui pour l'agression sexuelle de M. Barney. De plus, elle a mal appliqué l'arrêt *Bazley* en exonérant l'Église de toute responsabilité. Le juge de première instance a commis une erreur en dégageant de la *Loi sur les Indiens* une obligation légale intransmissible. Il a eu raison de répartir les dommages-intérêts inégalement entre l'Église et le gouvernement du Canada. Aucun élément n'a été avancé pour justifier une conclusion de négligence ou de manquement à une obligation fiduciaire ou la modification du montant des dommages-intérêts.

Je suis d'avis de rejeter l'appel de M. Barney et d'accueillir en partie celui du gouvernement du Canada. Le jugement de première instance est rétabli en ce qui concerne la responsabilité solidaire du fait d'autrui de l'Église et du gouvernement du Canada, ainsi que la détermination et la répartition des dommages-intérêts. Le jugement de la Cour d'appel est annulé quant à l'exonération d'un organisme de bienfaisance. Sa décision d'accorder à M. Barney une indemnité pour la perte de capacité de gain ultérieure est confirmée. Aucun dépens ne seront adjugés dans les circonstances, chacune des parties assumant les siens.

ANNEXE

Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29

113. Le gouverneur en conseil peut, en conformité de la présente loi, autoriser le Ministre

(*a*) to establish, operate and maintain schools for Indian children,

(*b*) to enter into agreements on behalf of His Majesty for the education in accordance with this Act of Indian children, with

(i) the government of a province,

(ii) the council of the Northwest Territories,

(iii) the council of the Yukon Territory,

(iv) a public or separate school board, and

(v) a religious or charitable organization.

114. The Minister may

(*a*) provide for and make regulations with respect to standards for buildings, equipment, teaching, education, inspection and discipline in connection with schools,

(*b*) provide for the transportation of children to and from school,

(*c*) enter into agreements with religious organizations for the support and maintenance of children who are being educated in schools operated by those organizations, and

(*d*) apply the whole or any part of moneys that would otherwise be payable to or on behalf of a child who is attending a residential school to the maintenance of that child at that school.

115. (1) Subject to section one hundred and sixteen, every Indian child who has attained the age of seven years shall attend school.

(2) The Minister may

(*a*) permit an Indian who has attained the age of six years to attend school,

(*b*) require an Indian who becomes sixteen years of age during the school term to continue to attend school until the end of that term, and

(*c*) require an Indian who becomes sixteen years of age to attend school for such further period as the Minister considers advisable, but no Indian shall be required to attend school after he becomes eighteen years of age.

. . .

a) À établir, diriger et entretenir des écoles pour les enfants indiens;

b) À conclure, au nom de Sa Majesté et pour l'instruction des enfants indiens conformément à la présente loi, des accords avec

(i) le gouvernement d'une province,

(ii) le conseil des Territoires du Nord-Ouest,

(iii) le conseil du Territoire du Yukon,

(iv) une commission d'écoles publiques ou séparées, et

(v) une institution religieuse ou de charité.

114. Le Ministre peut

a) Pourvoir à des normes de construction, d'installation, d'enseignement, d'éducation, d'inspection et de discipline relativement aux écoles, et établir des règlements à cet égard;

b) Assurer le transport, aller et retour, des enfants à l'école;

c) Conclure des accords avec des institutions religieuses pour le soutien et l'entretien des enfants qui reçoivent leur instruction dans les écoles dirigées par ces institutions, et

d) Appliquer la totalité ou une partie des deniers qui seraient autrement payables en faveur ou pour le compte d'un enfant qui fréquente un pensionnat, à l'entretien dudit enfant à cette école.

115. (1) Sous réserve de l'article cent seize, tout enfant indien qui a atteint l'âge de sept ans doit fréquenter l'école.

(2) Le Ministre peut

a) Autoriser un Indien qui a atteint l'âge de six ans à fréquenter l'école;

b) Exiger qu'un Indien qui atteint l'âge de seize ans pendant une période scolaire continue à fréquenter l'école jusqu'à la fin de cette période, et

c) Exiger qu'un Indien qui atteint l'âge de seize ans fréquente l'école durant la période additionnelle que le Ministre juge à propos, mais aucun Indien ne doit être tenu de fréquenter l'école après avoir atteint l'âge de dix-huit ans.

. . .

117. Every Indian child who is required to attend school shall attend such school as the Minister may designate, but no child whose parent is a Protestant shall be assigned to a school conducted under Roman Catholic auspices and no child whose parent is a Roman Catholic shall be assigned to a school conducted under Protestant auspices, except by written direction of the parent.

Indian Residential School Regulations

. . .

2. "Superintendent" means the Superintendent of Education, Indian Affairs Branch, Department of Citizenship and Immigration.

. . .

13. The principal of every school shall maintain standards acceptable to the Superintendent in respect of,

(a) the adequacy in numbers and qualifications of the school staff;

(b) the number of pupils served by the school;

(c) diet and all phases of food preparation and service;

(d) clothing and bedding;

(e) dormitory accommodation;

(f) heating and ventilation;

(g) cleanliness, sanitation, water supply and laundry service;

(h) lighting;

(i) interior decoration;

(j) safety precautions;

(k) classroom instruction;

(l) recreational activities;

(m) counselling and guidance;

(n) home and school relationships;

(o) the maintenance of records; and

117. Tout enfant indien tenu de fréquenter l'école doit fréquenter celle que le Ministre peut désigner, mais aucun enfant dont le père ou la mère, selon le cas, est protestant ou protestante, ne doit être assigné à une école dirigée sous les auspices de catholiques romains, et aucun enfant dont le père ou la mère, selon le cas, est catholique romain ou catholique romaine, ne doit être assigné à une école dirigée sous les auspices de protestants, sauf sur des instructions écrites du père ou de la mère, suivant le cas.

Indian Residential School Regulations

[TRADUCTION]

. . .

2. « surintendant » Le surintendant de l'Éducation, Direction des affaires indiennes, ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration.

. . .

13. Le directeur de chacun des pensionnats établit relativement à ce qui suit des normes convenant au surintendant :

a) le nombre d'employés et leurs compétences;

b) le nombre d'élèves;

c) l'alimentation et toutes les étapes de la préparation des aliments et de leur service;

d) les vêtements et la literie;

e) le dortoir;

f) le chauffage et la ventilation;

g) la propreté, l'assainissement, l'approvisionnement en eau et la lessive;

h) l'éclairage;

i) la décoration intérieure;

j) les mesures de sécurité;

k) l'enseignement en classe;

l) les loisirs;

m) la conseillance et l'orientation;

n) les relations à la maison et à l'école;

o) la tenue de dossiers;

(p) the accounting for funds, stock and equipment.

14. Every school shall be subject to inspection by such officials of the Government of Canada and by such other persons as the Superintendent may authorize.

15. (1) The principal of every school shall be responsible for,

(a) the maintenance and operation of the school buildings, grounds and equipment;

(b) the assignment of duties to the staff and the supervision of the performance thereof;

(c) the preparation and dissemination of rules relating to the functioning of the school;

(d) the provision and supervision of measures to ensure the health, safety, welfare and educational progress of the pupils;

. . .

(h) the practice of fire drill not less than once a month.

Appeal of Frederick Leroy Barney dismissed. Appeal of Canada allowed in part.

Solicitors for the appellant/respondent Frederick Leroy Barney and for the respondents R.A.F., R.J.J., M.L.J. and M.W. (2): Hutchins Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka, Barrister & Solicitor Inc., Vancouver.

Solicitor for the appellant/respondent Her Majesty the Queen in Right of Canada, as represented by the Minister of Indian Affairs and Northern Development: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent the United Church of Canada: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the respondent Patrick Dennis Stewart: David Paterson Law Corporation, Surrey.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.

p) la comptabilisation des fonds, des stocks et du matériel.

14. Chacun des pensionnats est inspecté par le représentant du gouvernement du Canada et toute autre personne que désigne le surintendant.

15. (1) Le directeur d'un pensionnat veille à ce qui suit :

a) l'entretien et le fonctionnement des bâtiments, des terrains et du matériel;

b) l'attribution de tâches au personnel et la surveillance de l'exécution de ces taches;

c) l'établissement et la diffusion de règles de fonctionnement;

d) l'adoption et le respect de mesures visant à assurer la santé, la sécurité, le bien-être et l'apprentissage des élèves;

. . .

h) le déroulement d'un exercice d'évacuation en cas d'incendie, au moins une fois par mois.

Pourvoi de Frederick Leroy Barney rejeté. Pourvoi du gouvernement du Canada accueilli en partie.

Procureurs de l'appelant/intimé Frederick Leroy Barney et des intimés R.A.F., R.J.J., M.L.J. et M.W. (2) : Hutchins Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka, Barrister & Solicitor Inc., Vancouver.

Procureur de l'appelante/intimée Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimée l'Église unie du Canada : Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs de l'intimé Patrick Dennis Stewart : David Paterson Law Corporation, Surrey.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.

Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the Native Women's Association of Canada and the Disabled Women's Network of Canada: Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association des femmes autochtones du Canada et le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Attorney General of Quebec and Minister of Justice of Quebec *Appellants*

v.

Conférence des juges du Québec, Maurice Abud, Claude C. Boulanger, Marc Vanasse, Gilles Gagnon, Jacques R. Roy, Gérald Laforest, Jean-François Gosselin, Hubert Couture, Michael Sheehan, Yvan Mayrand, Dominique Slater, Guy Gagnon, Mireille Allaire, Anne Laberge, Armando Aznar, Jean-Pierre Lortie, Guy Lecompte, Huguette St-Louis, Rémi Bouchard, Michel Jasmin, Jacques Lachapelle, Louise Provost, Michèle Rivet, Paule Lafontaine, Rosaire Larouche, Réal R. Lapointe, Claude Chicoine, Céline Pelletier, René de la Sablonnière, Gabriel de Pokomandy, Jean-R. Beaulieu, Michel Beauchemin, Jacques Trudel, Denis Bouchard, Ruth Veillet, Gilson Lachance, Claude Parent, Michel L. Auger, Lise Gaboury and Jean Alarie *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick and Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

- and -

Attorney General of Quebec and Minister of Justice of Quebec *Appellants*

v.

Morton S. Minc, Denis Boisvert, Antonio Discepola, Yves Fournier, Gilles Gaumond, Louise Baribeau, Jean-Pierre Bessette, Pierre D. Denault, René Déry, Gérard Duguay, Pierre Fontaine, Pierre Gaston, Denis Laliberté, Louis-Jacques Léger, Jean Massé, Evasio Massignani, Ronald Schachter,

Procureur général du Québec et ministre de la Justice du Québec *Appelants*

c.

Conférence des juges du Québec, Maurice Abud, Claude C. Boulanger, Marc Vanasse, Gilles Gagnon, Jacques R. Roy, Gérald Laforest, Jean-François Gosselin, Hubert Couture, Michael Sheehan, Yvan Mayrand, Dominique Slater, Guy Gagnon, Mireille Allaire, Anne Laberge, Armando Aznar, Jean-Pierre Lortie, Guy Lecompte, Huguette St-Louis, Rémi Bouchard, Michel Jasmin, Jacques Lachapelle, Louise Provost, Michèle Rivet, Paule Lafontaine, Rosaire Larouche, Réal R. Lapointe, Claude Chicoine, Céline Pelletier, René de la Sablonnière, Gabriel de Pokomandy, Jean-R. Beaulieu, Michel Beauchemin, Jacques Trudel, Denis Bouchard, Ruth Veillet, Gilson Lachance, Claude Parent, Michel L. Auger, Lise Gaboury et Jean Alarie *Intimés*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick et Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada *Intervenants*

- et -

Procureur général du Québec et ministre de la Justice du Québec *Appelants*

c.

Morton S. Minc, Denis Boisvert, Antonio Discepola, Yves Fournier, Gilles Gaumond, Louise Baribeau, Jean-Pierre Bessette, Pierre D. Denault, René Déry, Gérard Duguay, Pierre Fontaine, Pierre Gaston, Denis Laliberté, Louis-Jacques Léger, Jean Massé, Evasio Massignani, Ronald Schachter,

Bernard Caron, Jean Charbonneau and Raymonde Verreault *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick and Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

- and -

Conférence des juges municipaux du Québec *Appellant*

v.

Conférence des juges du Québec et al. and Attorney General of Quebec *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick and Federation of Law Societies of Canada *Interveners*

Bernard Caron, Jean Charbonneau et Raymonde Verreault *Intimés*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick et Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada *Intervenants*

- et -

Conférence des juges municipaux du Québec *Appelante*

c.

Conférence des juges du Québec et autres et procureur général du Québec *Intimés*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick et Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada *Intervenants*

INDEXED AS: CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 59.

File No.: 30477.

2005: October 27.

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

RÉPERTORIÉ : CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 59.

N° du greffe : 30477.

2005 : 27 octobre.

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

MOTIONS TO AMEND A JUDGMENT OR FOR A RE-HEARING OF APPEAL

Practice — Supreme Court of Canada — Motions seeking order to amend judgment or order for re-hearing of appeal — Motions dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, Rules 76, 81(1)(a).

Cases Cited

Referred to: *H. (D.) v. M. (H.)*, [1999] 1 S.C.R. 761; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec*

REQUÊTES VISANT LA MODIFICATION D'UN JUGEMENT OU LA TENUE D'UNE NOUVELLE AUDITION

Pratique — Cour suprême du Canada — Requêtes visant à obtenir une ordonnance de modification d'un jugement ou une ordonnance de nouvelle audition — Requêtes rejetées — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 76, 81(1)a).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *H. (D.) c. M. (H.)*, [1999] 1 R.C.S. 761; *Grand Montréal, Commission des écoles*

(Attorney General), [1989] 2 S.C.R. 167; *Roberts v. The Queen*, S.C.C., No. 27641, March 13, 2003 (revised March 26, 2003) (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, March 28, 2003, p. 542).

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 76, 81(1)(*a*).

MOTIONS seeking an order to amend a judgment of the Supreme Court of Canada, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44, or an order for a re-hearing of the appeal. Motions dismissed.

Written submissions by *Raynold Langlois*, *Q.C.*, and *Chantal Chatelain*, for the applicants Conférence des juges du Québec et al.

Written submissions by *André Gauthier*, for the applicant Conférence des juges municipaux du Québec.

Written submissions by *Claude-Armand Sheppard* and *Annick Bergeron*, for the respondents on the motions the Attorney General of Quebec and the Minister of Justice of Quebec.

JUDGMENT

The Court has before it two motions seeking an order to amend a judgment rendered by the Court on July 22, 2005, or an order for a re-hearing of the appeal in order to clarify and explain the disposition of the Court's judgment. One of the motions was filed by the Conférence des juges du Québec et al., and the other, by the Conférence des juges municipaux du Québec.

The motions do not meet the criteria for applying Rule 81(1)(*a*) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, which is limited to errors arising from an accidental slip or omission: *Roberts v. The Queen*, S.C.C., No. 27641, March 13, 2003 (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, March 28, 2003, at p. 542). Nor do they meet the criteria for Rule 76, which is limited to exceptional cases involving a failure of justice or an error regarding the nature of

protestantes c. Québec (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 167; *Roberts c. La Reine*, C.S.C., nº 27641, 13 mars 2003 (révisé le 26 mars 2003) (reproduit dans le *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 28 mars 2003, p. 542).

Lois et règlements cités

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 76, 81(1)*a*).

REQUÊTES visant à obtenir une ordonnance de modification d'un jugement de la Cour suprême du Canada, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44, ou une ordonnance de nouvelle audition de l'appel. Requêtes rejetées.

Argumentation écrite par *Raynold Langlois*, *c.r.*, et *Chantal Chatelain*, pour les requérants la Conférence des juges du Québec et autres.

Argumentation écrite par *André Gauthier*, pour la requérante la Conférence des juges municipaux du Québec.

Argumentation écrite par *Claude-Armand Sheppard* et *Annick Bergeron*, pour les intimés aux requêtes le procureur général du Québec et le ministre de la Justice du Québec.

JUGEMENT

La Cour est saisie de deux requêtes demandant une ordonnance modifiant le jugement de la Cour rendu le 22 juillet 2005, ou une ordonnance intimant la tenue d'une nouvelle audition de l'appel afin de clarifier et préciser le dispositif du jugement de la Cour. L'une a été présentée par la Conférence des juges du Québec et autres, l'autre par la Conférence des juges municipaux du Québec. 1

Les requêtes ne répondent ni aux critères d'application de l'al. 81(1)*a*) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, dont la portée est limitée aux erreurs involontaires ou aux omissions : *Roberts c. La Reine*, C.S.C., nº 27641, 13 mars 2003 (reproduit dans le *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 28 mars 2003, p. 542), ni à ceux de l'art. 76, dont l'application est limitée aux cas exceptionnels de déni de justice ou d'erreur touchant à la nature des 2

the issues: *H. (D.) v. M. (H.)*, [1999] 1 S.C.R. 761, and *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 167.

3 The Court's judgment, and more specifically paras. 44 and 171 (as corrected on July 28, 2005), provides a clear expression of this Court's opinion. According to para. 44, "[c]ourts should avoid issuing specific orders to make the recommendations binding unless the governing statutory scheme gives them that option." According to para. 171, the matter must be remitted to the Government and the National Assembly for reconsideration in accordance with the reasons of the Court, and the Government must consequently table a new reply that meets constitutional standards.

4 For these reasons, the motions are dismissed without costs.

Motions dismissed.

Solicitors for the applicants Conférence des juges du Québec et al.: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitors for the applicant Conférence des juges municipaux du Québec: Cain, Lamarre, Casgrain, Wells, Sept-Îles.

Solicitors for the respondents on the motions the Attorney General of Quebec and the Minister of Justice of Quebec: Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.

questions en litige : *H. (D.) c. M. (H.)*, [1999] 1 R.C.S. 761, et *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 167.

Le jugement de la Cour, plus particulièrement les par. 44 et 171 (modifiés le 28 juillet 2005), exprime clairement l'opinion de la Cour. Aux termes du par. 44, « [l]es tribunaux devraient s'abstenir de rendre des ordonnances donnant force obligatoire aux recommandations, à moins d'y être autorisés par le régime législatif applicable. » Conformément au par. 171, le dossier est renvoyé au Gouvernement et à l'Assemblée nationale pour réexamen à la lumière des motifs de la Cour et le Gouvernement doit en conséquence fournir une nouvelle réponse respectant les normes constitutionnelles.

Pour ces motifs, les requêtes sont rejetées sans dépens.

Requêtes rejetées.

Procureurs des requérants la Conférence des juges du Québec et autres : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureurs de la requérante la Conférence des juges municipaux du Québec : Cain, Lamarre, Casgrain, Wells, Sept-Îles.

Procureurs des intimés aux requêtes le procureur général du Québec et le ministre de la Justice du Québec : Robinson Sheppard Shapiro, Montréal.

E.B. *Appellant*

v.

Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of British Columbia *Interveners*

E.B. *Appelant*

c.

Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia *Intimé*

et

Procureur général du Canada et procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

INDEXED AS: E.B. *v.* ORDER OF THE OBLATES OF MARY IMMACULATE IN THE PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA

Neutral citation: 2005 SCC 60.

File No.: 29890.

2004: December 7; 2005: October 28.

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

RÉPERTORIÉ : E.B. *c.* ORDER OF THE OBLATES OF MARY IMMACULATE IN THE PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA

Référence neutre : 2005 CSC 60.

N° du greffe : 29890.

2004 : 7 décembre; 2005 : 28 octobre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Enterprise risk creation test — Child sexually abused while in residential school — Whether Catholic Order operating school vicariously liable for sexual assaults committed by lay employee — Whether strong connection between employee's duties and wrongful acts — Whether case falls to be determined by legal precedents or broad policy rationales — Whether appellate review is foreclosed by trial judge's findings.

Between 1957 and 1962, B attended a residential school for First Nations children run by the Oblates. S, a lay employee, worked as a baker, boat driver and odd-job man. He resided upstairs in a building located on the school grounds. The trial judge found that S sexually assaulted B from the age of 7 and that the assaults continued on a regular and frequent basis until B was 11 or 12 years old. All the assaults took place in

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

Délits — Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Critère de la création du risque d'entreprise — Enfant agressé sexuellement dans un pensionnat — La congrégation catholique qui dirigeait l'école est-elle responsable du fait d'autrui en raison des agressions sexuelles commises par un employé laïque? — Existait-il un lien solide entre les fonctions de l'employé et les actes répréhensibles? — L'affaire doit-elle être tranchée suivant la jurisprudence ou en fonction des considérations de politique générales? — Les conclusions du juge de première instance empêchent-elles l'examen de sa décision en appel?

Entre 1957 et 1962, B a fréquenté un pensionnat pour enfants autochtones tenu par les Oblats. S, un employé laïque, y travaillait comme boulanger, conducteur d'embarcation à moteur et homme à tout faire. Il habitait en haut d'un édifice situé sur le terrain de l'école. Le juge de première instance a conclu que S a agressé sexuellement B depuis l'âge de 7 ans, et ce à de nombreuses reprises et sur une base régulière, jusqu'à ce que B

S's living quarters. B did not bring S's misconduct to the attention of anyone at the school. Based on his finding that the operational characteristics of the residential school created and materially enhanced the risk of the assaults, the trial judge found the Oblates vicariously liable. These characteristics included the separation of the children from their families, the fact that employees lived in close proximity to the children and the fact that the children were under a regime where they were to respect and obey all staff. The Court of Appeal set aside the trial judge's decision, holding that he had erred in overemphasizing job-created opportunity and in failing to have sufficient regard to the specific employment duties and responsibilities assigned to S and the connection, if any, between those duties and responsibilities and the wrongs S committed against the appellant.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Charron JJ.: To impose vicarious (as opposed to direct) liability on the school, the law requires a strong connection between what the employer was asking the employee to do and the wrongful conduct. The trial judge stressed the "operational characteristics" of the school and the potential risk it created in general terms for its students. However if, as the appellant contends, the school as organized and operated created a significant risk to every student by every employee regardless of the particulars of his or her job, this would argue for direct liability rather than vicarious liability. What is required for the imposition of vicarious liability is a demonstration that school-created features of the employment relationship of S contributed to the ability of S to do what he did in this case. Taking the trial judge's approach to its logical conclusion, the employer would be liable for all tortious acts of all of its employees, no matter how remote the wrongdoing from the job-created power or status or how distanced the employee was from any position of authority over, or intimacy with, the students. This is not consistent with legal precedent. A "mere opportunity" to commit the wrongful act does not suffice. Here, the "strong connection" test was not met. While vicarious liability does not require a claimant to establish that the wrongdoer was placed in a "parent-like" position of authority, the law does require consideration of the job-created power and the nature of an employee's duties as a fundamental component of determining if a particular

atteigne l'âge de onze ou douze ans. Les agressions ont toutes été commises à la résidence de S. B n'a mis personne de l'école au courant de l'inconduite de S. En se fondant sur ses conclusions de fait que les caractéristiques opérationnelles du pensionnat ont créé et sensiblement accru le risque que des agressions soient commises, le juge de première instance a conclu que les Oblats étaient responsables du fait d'autrui. Parmi ces caractéristiques, il y avait le fait que les enfants étaient séparés de leur famille, le fait que les enfants et les employés vivaient en étroite proximité les uns des autres et le fait que, selon le régime en place, les enfants devaient respect et obéissance à tous les employés. La Cour d'appel a annulé la décision du juge de première instance; elle a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en exagérant l'importance de l'occasion créée par l'emploi et en ne prenant pas suffisamment en compte la nature précise des fonctions et responsabilités confiées à S ni le lien, le cas échéant, entre ces fonctions et responsabilités et les délits commis par S à l'endroit de l'appelant.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Charron : Pour imputer au pensionnat une responsabilité du fait d'autrui (plutôt que directe), la loi exige un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire et l'acte fautif. Le juge de première instance a insisté sur les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat et sur le risque potentiel qu'il créait de manière générale pour les élèves. Toutefois, si l'organisation et le fonctionnement de l'établissement faisaient en sorte, comme le prétend l'appelant, que chaque employé, quelles que soient ses fonctions, pouvait présenter un risque substantiel pour chaque élève, la responsabilité directe de l'intimé pourrait être engagée plutôt que sa responsabilité du fait d'autrui. Pour imposer la responsabilité du fait d'autrui, il faut démontrer que les particularités — inhérentes à l'école — de la relation d'emploi de S ont contribué à l'amener à faire ce qu'il a fait en l'espèce. L'approche adoptée par le juge de première instance aboutit logiquement à la conclusion que l'employeur serait responsable de tous les actes délictueux de tous ses employés, même s'il n'existe qu'un lien ténu entre le délit et le pouvoir ou le statut que confère l'emploi, ou si l'employé était loin d'exercer une fonction le plaçant en situation d'autorité ou d'intimité par rapport aux élèves. Cette approche n'est pas conforme à la jurisprudence. Une « simple occasion » de commettre le délit ne suffit pas. En l'espèce, le critère du « lien solide » n'a pas été respecté. Si la responsabilité du fait d'autrui n'exige pas du plaignant qu'il

enterprise increased the risk of particular wrongdoing in relation to a claimant by the employee complained about. [2] [4] [25] [29] [52]

The *Bazley* factors show that while the residential setting in which the abuse took place would favour a finding of vicarious liability, the limited duties and role of S at the school are conclusive against it. S did not have authority to insinuate himself into the intimate life of B or any of the other students except his own children and grandchildren. First, S was not "permitted or required" to be with the children, apart from trips in the motorboat which were supervised by one of the religious brothers. Second, the conduct in the course of which the wrongful acts occurred had nothing to do with furthering the employer's aims. Third, intimacy was prohibited. S was expected to devote himself to baking, doing maintenance work and driving the motorboat, and his quarters were located in an area off-limits to students. Fourth, the employer did not confer any power on S in relation to B. Despite the loose structure of the school, S's position was not one involving regular or meaningful contact with the students. Fifth, the vulnerability of the students resulted from the nature of the institution (which is the subject of the appellant's claim of direct liability), not from power conferred by the employer on S (which is the subject of the appellant's claim of vicarious liability). The Court of Appeal was thus correct in concluding that while the employment relationship in this case provided S with the opportunity to commit the wrongful acts, his assigned role in relation to the students fell short of what is required to attract vicarious liability. A strong connection between what the Oblates were asking S to do and the wrongful acts was not established. [37] [41] [47-52]

Appellate review was not foreclosed by the trial judge's findings. The essential difference between the trial judge and the Court of Appeal related to the proper application of the *Bazley* test. A court of appeal does not owe a trial judge any deference on a question of law. [23]

Per Abella J. (dissenting): In order to find an employer vicariously liable for the intentional torts of an employee, a strong connection must be found between

établisse que l'auteur du délit a été placé dans une situation d'autorité tenant du « rôle parental », la loi exige effectivement la prise en compte des pouvoirs inhérents à l'emploi et de la nature des fonctions de l'employé puisqu'il s'agit d'éléments essentiels pour déterminer si une entreprise donnée a accru le risque que l'employé visé par la plainte pose à l'égard du plaignant un acte répréhensible donné. [2] [4] [25] [29] [52]

Selon les facteurs pris en compte dans *Bazley*, le fait que les agressions aient été commises dans un pensionnat milite en faveur de l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, mais les fonctions et le rôle restreints de S écartent de façon décisive une telle conclusion. S n'était pas autorisé à s'insinuer dans la vie intime de B ou des autres élèves, sauf celle de ses propres enfants. En premier lieu, il n'était pas « permis ou demandé » à S de tenir compagnie aux enfants, sauf lors des déplacements en embarcation à moteur, qui se faisaient sous la surveillance d'un frère religieux. En deuxième lieu, la conduite qui comportait les actes fautifs ne servait en rien les objectifs poursuivis par l'employeur. En troisième lieu, l'intimité était interdite. On attendait de S qu'il se consacre à ses tâches de boulanger, de préposé à l'entretien et de conducteur d'embarcation à moteur, et son logis se trouvait dans un endroit était interdit d'accès aux élèves. En quatrième lieu, l'employeur n'avait confié à S aucun pouvoir à l'égard de B. Même si l'école était peu structurée, le poste de S ne lui ménageait pas de contacts réguliers ou importants avec les élèves. En cinquième lieu, la vulnérabilité des élèves résultait de la nature même de l'établissement (d'où la réclamation de l'appelant fondée sur la responsabilité directe) et non du pouvoir que l'employeur a confié à S (d'où la réclamation de l'appelant fondée sur la responsabilité du fait d'autrui). La Cour d'appel a donc eu raison de conclure que si, dans ce cas, l'emploi de S lui a fourni l'occasion de commettre les actes répréhensibles, les fonctions qui lui étaient assignées vis-à-vis des enfants n'étaient pas de nature à engager la responsabilité du fait d'autrui. L'existence d'un lien solide entre ce que les Oblats demandaient à S de faire et les actes fautifs n'a pas été établie. [37] [41] [47-52]

Les conclusions du juge de première instance n'empêchaient pas l'examen de sa décision en appel. Le principal point de divergence entre le juge de première instance et la Cour d'appel concernait l'application correcte du critère de l'arrêt *Bazley*. Une cour d'appel n'a pas à faire preuve de déférence envers un juge de première instance sur une question de droit. [23]

La juge Abella (dissidente) : Pour que la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur soit engagée en raison des délits intentionnels d'un employé, il doit

the enterprise, the authority conferred on the employee by the employer, and the tort. A court must look at the enterprise as a whole to determine whether the specific features of the enterprise and of the employment relationship created — or materially enhanced — the risk that the tort would occur. Here, the trial judge correctly stated and applied the *Bazley* test and made findings available on the record that supported his conclusion that the residential school, as an enterprise, and in the authority it provided to S, materially enhanced the risk that eventually materialized, namely the sexual assault of B by S. [59-60] [65] [70]

An analysis of the *Bazley* factors confirms the trial judge's conclusion of vicarious liability in this case. First, although mere opportunity is insufficient to support a finding of vicarious liability, the link between the opportunity and the tort committed in this case is particularly strong. S was given quarters in the middle of the school property, was permitted to form relationships with vulnerable children, and could not have been unaware of the lax supervision prevalent at the residential school. Second, given that sexual molestation will never be any organization's aim, the absence of evidence supporting this factor has no bearing on this case. Third, the power structure inherent in the employer's enterprise greatly increased the level of friction and confrontation, thereby helping to create the conditions that led to the sexual assault of B. The discipline was strict and harsh, and children were ordered to obey all staff members. Fourth, the trial judge concluded that B viewed S as a person of power and authority. He found that S had responsibility for helping the religious staff with all school-related tasks, including child care and supervision, and a role that included supervising children on a daily basis and assigning chores to them. The breadth and amorphous nature of the employment duties given to him, and the way in which those duties were allocated by the school's administration, gave him both actual and perceived power over the students. The Oblates' failure to strictly delineate S's official duties served to increase his authority. Fifth, the children at the residential school were profoundly vulnerable. They were separated from their parents for long periods of time. Although the trial judge recognized that B had a number of adult relatives living at the school, including grandparents, he was prevented from maintaining close relationships with them. In addition, the residential school was remote and access was limited. This geographic and personal isolation, combined with a harsh disciplinary regime consisting of routine corporal punishment, threats of punishment, and repeated orders to

exister un lien solide entre l'entreprise, l'autorité conférée par l'employeur à l'employé et le délit. Un tribunal doit examiner l'entreprise dans son ensemble afin de déterminer si les caractéristiques particulières de cette entreprise et de la relation employeur-employé ont créé — ou sensiblement accru — le risque que le délit soit commis. En l'espèce, le juge de première instance a correctement énoncé et appliqué le critère de l'arrêt *Bazley* et a tiré des conclusions de fait que l'on trouve au dossier et qui lui permettaient de statuer que le pensionnat, en tant qu'entreprise et du fait de l'autorité qu'il avait conférée à S, a sensiblement accru le risque qui s'est finalement matérialisé par l'agression sexuelle de S à l'endroit de B. [59-60] [65] [70]

Une analyse des facteurs retenus dans l'arrêt *Bazley* confirme la conclusion du juge de première instance d'imputer à l'employeur la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce. En premier lieu, même si une simple occasion ne suffit pas pour imputer la responsabilité du fait d'autrui, le lien entre l'occasion et le délit commis en l'espèce est particulièrement solide. Le logement fourni à S se trouvait au centre du pensionnat, on lui permettait d'établir des relations avec des enfants vulnérables, et il ne pouvait ignorer que la surveillance au pensionnat était relâchée. En deuxième lieu, comme les atteintes à la pudeur ne s'inscriront jamais dans les objets d'une organisation, l'absence de preuve à l'égard de ce facteur n'a pas d'incidence en l'espèce. En troisième lieu, la structure du pouvoir inhérente à l'entreprise de l'employeur a grandement accru les tensions et la confrontation, ce qui a contribué à mettre en place les conditions qui ont conduit à la perpétration des agressions sexuelles contre B. Les règles de discipline étaient strictes et dures, et l'on ordonnait aux enfants d'obéir à tous les employés. En quatrième lieu, le juge de première instance a conclu que B considérait S comme une personne en autorité. Il a conclu que S avait la responsabilité d'aider le personnel religieux dans toutes les tâches connexes à la vie scolaire, y compris les soins aux enfants et la surveillance, et que sa description d'emploi comprenait la supervision des enfants sur une base quotidienne et l'assignation de leurs corvées. L'étendue et la nature imprécise des fonctions qui lui étaient confiées, et la manière dont celles-ci lui étaient assignées par l'administration de l'école, le plaçaient, tant au yeux des élèves que dans les faits, en position d'autorité par rapport à ceux-ci. L'autorité de S se trouvait accrue du fait que les Oblats n'avaient pas rigoureusement circonscrit ses fonctions. En cinquième lieu, les enfants au pensionnat étaient très vulnérables. Ils étaient séparés de leurs parents pendant de longues périodes. Même si le juge de première instance a reconnu qu'un certain nombre de parents adultes de B vivaient au pensionnat,

obey all staff members resulted in an extremely vulnerable group of potential victims. [78-91]

Where, as here, the legal test for vicarious liability is properly articulated and applied, a trial judge's conclusions are entitled to deference. There is no basis in this case for disturbing the trial judge's unchallenged findings of fact or the legal conclusion he drew from them that vicarious liability should be imposed. The Court of Appeal substituted its own and sometimes contrary findings of fact without explaining why those of the trial judge should be disregarded. The trial judge made no error of law in applying the *Bazley* test; his reasons fit squarely into established vicarious liability jurisprudence. Even if the standard of correctness is applied, there is no basis for interfering with the trial judge's legal conclusion. [60] [98] [107-111]

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; **referred to:** *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *John Doe v. Bennett*, [2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17, aff'g (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, rev'g in part (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131; *G. (E.D.) v. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, aff'd (2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226, aff'd [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591; *Lister v. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22; *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109; *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360; *H. (S.G.) v. Gorsline*, [2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186; *M. (F.S.) v. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301; *H. (T.E.G.) v. K. (P.)*, [2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43; *A. (C.) v. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475; *B. (J.-P.) v. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125; *C.S. v. Miller* (2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152.

notamment ses grands-parents, on l'empêchait d'entretenir des liens étroits avec eux. De plus, le pensionnat se trouvait dans un lieu éloigné et difficile d'accès. En raison de cet isolement aux plans géographique et personnel et du régime disciplinaire sévère, comportant des châtiments corporels infligés sur une base régulière, des menaces de châtiments et des ordres maintes fois répétés d'obéir à tous les membres du personnel, ce groupe de victimes potentielles était extrêmement vulnérable. [78-91]

Si, comme c'est le cas en l'espèce, le critère juridique relatif à la responsabilité du fait d'autrui a été adéquatement articulé et appliqué, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance. Il n'y a en l'espèce aucune raison de modifier les conclusions de fait non contestées du juge de première instance ou la conclusion de droit qu'il en a tiré, à savoir que l'employeur devrait être tenu responsable du fait d'autrui. La Cour d'appel a substitué ses propres conclusions de fait — parfois contraires — à celles du premier juge sans expliquer pourquoi ces dernières devraient être écartées. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en appliquant le critère de l'arrêt *Bazley*; ses motifs concordent indéniablement avec la jurisprudence en matière de responsabilité du fait d'autrui. Même si la norme de contrôle de la décision correcte est appliquée, rien ne permet de modifier la conclusion de droit du juge de première instance. [60] [98] [107-111]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts appliqués : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; **arrêts mentionnés :** *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Untel c. Bennett*, [2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17, conf. (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, inf. en partie (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131; *G. (E.D.) c. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, conf. par (2001), 197 D.L.R. (4th) 454, conf. par [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591; *Lister c. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22; *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109; *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360; *H. (S.G.) c. Gorsline*, [2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186; *M. (F.S.) c. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301; *H. (T.E.G.) c. K. (P.)*, [2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43; *A. (C.) c. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475; *B. (J.-P.) c. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125; *C.S. c. Miller* (2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152.

By Abella J. (dissenting)

Bazley v. Curry, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51; *John Doe v. Bennett*, [2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17; *M. (F.S.) v. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301; *B. (W.R.) v. Plint* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18; *D.W. v. Canada (Attorney General)* (1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187; *V.P. v. Canada (Attorney General)* (1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180; *G. (E.D.) v. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

Authors Cited

Canada. Law Commission of Canada. *Restoring Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions*. Ottawa: The Commission, 2000.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*. Ottawa: The Commission, 1996.

Claes, Rhonda, and Deborah Clifton. *Needs and Expectations for Redress of Victims of Abuse at Residential Schools*. Ottawa: Law Commission of Canada, 1998.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Esson, Hall, Saunders, Low and Smith JJ.A.) (2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 182 B.C.A.C. 288, 300 W.A.C. 288, 227 D.L.R. (4th) 298, [2003] 7 W.W.R. 421, 16 C.C.L.T. (3d) 149, [2003] B.C.J. No. 1123 (QL), 2003 BCCA 289, setting aside a decision of Cohen J., [2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

John R. Shewfelt and *Darrell W. Roberts, Q.C.*, for the appellant.

Azool Jaffer-Jeraj and *Mobina Jaffer, Q.C.*, for the respondent.

Mitchell R. Taylor, for the intervener the Attorney General of Canada.

Karen A. Horsman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Bazley c. Curry, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51; *Untel c. Bennett*, [2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17; *M. (F.S.) c. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301; *B. (W.R.) c. Plint* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18; *D.W. c. Canada (Attorney General)* (1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187; *V.P. c. Canada (Attorney General)* (1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180; *G. (E.D.) c. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Doctrine citée

Canada. Commission du droit du Canada. *La dignité retrouvée : La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens*. Ottawa : La Commission, 2000.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*. Ottawa : La Commission, 1996.

Claes, Rhonda, et Deborah Clifton. *Besoins et attentes en matière de réparation pour les sévices commis contre les enfants placés dans les pensionnats pour enfants autochtones*. Ottawa : Commission du droit du Canada, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Esson, Hall, Saunders, Low et Smith) (2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 182 B.C.A.C. 288, 300 W.A.C. 288, 227 D.L.R. (4th) 298, [2003] 7 W.W.R. 421, 16 C.C.L.T. (3d) 149, [2003] B.C.J. No. 1123 (QL), 2003 BCCA 289, qui a infirmé un jugement du juge Cohen, [2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

John R. Shewfelt et *Darrell W. Roberts, c.r.*, pour l'appelant.

Azool Jaffer-Jeraj et *Mobina Jaffer, c.r.*, pour l'intimé.

Mitchell R. Taylor, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Karen A. Horsman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

BINNIE J. — The appellant attended a residential school for First Nations children run by the respondent Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia ("Oblates") on Meares Island, British Columbia. In the years 1957 to 1962, he suffered sexual abuse at the hands of a lay employee, Martin Saxey, also of First Nations origin, who worked in the school bakery and operated the school motorboat. Saxey is now dead. His estate may be liable for damages but it has no money to pay. The appellant therefore seeks damages from the Oblates on two legal grounds, firstly because of its *direct* fault in permitting the sexual abuse to occur (an issue on which the trial judge has not yet expressed an opinion); secondly, on the basis of *vicarious* liability, irrespective of any direct fault on the part of the respondent, for the misconduct of its employee, Saxey.

Children who have suffered sexual abuse in residential schools are extremely vulnerable people, and where fault is established on the school's part, substantial compensation will be awarded. At this point in the litigation, however, no fault has been established on the part of anybody except Saxey. To impose vicarious (as opposed to direct) liability on the school, the law requires "a strong connection between what the employer was asking the employee to do (the risk created by the employer's enterprise) and the wrongful act. It must be possible to say that the employer significantly increased the risk of the harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks": *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 42 (emphasis deleted). The critical inquiry concerns the powers, duties and responsibilities conferred on Saxey by the respondent Oblates in relation to students like the appellant, keeping in mind of course the general environment of the

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

LE JUGE BINNIE — L'appelant a fréquenté un pensionnat pour enfants autochtones tenu par l'intimé, Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia (« Oblats »), sur l'île Meares, en Colombie-Britannique. Entre 1957 et 1962, l'appelant a été agressé sexuellement par Martin Saxey, un employé laïque lui aussi autochtone. Ce dernier travaillait dans la boulangerie du pensionnat et conduisait l'embarcation à moteur de l'école. M. Saxey est maintenant décédé. Il est possible que sa succession soit redevable de dommages-intérêts, mais elle n'a pas les moyens de payer. Par conséquent, l'appelant cherche, en se fondant sur deux moyens de droit, à obtenir des dommages-intérêts des Oblats. Il invoque d'abord la faute *directe* des Oblats qui auraient permis que des agressions sexuelles soient commises (le juge de première instance n'a pas encore exprimé son opinion sur cette question). Il invoque ensuite la responsabilité *du fait d'autrui*, indépendamment de toute faute directe de l'intimé, en raison des actes répréhensibles de son employé, M. Saxey. 1

Les enfants victimes d'agressions sexuelles dans des pensionnats sont des personnes très vulnérables, et une indemnité substantielle sera accordée s'il est démontré que l'établissement scolaire a commis une faute. À ce stade de l'instance toutefois, aucune faute n'a été établie, si ce n'est celle de M. Saxey. Pour imputer au pensionnat une responsabilité du fait d'autrui (plutôt que directe), la loi exige « un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire (le risque créé par l'entreprise de l'employeur) et l'acte fautif. Il doit être possible de dire que l'employeur a accru sensiblement le risque de préjudice en plaçant l'employé dans son poste et en lui demandant d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées » : *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, par. 42 (soulignement omis). Il est donc crucial d'examiner les pouvoirs, les fonctions et les responsabilités que les Oblats intimés avaient attribués à M. Saxey à l'égard d'élèves comme l'appelant, en tenant compte bien sûr du contexte général de l'école dans la mesure où l'on 2

school to the extent it can be said to have contributed to Saxey's predatory activities.

3 The trial judge found vicarious liability because in his view, the "operational characteristics" of the residential school created a risk of sexual abuse, and the risk materialized in harm to the appellant ([2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783). The Court of Appeal overturned that result ((2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 2003 BCCA 289). In its view, the trial judge had paid insufficient attention to the absence of any strong connection between the sexual abuse and Saxey's job on the fringes of school life as a baker, part-time motorboat operator and odd-job man. As a matter of law, the conclusion of the Court of Appeal is correct. The argument that vicarious liability should be strictly imposed without regard to the connection between the misconduct at issue and the job held by the particular wrongdoing employee was decisively rejected in *Bazley* and *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570. The trial judge's approach effectively put all the respondent's employees on the same footing without giving due weight to the fact that it was Saxey who harmed the appellant by intentional wrongs that *for present purposes* must be taken to have been unknown, unauthorized, unforeseen and unforeseeable by the respondent. Saxey's work in the bakery did not involve any degree of intimacy. Nor did driving the motorboat or doing odd maintenance jobs confer any such authority or intimacy. In the absence of a strong connection between the job Saxey was employed to do and the circumstances in which the abuse took place, the most that can be said is that working in a residential school offered Saxey an opportunity for contact with young boys like the appellant and a deference to authority on their part that otherwise might not exist. However, in a series of cases dealing with employer's vicarious liability for sexual abuse, the Court has repeatedly stated that "'mere opportunity' . . . does not suffice". See *Bazley*, at para. 40; *Jacobi*, at para. 45; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, at para. 94. See also *John Doe v. Bennett*, [2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17, and *H.L. v. Canada*

peut dire que ce facteur a contribué aux actes de prédation de M. Saxey.

Le juge de première instance a retenu la responsabilité du fait d'autrui parce qu'à son avis, les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat créaient un risque d'agression sexuelle qui s'est matérialisé quand l'appelant a subi un préjudice ([2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783). La Cour d'appel a infirmé cette décision ((2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 2003 BCCA 289). Selon elle, le juge de première instance n'avait pas accordé suffisamment d'importance à l'absence de lien solide entre l'agression sexuelle et la nature des tâches confiées à M. Saxey qui, en tant que boulanger, conducteur à temps partiel d'une embarcation à moteur et homme à tout faire, travaillait en marge de la vie scolaire. En droit, la conclusion de la Cour d'appel est correcte. Les arrêts *Bazley* et *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, ont rejeté sans équivoque l'argument selon lequel la responsabilité du fait d'autrui devrait être imputée de façon stricte, sans égard au lien existant entre l'inconduite de l'employé et l'emploi que ce dernier exerce. Le raisonnement du juge de première instance place effectivement tous les employés de l'intimé sur le même pied, sans tenir compte comme il se doit du fait que c'est M. Saxey, par ses fautes intentionnelles, qui a causé du tort à l'appelant. Pour les besoins *du présent pourvoi*, il faut considérer que l'intimé n'était pas au courant de ces fautes qu'il n'était pas en mesure de les prévoir, qu'il ne les avait pas autorisées et qu'il ne les avait pas prévues. Le travail de M. Saxey à la boulangerie ne lui accordait aucune intimité avec les élèves. Et ses fonctions de conducteur d'embarcation à moteur et d'homme à tout faire ne le plaçaient pas non plus en situation d'autorité ou d'intimité. En l'absence d'un lien solide entre les tâches confiées à M. Saxey et les circonstances dans lesquelles les actes d'agression ont été commis, on peut affirmer tout au plus que travailler dans un pensionnat avait fourni à M. Saxey une occasion, qu'il n'aurait peut-être pas eue autrement, d'être en contact avec de jeunes garçons comme l'appelant dans un contexte de soumission à l'autorité. Toutefois, dans une série d'arrêts portant sur la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur

(Attorney General), [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25. Such general liability, if it is to be created, is a matter for the legislature.

The trial judge stressed the "operational characteristics" of the school and the potential risk it created in general terms for its students. However if, as the appellant contends, the school as organized and operated created a significant risk to every student by every employee regardless of the particulars of his or her job, this would argue for *direct* liability rather than *vicarious* liability for Saxey's misconduct. In terms of the latter, the trial judge did not take his analysis far enough. He did not put adequate weight on the school-created features of the relationship between *this* claimant and *this* wrongdoing employee, and the contribution of the respondent's enterprise to enabling the wrongdoer Saxey to do what he did in *this* case. Taking the trial judge's approach to its logical conclusion, the respondent would be liable for all tortious acts of all of its employees, no matter how remote the wrongdoing from the job-created power or status or how distanced Saxey was from any position of authority over, or intimacy with, the students. When the full analysis is undertaken, as will be seen, the imposition of vicarious liability in this case does not conform with our jurisprudence. I would therefore dismiss the appeal.

I. Facts

Christie Residential School ("Christie") was located on Meares Island, about four miles by water from Tofino, a town that is at the end of the

dans des cas d'agression sexuelle, la Cour a à maintes reprises affirmé que « la "simple occasion" [. . .] ne suffit pas ». Voir *Bazley*, par. 40; *Jacobi*, par. 45; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, par. 94. Voir également *Untel c. Bennett*, [2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17, et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25. Pour qu'une telle responsabilité générale existe, il appartiendrait au législateur de la créer.

4 Le juge de première instance a insisté sur les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat et sur le risque potentiel qu'il créait de manière générale pour les élèves. Toutefois, si l'organisation et le fonctionnement de l'établissement faisaient en sorte, comme le prétend l'appelant, que chaque employé, quelles que soient ses fonctions, pouvait présenter un risque substantiel pour chaque élève, la responsabilité *directe* de l'intimé pourrait être engagée plutôt que sa responsabilité *du fait d'autrui* découlant de l'inconduite de M. Saxey. S'agissant de la responsabilité du fait d'autrui, le juge de première instance n'a pas suffisamment approfondi son analyse. Il n'a pas accordé l'importance qu'il fallait aux particularités — inhérentes à l'école — de la relation entre *ce* plaignant et *cet* employé fautif, et à la mesure dans laquelle l'entreprise de l'intimé a permis à l'auteur du délit, M. Saxey, de faire ce qu'il a fait dans *ce* cas en particulier. L'approche adoptée par le juge de première instance aboutit logiquement à la conclusion que l'intimé serait responsable de tous les actes délictueux de tous ses employés, même s'il n'existe qu'un lien ténu entre le délit et le pouvoir ou le statut que confère l'emploi, ou si M. Saxey était loin d'exercer une fonction le plaçant en situation d'autorité ou d'intimité par rapport aux élèves. Comme nous le verrons, une analyse exhaustive révèle qu'il serait contraire à notre jurisprudence de conclure en l'espèce que la responsabilité du fait d'autrui est engagée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

5 Le pensionnat Christie était situé sur l'île Meares, à environ quatre milles au large de Tofino, une ville située au bout de l'autoroute qui traverse

highway that crosses Vancouver Island. The school was accessible only in good weather by boat from Tofino or floatplane. It ceased operating in 1971, but prior to that it taught First Nations children from the west coast of Vancouver Island. At all relevant times, the school was owned, operated and staffed by the Oblates, a Roman Catholic missionary order comprised of priests and lay brothers, and is incorporated by a special Act of the Legislature of British Columbia. During the years in question, the school was staffed by 16 to 20 adult employees and populated by 145 to 158 children.

l'île de Vancouver. Ce n'est que par beau temps que l'on pouvait se rendre à l'école par bateau, à partir de Tofino, ou par hydravion. L'établissement est fermé depuis 1971, mais auparavant, on y dispensait l'enseignement aux enfants des premières nations de la côte ouest de l'île de Vancouver. Tout au long de la période pertinente, l'école appartenait aux Oblats, qui l'exploitaient et fournissaient le personnel. Les Oblats forment une congrégation missionnaire catholique romaine, composée de prêtres et de frères laïques, qui a été constituée en vertu d'une loi spéciale de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique. Pendant les années en cause, de 16 à 20 adultes étaient employés à l'école qui accueillait de 145 à 158 enfants.

6 The appellant began attending the school at the age of six, on September 18, 1956. He was a student there until June of 1965. His siblings also attended the school.

L'appelant a commencé à fréquenter le pensionnat le 18 septembre 1956, à l'âge de six ans. Il y a étudié jusqu'en juin 1965. Ses frères et sœurs ont aussi fréquenté le pensionnat.

7 Martin Saxey began his employment at the school on September 14, 1955. Some years prior to that time, he had been convicted of manslaughter and imprisoned. There is no finding, at least at this stage, that the Oblates were negligent either in hiring Saxey or in supervising his conduct.

Martin Saxey a commencé à travailler au pensionnat le 14 septembre 1955. Quelques années auparavant il avait été déclaré coupable d'homicide involontaire et il avait été incarcéré. Rien n'indique, du moins à ce stade, que les Oblats aient fait preuve de négligence en embauchant M. Saxey ou en surveillant sa conduite.

8 At the relevant period, the educational and social functions of the school were under the direction of the respondent Oblates (including priests and lay brothers), assisted by different orders of nuns from time to time. The federal government contributed a per capita grant to assist in sustaining the fiscal operations of the school. (Statutory provisions contained in successive versions of the *Indian Act* provided that Canada could enter into agreements with parties to operate school facilities and that school attendance was compulsory.) While the direct care of the children and the educational functions were performed by religious personnel, the maintenance services and physical operation of the school were in the hands of First Nations staff, mostly recruited from adult relatives of the students. (For instance, male and female relatives of the appellant worked at maintenance jobs during the time the appellant was at the school.) Several of these employees and their

À l'époque pertinente, l'école était, pour ce qui est de ses fonctions éducatives et sociales, dirigée par les Oblats (des prêtres et des frères laïques), parfois avec l'aide de différentes congrégations de religieuses. Le gouvernement fédéral aidait financièrement le pensionnat en lui octroyant une subvention calculée en fonction du nombre d'élèves. (Selon certaines dispositions figurant dans les versions successives de la *Loi sur les Indiens*, le gouvernement du Canada pouvait conclure des ententes avec les exploitants des établissements scolaires et la fréquentation de l'école était obligatoire.) Le personnel religieux se chargeait des soins donnés aux enfants et de l'enseignement, mais les services d'entretien et les opérations matérielles étaient confiés au personnel autochtone, dont les membres étaient pour la plupart recrutés parmi les adultes apparentés aux élèves. (Ainsi, des hommes et des femmes apparentés à l'appelant étaient chargés de

families resided on the school property. Saxey had several children and grandchildren who attended the school at the same time as the appellant. One of Saxey's sons was a classmate of the appellant's.

travaux d'entretien à l'époque où ce dernier fréquentait le pensionnat.) Certains de ces employés et les membres de leur famille habitaient sur les terrains de l'école. Plusieurs enfants et petits-enfants de M. Saxey ont fréquenté le pensionnat en même temps que l'appelant, et l'un des fils de M. Saxey était un camarade de classe de l'appelant.

Students were not allowed to be in or about the staff quarters. Nor were they supposed to be in the bakery because hot appliances and dough-making machinery could present a hazard. Despite the rules, the records showed, and the appellant testified, that on occasion children did work in the kitchen and bakery (in part as "practical training") during the time of Saxey's tenure as baker. The appellant testified that he never went in the bakery. 9

On ne permettait pas aux élèves d'aller dans les résidences des employés ou de s'en approcher. Ils n'étaient pas censés non plus aller dans la boulangerie parce que les appareils brûlants et le matériel de panification pouvaient présenter un danger. Malgré ces règles, comme l'indiquent la documentation et le témoignage de l'appelant, il arrivait que des enfants travaillent dans la cuisine et dans la boulangerie (notamment pour la « formation pratique ») à l'époque où M. Saxey travaillait comme boulanger. L'appelant a témoigné qu'il n'est jamais entré dans la boulangerie.

Saxey resided upstairs in a building located on the school grounds. Some downstairs residential rooms were occupied by relatives of the appellant. The appellant testified that around 1957, when he was in his second year at the school, Saxey began luring him to his room by promising to give him candy. He said that when he went up to the room he was sexually assaulted by Saxey. He testified that for the next four or five years Saxey continued to lure him to his room with the promise of candy and performed numerous sexual assaults upon him. The appellant testified that he went with Saxey because he felt threatened. He did not at the time bring Saxey's misconduct to the attention of anyone at the school. 10

M. Saxey habitait en haut d'un édifice situé sur les terrains de l'école. Des parents de l'appelant occupaient certaines chambres résidentielles situées au bas. Dans son témoignage, l'appelant a affirmé que vers 1957, durant sa deuxième année au pensionnat, M. Saxey a commencé à l'attirer dans sa chambre en lui promettant des bonbons. Il a dit que lorsqu'il est monté à sa chambre, M. Saxey l'a agressé sexuellement. Il a affirmé que, pendant les quatre ou cinq années qui ont suivi, M. Saxey a continué à l'attirer dans sa chambre en lui promettant des bonbons et l'a agressé sexuellement à de nombreuses reprises. L'appelant a témoigné qu'il se rendait chez M. Saxey parce qu'il se sentait menacé. À cette époque, il n'a mis personne de l'école au courant de l'inconduite de M. Saxey.

The appellant graduated from Christie in 1965. Thereafter, he attended a secondary school on the mainland of British Columbia for a few months and afterwards began to work in the logging industry. Employment was interrupted by an injury and he was off work for some time. Generally over the years, he was engaged in work related to forestry. He had recurring difficulties with alcohol abuse, and by 1970 he was in trouble with the law and on occasion was jailed. The appellant testified that 11

L'appelant a terminé ses études au pensionnat Christie en 1965. Ensuite, il a fréquenté pendant quelques mois une école secondaire située sur la partie continentale de la Colombie-Britannique, puis il a commencé à travailler dans le secteur forestier. À cause d'une blessure, il a dû interrompre son travail et il a été sans emploi pendant un certain temps. De manière générale, il a occupé au fil des ans des emplois dans le domaine forestier. Il a commencé à avoir des problèmes d'alcool, et à

he had mentioned something about his prior sexual abuse to a lawyer acting for him around the end of the 1970s, but he did not report the behaviour of Saxey in any detailed way prior to 1995, when he was approached by members of the RCMP who were then investigating cases of possible abuse at residential schools across the country. Saxey had died around 1986. Subsequently, the appellant described the assaults to various health professionals, some of whom testified at trial.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia*

12 Cohen J. found that the appellant was sexually assaulted by Saxey beginning when he was seven years old; that the assaults continued on a regular and frequent basis until he was 11 or 12 years old; that all of the assaults took place in Saxey's living quarters at the school; and that the sexual assaults consisted of fondling, masturbation and simulated intercourse, which included partial anal penetration. The facts of the sexual abuse were therefore extremely serious and outrageous.

13 The trial judge accepted the appellant's explanation that he did not tell anyone about the assaults prior to the time that he left Christie because he did not know of any other children being sexually abused while he was there. He said that he used to think he was the only one and he was "too scared and ashamed" to seek help.

14 Turning to the issue of vicarious liability, the trial judge referred to the principles discussed by this Court in *Bazley* and *Jacobi*. He noted correctly that a school-created parent-like relationship between the abuser and the victim was not a prerequisite to imposing vicarious liability. He also distinguished the case of *G. (E.D.) v. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R.

compter de 1970, il a eu des démêlés avec la justice et a été incarcéré à l'occasion. L'appelant a affirmé avoir mentionné à un avocat qui le représentait vers la fin des années 1970 qu'il avait déjà été victime d'agressions sexuelles, mais il n'a pas dénoncé dans le détail les actes de M. Saxey avant 1995, lorsque des membres de la GRC ont communiqué avec lui dans le cadre d'une enquête sur des cas possibles d'abus commis dans des pensionnats du pays. M. Saxey est mort vers 1986. Plus tard, l'appelant a décrit les agressions dont il a été victime à différents professionnels de la santé, dont certains ont témoigné lors du procès.

II. Jugements antérieurs

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge Cohen a tiré les conclusions suivantes : l'appelant avait sept ans lorsque M. Saxey a commencé à l'agresser sexuellement; jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de onze ou douze ans, il a été agressé à de nombreuses reprises et sur une base régulière; les agressions ont toutes été commises à l'endroit où M. Saxey résidait au pensionnat; les agressions comportaient des attouchements, la masturbation et des rapports sexuels simulés, dont des pénétrations anales partielles. Il s'agissait donc d'actes d'exploitation sexuelle extrêmement graves et répréhensibles.

Le juge de première instance a accepté l'explication de l'appelant voulant qu'avant son départ du pensionnat Christie, il n'a parlé à personne des agressions parce qu'il ne connaissait aucun autre enfant qui aurait été victime d'agressions sexuelles pendant que lui-même fréquentait le pensionnat Christie. Il a dit qu'il croyait être le seul dans cette situation et il avait [TRADUCTION] « trop peur et trop honte » pour demander de l'aide.

Pour ce qui est de la question de la responsabilité du fait d'autrui, le juge de première instance a mentionné les principes que notre Cour a examinés dans les arrêts *Bazley* et *Jacobi*. Il a fait remarquer avec justesse que l'existence, entre l'auteur de l'agression et la victime, d'une relation tenant du rôle parental créée par l'école n'était pas une

(3d) 89 (S.C.), because it involved a janitor at a day school rather than a residential school.

The trial judge reviewed testimony about the discipline at the school finding that fear played a large role in keeping order. Children were told to show respect to all of the adult staff members and to do what they were told. There was evidence put forward by one witness that the lay staff could assign chores, occasionally on the spot. The trial judge heard testimony that a child at the school would reasonably perceive all staff members as having blanket authority and that due to understaffing, the delineation of duties for the employees was not rigid. Although there was some debate about whether children were ever seen in the bakery, some of the children had spent time in the adjacent kitchen. According to the plaintiff's expert Dr. Paul Janke, the fact that the appellant never helped Saxey in the bakery did not mean that he was shielded from Saxey's power or authority, as children would perceive Saxey as having authority regardless of where they encountered him. Dr. Janke testified:

Q: But if the alleged abuser was, as in Mr. Saxey's case – and I'll put these assumptions to you, Doctor, that he was a baker at the school, he had no positional authority over the children, Mr. Saxey had children and grandchildren at the school, [E.B.] had numerous family members at the school, and there were no children working in the bakery with Mr. Saxey, what – how would this change?

A: The fact that there were no children working in the bakery would [not] eliminate even a perceived position of authority, it would remain my opinion that children in that setting would perceive adults as having authority. The presence of family members of [E.B.] there clearly reduces the isolation and gives him the opportunity to disclose to someone. It doesn't mean the abuse

condition préalable à l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. Il a aussi distingué la décision *G. (E.D.) c. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89 (C.S.), de la présente affaire parce qu'elle concernait un concierge d'un externat et non d'un pensionnat.

Le juge de première instance a examiné les 15
témoignages relatifs à la discipline appliquée à l'école et il a conclu que la peur était un facteur important pour le maintien de l'ordre. On disait aux enfants qu'ils devaient respect et obéissance à tous les membres du personnel adultes. Un témoin a déclaré que les employés laïques pouvaient imposer des corvées aux élèves, parfois sur-le-champ. Des témoins ont dit que les enfants de l'école pouvaient raisonnablement penser que tous les membres du personnel avaient sur eux une autorité générale et que, vu le manque d'effectifs, la définition des tâches des employés n'était pas rigoureuse. La question de savoir si l'on avait déjà vu des enfants dans la boulangerie a fait l'objet d'un certain débat, mais il a été établi que certains enfants se trouvaient à l'occasion dans la cuisine adjacente à celle-ci. Selon le témoin expert de l'appelant, le Dr Paul Janke, le fait que l'appelant n'ait jamais aidé M. Saxey dans la boulangerie ne signifie pas qu'il était à l'abri de son pouvoir ou de son autorité étant donné qu'aux yeux des enfants, M. Saxey était une personne en autorité partout où ils le rencontraient. Le Dr Janke a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q : Mais si le présumé auteur des agressions était, comme c'était le cas de M. Saxey – je vous soumets ces hypothèses, docteur, il était un boulanger à l'école, ce poste ne lui donnait pas autorité sur les enfants, M. Saxey avait des enfants et des petits-enfants à l'école, plusieurs membres de la famille de [E.B.] étaient à l'école et aucun enfant ne travaillait dans la boulangerie avec M. Saxey, dans quelle mesure, comment cela pouvait-il avoir une incidence?

R : Le fait qu'aucun enfant ne travaillait dans la boulangerie [n']était [pas] de nature à écarter même l'impression qu'il était en position d'autorité; je reste d'avis que dans un tel contexte, les adultes seraient, aux yeux des enfants, en position d'autorité. La présence de membres de la famille de [E.B.] diminue sans aucun doute son isolement et lui donne la possibilité de se confier à

wouldn't happen, but it certainly reduces it. The fact that Mr. Saxey had other relatives there would play a role only in – well, it would play two possible roles, one, reducing his opportunity to be unsupervised with a child from the school and, two, he would have access to other potential victims in a much more intimate setting where he would have more power and control.

quelqu'un. Cela n'écarte pas le risque d'agression, mais cela le diminue certainement. La présence d'autres membres de la famille de M. Saxey est de nature à jouer un rôle, – en fait à jouer un rôle possiblement sur deux plans, d'une part en réduisant les possibilités qu'il soit laissé sans surveillance avec un enfant de l'école et, d'autre part, en lui offrant l'occasion d'être en contact avec d'autres victimes potentielles dans un lieu beaucoup plus intime où il serait en mesure d'exercer une autorité et un contrôle accrus.

16 Applying the two-stage analysis set out in *Bazley*, the trial judge first found that the cases did not unambiguously determine on which side of the vicarious liability line the case should fall.

Le juge de première instance a procédé à l'analyse en deux étapes décrite dans l'arrêt *Bazley* et a d'abord conclu que la jurisprudence ne permettait pas de déterminer sans équivoque s'il y avait ou non lieu en l'espèce d'imputer la responsabilité du fait d'autrui.

17 Having regard, then, to the policy considerations at the second stage of the *Bazley* analysis, the trial judge held that the key was whether the operational characteristics at Christie created and materially enhanced the risk of the assaults. These characteristics included the separation of the children from their families, the fact that the school was overcrowded and understaffed, the fact that employees lived in close proximity to the children and had unrestricted access to them, and the fact that the children were under a regime where they were to respect and obey all staff. A list of the operational characteristics had been presented to the appellant's expert witness, Dr. Janke, who found that they were conducive to sexual assault. The trial judge found this evidence convincing, and held that the principles set out in *Bazley* regarding the imposition of vicarious liability had been satisfied:

Passant ensuite à la deuxième étape de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Bazley*, le juge du procès a pris en compte les considérations de politique générale et il a conclu que la clé consistait à savoir si les caractéristiques opérationnelles du pensionnat Christie ont créé et sensiblement accru le risque que des agressions soient commises. Parmi ces caractéristiques, il y avait le fait que les enfants étaient séparés de leur famille, que l'école était surpeuplée et à court de personnel, le fait que les enfants et les employés vivaient en étroite proximité les uns des autres, que ces derniers avaient sans restriction accès aux enfants, et le fait que, selon le régime en place, les enfants devaient respect et obéissance à tous les employés. Une liste des caractéristiques opérationnelles a été présentée au témoin expert de l'appelant, le Dr Janke, qui a conclu qu'elles favorisaient la perpétration d'agressions sexuelles. Le juge de première instance a estimé cette preuve convaincante et il a conclu que les critères de l'arrêt *Bazley* concernant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui avaient été remplis :

I conclude that the evidence regarding the operational characteristics of Christie, as well as Dr. Janke's opinion based upon that evidence, satisfies the principles to be followed in finding vicarious liability as set out by McLachlin J. in *Children's Foundation* . . . . [para. 131]

[TRADUCTION] Je conclus que la preuve relative aux caractéristiques opérationnelles du pensionnat Christie de même que l'opinion du Dr Janke, qui repose sur cette preuve, remplissent les critères justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui que la juge McLachlin a décrits dans l'arrêt *Children's Foundation* . . . [par. 131]

Having found the respondent Oblates *vicariously* liable, the judge declined to make a finding on

Ayant conclu à la responsabilité *du fait d'autrui* de l'intimé, le juge n'a pas statué sur la question de

whether or not the Oblates were also *directly* liable in negligence.

In the result, the trial judge concluded that the sexual abuse had caused or contributed to the appellant's interpersonal difficulties, anxiety, symptoms of post-traumatic stress disorder, depression and alcohol abuse. He assessed $150,000 in general damages (including $25,000 in aggravated damages), $80,000 for loss of past earning capacity and $3,400 for future care costs.

B. *Court of Appeal of British Columbia*

After reviewing the facts and the law of vicarious liability, Hall J.A. for a five-judge panel of the court observed that "the more closely an employment situation mimics a parental type relationship, the more likely it is that liability will be imposed on a vicarious basis" (para. 51). The court was of the opinion that the appeal could be resolved at the first stage of the *Bazley* analysis because case law unambiguously indicated that no vicarious liability should lie against the respondent. After a wide-ranging analysis of the cases, Hall J.A. held that the trial judge had erred in overemphasizing opportunity and in failing to have sufficient regard to the specific employment duties and responsibilities of Saxey:

Saxey, in this case, was not part of the school administration and he was assigned no supervisory or child-care duties respecting pupils at the school. Those responsibilities were looked after by the religious personnel. None of his employment duties had the remotest connection to dealing with the pupils at the school in any supervisory or parental fashion. There was no job-related requirement for him to establish any particular rapport with students as existed, for instance, in *Jacobi*. His employment was not designed to provide opportunities for intimacy, the type of situation found to exist in *Bazley*. I perceive no nexus in this case between the general employment duties of Saxey and the assaults that were found to have been committed on

savoir si les Oblats étaient aussi *directement* responsables pour cause de négligence.

18 En conséquence, le juge de première instance a conclu que les agressions sexuelles étaient à l'origine des difficultés interpersonnelles de l'appelant, de son anxiété, de ses symptômes de stress post-traumatique, de son état dépressif et de ses problèmes d'alcool ou qu'elles y avaient contribué. Il a fixé le montant des dommages-intérêts à 150 000 $ pour les dommages-intérêts généraux (ce qui comprend des dommages-intérêts majorés de 25 000 $), 80 000 $ pour perte de capacité de gagner un revenu dans le passé, et 3 400 $ pour soins futurs.

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique*

19 Après examen des faits et du droit de la responsabilité du fait d'autrui, le juge Hall, au nom d'une formation de cinq juges, a fait remarquer que [TRADUCTION] « plus la situation d'emploi s'apparente à une situation où existe une relation de type parental, plus il est probable que la responsabilité du fait d'autrui sera engagée » (par. 51). Selon la cour, il suffisait pour statuer sur l'appel de s'en tenir à la première étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Bazley* étant donné qu'il ressort clairement de la jurisprudence qu'il ne s'agit pas d'un cas où la responsabilité du fait d'autrui est engagée. À l'issue d'une analyse approfondie de la jurisprudence, le juge Hall a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en exagérant l'importance de l'occasion et en ne prenant pas suffisamment en compte la nature précise des fonctions et responsabilités de M. Saxey :

[TRADUCTION] En l'espèce, M. Saxey ne faisait pas partie de la direction de l'école et on ne lui avait confié aucune tâche relative à la surveillance des élèves ou aux soins devant leur être apportés. Le personnel religieux assumait ces responsabilités. Aucune des fonctions de M. Saxey n'était reliée, même de loin, aux activités des élèves à l'école, que ce soit dans un rôle de surveillance ou un rôle parental. Son emploi n'exigeait d'aucune façon qu'il établisse un rapport particulier avec eux comme c'était le cas, par exemple dans *Jacobi*. La nature de son travail ne devait pas le placer en situation d'intimité, comme c'était le cas dans *Bazley*. Je ne vois aucun lien ici entre les fonctions générales de M. Saxey et les agressions qui ont été commises contre [E.B.]. Selon moi,

[E.B.]. Saxey, in my opinion, occupied a position quite comparable to that of the school janitor, Hammer, in the [*G. (E.D.)*] case. Although the present case involves a residential school setting that perhaps would tend to enhance some risk of improper contact between students and staff because everyone was there for 24 hours every day, what occurred with respect to [E.B.] had absolutely no connection to any duty that Saxey was required or authorized to perform on behalf of his employer, the [Oblates]. No authority had been conferred on Saxey to direct, care for or discipline the pupils. [Emphasis added; para. 54.]

M. Saxey occupait un poste très comparable à celui qu'occupait le concierge de l'école, M. Hammer, dans l'affaire [*G. (E.D.)*]. Bien qu'il s'agisse dans la présente affaire d'un pensionnat, un cadre peut-être de nature à accroître dans une certaine mesure le risque que se produisent des contacts inappropriés entre les élèves et les membres du personnel du fait qu'ils s'y trouvent tous vingt-quatre heures sur vingt-quatre, les actes dont [E.B.] a été victime n'avaient absolument aucun lien avec les fonctions que M. Saxey devaient remplir ou qu'il était autorisé à accomplir pour le compte de son employeur, les [Oblats]. On n'avait pas autorisé M. Saxey à diriger ou à punir les élèves ou encore à prendre soin d'eux. [Je souligne; par. 54.]

20 In the result, the Court of Appeal set aside the trial judgment and remitted the case for further proceedings in the trial court on the issue of *direct* liability (negligent conduct) alleged against the respondent.

La Cour d'appel a donc annulé le jugement de première instance et elle a renvoyé l'affaire à la cour de première instance pour qu'elle statue sur la question de la responsabilité *directe* (la négligence) alléguée contre l'intimé.

III. Analysis

III. Analyse

21 The British Columbia courts in this case differed in their approaches as well as the result in determining where to draw the line on vicarious liability. The differing approaches reflect a different philosophy about how far the law should go. The trial judge concluded that the sexual abuse suffered by the appellant was part and parcel of the disciplined residential school model operated by the respondent Oblates. Having created a risky situation, the respondent should bear the cost when the risk ripened into harm to one of the innocent children entrusted to its care. He accepted the appellant's argument that liability in this case flowed directly from the "operational characteristics" of the school rather than the specific work situation of Saxey. In effect, the trial judge moved directly from the "operational characteristics" of the school to the conclusion that vicarious liability should be imposed without passing through the necessary intermediate stage of analysis of the contribution to Saxey's intentional tort made by the respondent's job-created "power and authority".

Dans la présente affaire, en déterminant si la responsabilité du fait d'autrui est engagée, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont adopté des approches et tiré des conclusions différentes. Ces approches divergentes reflètent des philosophies différentes sur la question de savoir jusqu'où le droit doit aller. Le juge de première instance a conclu que les agressions sexuelles dont l'appelant avait été victime faisaient partie intégrante du modèle disciplinaire du pensionnat dirigé par les Oblats. L'intimé a créé une situation à risque et devrait en supporter le coût si le risque aboutit à un préjudice causé à un des enfants innocents confiés à ses soins. Le premier juge a retenu l'argument de l'appelant selon lequel la responsabilité en l'espèce découlait directement des « caractéristiques opérationnelles » de l'école plutôt que des conditions de travail particulières de M. Saxey. En fait, le juge est passé directement des « caractéristiques opérationnelles » de l'école à la conclusion que la responsabilité du fait d'autrui devrait être retenue, sans s'arrêter au nécessaire stade intermédiaire de l'analyse de la mesure dans laquelle « le pouvoir et l'autorité » rattachés à l'emploi par l'intimé ont contribué au délit intentionnel de M. Saxey.

22 The British Columbia Court of Appeal, on the other hand, took the view that this broad-brush

Pour sa part, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a considéré que ce point de vue

treatment overgeneralized the respondent employer's vicarious liability. Hall J.A. examined Saxey's job-conferred power and authority. On his analysis, Saxey was a member of the bakery and maintenance staff who, in his entrapment of the appellant, was operating without reference to anything related to the school or his job. The residential school model operated by the Oblates undoubtedly demanded a degree of deference from students to all adults. Nevertheless vicarious liability is concerned not with the direct fault of the employer but with making the employer liable for the fault of Saxey. A primary focus, therefore, is on the employment relationship between the respondent employer and its wrongdoing employee. This requires an examination of Saxey's actual powers, duties and responsibilities to determine whether or not there was "a strong connection between what the employer was asking the employee to do (the risk created by the employer's enterprise) and the wrongful act" (*Bazley*, at para. 42 (emphasis added), *per* McLachlin J.).

A. *Is Appellate Review Foreclosed by the Trial Judge's Findings?*

A finding of vicarious liability is a mixed question of fact and law. The appellant says that the Court of Appeal substituted its own version of the facts for the facts found by the trial judge but I do not think this is the case. Undoubtedly the Court of Appeal sketched in broad strokes what the trial judge had taken several hundred paragraphs to set out. The appellant argues that the Court of Appeal ignored certain factual findings and did not pay sufficient deference to the trial judge's review of the evidence. However, it is clear from the trial judge's reasons that his decision to impose vicarious liability rested almost entirely on the "operational characteristics" of Christie. At paragraph 131 of his reasons, he says:

> I conclude that the evidence regarding the operational characteristics of Christie, as well as [the plaintiff's expert] Dr. Janke's opinion based upon that

généralisateur a eu pour effet d'élargir indûment l'étendue de la responsabilité du fait d'autrui de l'intimé en tant qu'employeur. Le juge Hall a examiné les pouvoirs et l'autorité afférents à l'emploi de M. Saxey. Selon lui, ce dernier était un employé assigné à la boulangerie et à l'entretien, et ses agissements, lorsqu'il s'employait à piéger l'appelant, n'avaient rien à voir avec l'école ou avec son travail. Le type de pensionnat dirigé par les Oblats exigeait certainement des élèves qu'ils fassent preuve d'une certaine déférence envers les adultes. Toutefois, la responsabilité du fait d'autrui ne consiste pas à rechercher la faute directe de l'employeur mais à le rendre responsable de celle de M. Saxey. L'accent est donc mis principalement sur la relation d'emploi entre l'employeur intimé et l'employé fautif. C'est pourquoi il faut s'enquérir de la nature réelle des pouvoirs, fonctions et responsabilités de M. Saxey pour déterminer s'il y avait ou non « un lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire (le risque créé par l'entreprise de l'employeur) et l'acte fautif » (*Bazley*, par. 42 (je souligne), la juge McLachlin).

A. *Les conclusions du juge de première instance interdisent-elles l'examen en appel?*

23 Une conclusion suivant laquelle la responsabilité du fait d'autrui est engagée est une question mixte de fait et de droit. L'appelant affirme que la Cour d'appel a substitué sa propre version des faits à celle du juge de première instance, mais à mon avis, ce n'est pas le cas. Il ne fait pas de doute que la Cour d'appel a esquissé sommairement ce que le juge de première instance s'est appliqué à exposer en plusieurs centaines de paragraphes. L'appelant soutient que la Cour d'appel n'a pas tenu compte de certaines conclusions de fait du juge de première instance et n'a pas manifesté suffisamment de retenue pour l'examen qu'il a fait de la preuve. Cependant, les motifs de ce dernier montrent clairement que sa décision de retenir la responsabilité du fait d'autrui reposait presqu'entièrement sur les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat Christie. Ainsi, le premier juge affirme au par. 131 de ses motifs :

> [TRADUCTION] Je conclus que la preuve relative aux caractéristiques opérationnelles du pensionnat Christie de même que l'opinion du Dr Janke [l'expert retenu par

evidence, satisfies the principles to be followed in finding vicarious liability as set out by McLachlin J. in [*Bazley*], *supra*. In my opinion, the evidence establishes "a significant connection between the creation or enhancement of a risk and the wrong that accrues therefrom".

The reasoning thus jumped directly from the enterprise to liability, whereas in *Bazley* the Court had equally emphasized that "[s]ervants may commit acts, even on working premises and during working hours, which are so unconnected with the employment that it would seem unreasonable to fix an employer with responsibility for them" (para. 35). The trial judge continued:

> This being so, I find the Oblates vicariously liable to the plaintiff for the injuries he sustained as a result of the sexual assaults upon him by Saxey. [para. 131]

Thus, the essential difference between the trial judge and the Court of Appeal was the proper application of the *Bazley* test. This is a legal issue that can be readily "extricated" from the factual context. The Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 36, held that where the trial judge's error

> can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness.

The Court of Appeal did not owe the trial judge any deference on the proper application of the law of vicarious liability to the facts.

B. *The Need to Pay Attention to the Wrongful Employee's Powers, Duties and Responsibilities*

24 A convenient starting point for the debate about how far vicarious liability should extend is *Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart*, [1942] A.C. 591. In that case at p. 599, the Privy Council stated that an employer is only vicariously liable if

l'appelant], qui repose sur cette preuve, remplissent les critères justifiant l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui que la juge McLachlin a exposés dans [l'arrêt *Bazley*], précité. À mon avis, la preuve établit l'existence d'un « lien important entre la création ou l'accroissement d'un risque et la faute qui en découle ».

Le juge est donc passé directement de l'entreprise à la responsabilité, alors que notre Cour avait également souligné dans *Bazley* que des « employés peuvent accomplir des actes, même sur les lieux de travail et pendant les heures de travail, qui ont si peu de rapport avec leurs fonctions qu'il semblerait déraisonnable d'en tenir l'employeur responsable » (par. 35). Le juge de première instance a ajouté :

> [TRADUCTION] Je conclus donc que les Oblats sont responsables, du fait d'autrui, du tort que les agressions sexuelles de M. Saxey ont causé au demandeur. [par. 131]

Ainsi, le principal point de divergence entre le juge de première instance et la Cour d'appel concerne l'application du critère de l'arrêt *Bazley*. Il s'agit d'une question de droit qu'on peut sans problème « disjoindre » du contexte factuel. Dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 36, la Cour a statué que lorsque l'erreur commise par le juge de première instance est

> imputable à l'application d'une norme incorrecte, à l'omission de tenir compte d'un élément essentiel d'un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d'erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte.

La Cour d'appel n'était pas tenue de faire preuve de retenue envers le juge du procès pour ce qui est de l'application du droit de la responsabilité du fait d'autrui aux faits de l'espèce.

B. *La nécessité de prendre en compte les pouvoirs, fonctions et responsabilités de l'employé fautif*

L'examen de l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Lockhart*, [1942] A.C. 591, constitue un bon point de départ pour déterminer la portée de la responsabilité du fait d'autrui. À la p. 599, le Conseil privé affirme que la responsabilité du fait

the employee's unauthorized acts are "so connected with acts [that the employer] has authorized that they may rightly be regarded as modes — although improper modes — of doing [what has been authorized]" (known as the *Salmond* test). The focus was clearly placed on the employee, and the legal test required a comparison between what the employee was *authorized* to do and what he or she *actually* did that was wrong. If the employee was adjudged to be "off on a frolic of his own", vicarious liability would not attach to his or her employer.

d'autrui d'un employeur ne saurait être engagée que si des actes non autorisés de l'employé sont [TRADUCTION] « si étroitement liés aux actes [que l'employeur] a autorisés qu'ils peuvent à juste titre être considérés comme des façons, quoiqu'incorrectes, d'accomplir [ce qui a été autorisé] » (le critère connu sous le nom du critère *Salmond*). L'employé était clairement au centre de l'analyse et le critère juridique exigeait que l'on procède à une comparaison entre ce que l'employé était *autorisé* à faire et l'acte fautif qu'il avait *effectivement* commis. Si l'employé était considéré avoir agi « uniquement de son propre chef », la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur n'était pas engagée.

A weakness of the *Salmond* test, as analyzed by McLachlin J. in *Bazley*, is that it glosses over rather than addresses the policy considerations that argue for and against a finding of vicarious liability and substitutes a debate about semantics in which the outcome is frequently unpredictable. Was Saxey's assault an "unauthorized mode" of doing what he was hired to do, or was he engaged in conduct entirely unrelated to his duties? The Court in *Bazley* did not dispute the emphasis placed by the *Salmond* test on looking at what the employee was authorized to do, but insisted that it be placed in the larger context of the employer's enterprise and the risk that the enterprise has introduced into the community. Thus McLachlin J. wrote that "[f]irst and foremost is the concern to provide a just and practical remedy" (para. 30), but to be "just" is to require that "[a] wrong that is only coincidentally linked to the activity of the employer and duties of the employee cannot justify the imposition of vicarious liability on the employer" (para. 36 (emphasis added)). Further, "'mere opportunity' to commit [the] tort, in the common 'but-for' understanding of that phrase, does not suffice" (para. 40).

25 Une faiblesse du critère *Salmond*, comme il ressort de l'analyse qu'en fait la juge McLachlin dans *Bazley*, tient au fait qu'il effleure à peine, plutôt que de les examiner, les considérations de politique générale qui permettraient de conclure à la responsabilité du fait d'autrui ou de l'écarter et qu'il débouche plutôt sur une analyse sémantique dont l'issue est souvent imprévisible. L'agression perpétrée par M. Saxey constituait-elle « une façon non autorisée » d'accomplir le travail pour lequel il avait été embauché ou s'agissait-il plutôt d'un acte sans aucun lien avec ses fonctions? Dans *Bazley*, la Cour n'a pas mis en question l'importance qu'accorde le critère *Salmond* à l'examen des actes que l'employé était autorisé à accomplir, mais elle a souligné qu'il faut mettre l'accent sur le contexte général de l'entreprise de l'employeur et sur le risque auquel l'entreprise a exposé la collectivité. Ainsi, la juge McLachlin a écrit que « [d]'abord et avant tout, il y a le souci de fournir un recours juste et pratique » (par. 30), mais être « juste » suppose qu'« [u]ne faute qui n'est liée que tout à fait par hasard à l'activité de l'employeur et aux fonctions de l'employé ne saurait justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur » (par. 36 (je souligne)). De plus, « la "simple occasion" de commettre un délit, au sens ordinaire de "n'eût été", ne suffit pas » (par. 40).

Bazley also shows why vicarious liability can be imposed on an employer for an intentional tort carried out by an employee in defiance of an employer's specific prohibition (as in *Lockhart* itself).

26 L'arrêt *Bazley* montre également pourquoi la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur peut être engagée à l'égard d'un délit intentionnel commis par un employé au mépris d'une

Bypassing the debate about "modes", *Bazley* goes directly to the strength of the connection between the tortfeasor's employment and the tort. Improper or not, the "abuse of his position and the abnegation of his duty does not sever the connection with his employment": *Lister v. Hesley Hall Ltd.*, [2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22, at para. 50, *per* Lord Clyde, after reviewing *Bazley* and *Jacobi*. This again, "requires trial judges to investigate the employee's specific duties and determine whether they gave rise to special opportunities for wrongdoing" (*Bazley*, at para. 46 (emphasis added)).

27 One of the insights offered by *Bazley* was its recognition that the *Salmond* test did not adequately take into account the potential contribution to the wrongdoing made by the general environment created by the employer, and which provided the setting within which the employee exercised his or her job-conferred power. The employer may be accountable vicariously as well as directly for the fact that it puts in the community an enterprise which carries with it certain risks (*Bazley*, at para. 31). However, the "plaintiffs must demonstrate that the tort is sufficiently connected to the tortfeasor's assigned tasks that the tort can be regarded as a materialization of the risks created by the enterprise" (*K.L.B.*, at para. 19 (emphasis added)). A similar statement can be found in this Court's recent unanimous decision in *John Doe*.

28 Therefore, the appellant is right to say that the connection has to be made between the tort and the risk created by the enterprise, but this is not the end of the matter. The nature of the "risk created by the enterprise" must be considered in relation to the wrong done *by Saxey* to the appellant. It therefore calls for an examination of the job-created power and duties given to Saxey, recognizing of course that those powers and duties are discharged in a particular residential school environment.

29 The trial judge suggested that the "operational characteristics" of the school swept virtually all employees into the same "enterprise risk" for

interdiction précise imposée par l'employeur (comme dans *Lockhart*). Dans *Bazley*, la Cour s'est abstenue d'examiner la « façon » dont l'acte a été accompli et a plutôt considéré la solidité du lien entre l'emploi de l'auteur du délit et le délit. Que sa conduite soit ou non répréhensible, l'employé qui [TRADUCTION] « abuse de ses fonctions et qui manque à son devoir ne rompt pas le lien avec son emploi » : *Lister c. Hesley Hall Ltd*, [2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22, par. 50, lord Clyde, après l'examen des arrêts *Bazley* et *Jacobi*. Là encore, « les juges de première instance doivent examiner les tâches particulières de l'employé et décider si elles créent des occasions spéciales de commettre une faute » (*Bazley*, par. 46 (je souligne)).

L'arrêt *Bazley* a notamment fait ressortir que le critère *Salmond* ne tenait pas adéquatement compte de la possibilité que le cadre général mis en place par l'employeur — et dans lequel l'employé exerçait le pouvoir que lui confèrent ses fonctions — ait pu contribuer à l'acte préjudiciable. L'employeur peut être responsable tant directement que du fait d'autrui parce qu'il implante dans la collectivité une entreprise qui comporte certains risques (*Bazley*, par. 31). Toutefois, « [l]es demandeurs doivent [. . .] établir que le délit se rapporte suffisamment aux tâches assignées à son auteur pour être considéré comme la matérialisation des risques créés par l'entreprise » (*K.L.B.*, par. 19 (je souligne)). Cette affirmation est reprise dans l'arrêt unanime rendu récemment par notre Cour dans *Untel*.

Par conséquent, l'appelant a raison de dire que le lien doit être établi entre le délit et le risque créé par l'entreprise, mais cela ne règle pas pour autant la question. La nature du « risque créé par l'entreprise » doit être examinée en fonction du préjudice que *M. Saxey* a causé à l'appelant. Il faut donc examiner les pouvoirs et les fonctions inhérents à l'emploi de M. Saxey, tout en reconnaissant bien sûr que ces pouvoirs et fonctions étaient exercés dans le contexte particulier d'un pensionnat.

Le juge de première instance a laissé entendre que les « caractéristiques opérationnelles » de l'école emportaient pratiquement tous les employés

which the respondent employer should be held vicariously liable, but this pushes vicarious liability too far. While vicarious liability does not require a claimant to establish that the wrongful employee was placed in a "parent-like" position of authority, it does require consideration of the job-created power and the nature of an employee's duties as a fundamental component of determining if a particular enterprise increased the risk of *the employee's* wrongdoing in relation to the claimant. As the Court held in *Bazley*, at para. 42:

> What is required is a material increase in the risk as a consequence of the employer's enterprise and the duties he entrusted to the employee, mindful of the policies behind vicarious liability. [Emphasis added.]

The appellant's global inclusion of all employees, including odd-job men, in the "enterprise risk" paints with too broad a brush. It goes against the policy goal of ensuring that compensation is both effective and *fair*. The Court in *Bazley* was quite insistent that this is not the law:

> In summary, the test for vicarious liability for an employee's sexual abuse of a client should focus on whether the employer's enterprise and empowerment of the employee materially increased the risk of the sexual assault and hence the harm. The test must not be applied mechanically, but with a sensitive view to the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability — fair and efficient compensation for wrong and deterrence. This requires trial judges to investigate the employee's specific duties and determine whether they gave rise to special opportunities for wrongdoing. [Emphasis added; para. 46.]

To the same effect are both the majority and minority judgments in *Jacobi*, which applied the *Bazley* analysis to the case of sexual abuse inflicted by the recreational director of an after-school non-residential club on one of his campers. Members of the Court divided on the significance of the wrongdoer's job-created power and

dans le même « risque d'entreprise » à l'égard duquel l'employeur devrait être tenu responsable du fait d'autrui, mais cela donne à la responsabilité du fait d'autrui une trop grande portée. Si la responsabilité du fait d'autrui n'exige pas du plaignant qu'il établisse que l'employé fautif a été placé dans une situation d'autorité tenant du « rôle parental », elle exige la prise en compte des pouvoirs inhérents à l'emploi et de la nature des fonctions de l'employé puisqu'il s'agit d'éléments essentiels pour déterminer si une entreprise en particulier a accru le risque qu'*un employé* pose un acte répréhensible à l'égard du plaignant. Comme la Cour l'a affirmé dans *Bazley*, par. 42 :

> Ce qui est nécessaire est un accroissement sensible du risque résultant de l'entreprise de l'employeur et des fonctions qu'il a confiées à l'employé, sans oublier les politiques générales qui sous-tendent la responsabilité du fait d'autrui. [Je souligne.]

30 En associant globalement tous les employés, même les hommes à tout faire, au « risque d'entreprise », l'appelant va trop loin. Une telle assertion va à l'encontre de l'objectif de politique générale visant à faire en sorte que l'indemnisation soit à la fois efficace et *juste*. Dans *Bazley*, la Cour a bien souligné que tel n'est pas l'état du droit :

> En résumé, le critère de la responsabilité du fait d'autrui découlant de l'agression sexuelle d'un client par un employé devrait être axé sur la question de savoir si l'entreprise de l'employeur et l'habilitation de l'employé ont accru sensiblement le risque d'agression sexuelle et, par conséquent, de préjudice. L'application du critère ne doit pas être machinale mais doit tenir compte des considérations de politique générale qui justifient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la dissuasion et l'indemnisation juste et efficace de la faute. Pour ce faire, les juges de première instance doivent examiner les tâches particulières de l'employé et décider si elles créent des occasions spéciales de commettre une faute. [Je souligne; par. 46.]

31 Tant les juges majoritaires que les juges minoritaires se sont prononcés en ce sens dans *Jacobi*, où la Cour a appliqué l'analyse faite dans *Bazley* aux faits de cette affaire d'agression sexuelle commise contre un jeune campeur par le directeur des loisirs d'un club offrant des activités parascolaires à des participants externes. Les membres de la Cour

authority, which caused the Court to divide in the result, but all members agreed on the need to determine (as McLachlin J. wrote for the minority) whether the respondent's torts were "sufficiently linked to his employment duties to justify the imposition of vicarious liability" (*Jacobi*, at para. 12 (emphasis added)).

32 Reference may also usefully be made to the decision of the House of Lords in *Lister v. Hesley Hall Ltd.*, where a residential school in England was held vicariously liable for the sexual predation of the warden it had placed in charge of the boarders. Lord Clyde commented, at para. 50:

> It appears that the care and safekeeping of the boys had been entrusted to the respondents and they in turn had entrusted their care and safekeeping, so far as the running of the boarding house was concerned, to the warden. That gave him access to the premises, but the opportunity to be at the premises would not in itself constitute a sufficient connection between his wrongful actings and his employment. In addition to the opportunity which access gave him, his position as warden and the close contact with the boys which that work involved created a sufficient connection between the acts of abuse which he committed and the work which he had been employed to do. It appears that the respondents gave the warden a quite general authority in the supervision and running of the house as well as some particular responsibilities. His general duty was to look after and to care for, among others, the appellants. That function was one which the respondents had delegated to him. That he performed that function in a way which was an abuse of his position and an abnegation of his duty does not sever the connection with his employment. [Emphasis added.]

33 The B.C. Court of Appeal was therefore quite correct to refocus the debate on Saxey's role at the school and on the particular circumstances that brought the appellant into Saxey's entrapment.

C. *The Appellant's Evidence Regarding the Job-Related Powers of Saxey*

34 Clearly at Christie, there was a broad range of responsibilities, from the principal to the religious

divergeaient d'opinion quant à la portée des pouvoirs et de l'autorité inhérents à l'emploi de l'auteur de l'acte fautif, ce qui a amené la Cour a rendre une décision partagée, mais tous les juges convenaient de la nécessité de déterminer (comme la juge McLachlin l'a écrit au nom de la minorité) si les délits de l'intimé étaient « suffisamment liés aux fonctions de son poste pour justifier l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui » (*Jacobi*, par. 12 (je souligne)).

Il est également utile de mentionner la décision de la Chambre des lords dans *Lister c. Hesley Hall Ltd.*, dans laquelle un pensionnat anglais a été tenu responsable du fait d'autrui pour les actes de prédation sexuelle du directeur à qui l'on avait confié la responsabilité des pensionnaires. Lord Clyde a fait observer ce qui suit au par. 50 :

> [TRADUCTION] Il appert que les soins et la protection des garçons avaient été confiés aux intimés qui, pour ce qui est de la direction de la pension, ont à leur tour confié ces responsabilités au directeur. Celui-ci avait accès à l'établissement, mais la possibilité de se trouver sur les lieux ne suffit pas à elle seule à créer un lien suffisant entre ses actes fautifs et son emploi. En plus de la possibilité que cet accès lui donnait, son poste de directeur et les rapports étroits qu'il avait avec les garçons du fait de son travail créaient un lien suffisant entre les agressions qu'il avait commises et le travail qu'on lui avait confié. Il appert que les intimés ont confié au directeur des pouvoirs généraux en ce qui a trait à la surveillance et la direction de la pension et qu'ils lui ont attribué d'autres responsabilités particulières. De manière générale, le directeur devait surveiller et prendre soin notamment des appelants. Il s'agit d'une tâche que les intimés lui avaient déléguée. Le fait qu'en s'acquittant de cette tâche, il ait abusé de ses fonctions et manqué à son devoir ne rompt pas le lien avec son emploi. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donc eu raison de réorienter le débat sur le rôle que jouait M. Saxey à l'école et sur les circonstances particulières dans lesquelles M. Saxey a piégé l'appelant.

C. *La preuve faite par l'appelant relativement aux pouvoirs rattachés à l'emploi de M. Saxey*

Il ne fait pas de doute qu'au pensionnat Christie, les responsabilités variaient considérablement

teachers and dormitory supervisors, all of whom were intimately involved with the students, to lay employees such as Saxey who performed various roles supporting the operations of the school but who were permitted no intimate contact with the students (other than their own children) and had no responsibility for their day-to-day lives. Within these various levels of staff authority and responsibilities, there were important differences. In this area of the law, questions of degree are important (*Bazley*, at para. 38; *Jacobi*, at para. 82).

The job-created role (or lack of it) of Saxey in relation to the appellant may usefully be compared to that of the caregiver at issue in *Bazley*, whose job included bathing and tucking the children into bed at night. The appellant himself testified as follows:

Q: And you did not help Mr. Saxey in the bakery?

A: No.

Q: In fact, you never went into the bakery; is that correct?

A: No.

Q: Now, at the school, when you were at the school, when you were sleeping in the dormitories you never saw Mr. Saxey in the dormitories, did you?

A: No.

Q: And Mr. Saxey never had any jobs to do in the dormitories, did he?

A: No.

Q: And he did not come into the dormitories?

A: No.

Q: And when you were at the school did you see Mr. Saxey in the classrooms?

A: No.

selon qu'il s'agisse du directeur, des religieux chargés d'enseigner et des surveillants de dortoirs, qui avaient tous des rapports étroits avec les élèves, ou des employés laïques comme M. Saxey, qui effectuaient diverses tâches d'appui au fonctionnement de l'école mais à qui il n'était permis aucune intimité avec les élèves (sauf leurs propres enfants), et qui n'avaient aucune responsabilité dans la vie quotidienne des enfants. Dans ces divers niveaux d'autorité et de responsabilités du personnel, il y avait des différences considérables. Dans ce domaine du droit, les questions de mesure revêtent une grande importance (*Bazley*, par. 38; *Jacobi*, par. 82).

Le rôle (ou l'absence de rôle) que tenait M. Saxey, en raison de son travail, par rapport à l'appelant peut utilement être comparé à celui du pourvoyeur de soins dont il est question dans *Bazley*. Dans le cadre de son travail, ce dernier donnait le bain aux enfants et les bordait à l'heure du coucher. L'appelant lui-même a dit ce qui suit dans son témoignage : 35

[TRADUCTION]

Q : Et vous n'aidiez pas M. Saxey dans la boulangerie?

R : Non.

Q : De fait, vous n'êtes jamais allé dans la boulangerie, n'est-ce pas?

R : Non.

Q : Maintenant, à l'école, lorsque vous étiez à l'école, quand vous dormiez dans les dortoirs, vous n'avez jamais vu M. Saxey dans les dortoirs, n'est-ce pas?

R : Non.

Q : Et M. Saxey n'était jamais appelé à travailler dans les dortoirs?

R : Non.

Q : Il n'allait pas dans les dortoirs?

R : Non.

Q : Et lorsque vous étiez à l'école, avez-vous vu M. Saxey dans les salles de classe?

R : Non.

Q: And he had no jobs in the classrooms; is that correct?

A: No, no.

Q: And while you were doing chores in the kitchen you did not see Mr. Saxey working in the kitchen itself, did you?

A: No.

Q: And while you were in the gym you did not see Mr. Saxey in the gym; is that correct?

A: Might have been the odd time.

Q: But he wasn't playing with the children in the gym?

A: No.

Q: And while you were with the other children, Mr. Saxey would not be playing with the other children; is that correct?

A: He would be, yeah. Like his –

Q: His children?

A: His daughter and – yeah.

Q: I'm sorry, I didn't clarify that, I apologize. I don't mean his four children and his grandchildren, but he wasn't seen playing with the other children?

A: Like when he ran that – that tractor, it – you know, he used to give rides and that.

Q: Now, the rides that he would give is when the children arrived at the dock; is that correct?

A: No, like he was on garbage detail too, eh, and he would run the garbage down the beach, and after dumping the garbage he would give them a ride around the beach.

Q: So he would give the children a ride on the tractor?

A: Yes.

Q: But he wouldn't be playing with the children?

A: No, not playing with them.

36 The trial judge acknowledged that the respondent had taken precautions to prevent improper contact between the students and the lay employees. Although Saxey's living quarters were on a part

Q : Et il n'avait rien à faire dans les salles de classe, n'est-ce pas?

R : Non, Non.

Q : Et lorsque vous étiez de corvée à la cuisine, vous n'avez pas vu M. Saxey travailler dans la cuisine elle-même, n'est-ce pas?

R : Non.

Q : Et lorsque vous étiez au gymnase, vous n'y avez pas vu M. Saxey, est-ce exact?

R : Peut-être à l'occasion.

Q : Mais il ne jouait pas avec les enfants dans le gymnase?

R : Non.

Q : Et lorsque vous étiez avec les autres enfants, M. Saxey ne jouait pas avec les autres enfants, est-ce exact?

R : Oui il le faisait. Comme avec ses –

Q : Ses enfants?

R : Sa fille et – oui.

Q : Je m'excuse, je n'ai pas été précis. Je ne faisais pas allusion à ses quatre enfants et à ses petits-enfants, mais on ne le voyait pas jouer avec les autres enfants?

R : Par exemple, lorsqu'il conduisait ce – ce tracteur – vous savez il avait l'habitude de faire faire des tours.

Q : Maintenant, il le faisait lorsque les enfants arrivaient au quai, est-ce exact?

R : Non, il s'occupait également des ordures, et il les transportait à la plage et après il faisait faire des tours aux enfants sur la plage.

Q : Donc, il faisait faire des tours de tracteur aux enfants?

R : Oui.

Q : Mais il ne jouait pas avec eux?

R : Non, il ne jouait pas avec eux.

Le juge de première instance a reconnu que l'intimé avait pris des précautions pour éviter des contacts inopportuns entre les élèves et les employés laïques. Même si les enfants avaient accès

of the grounds to which the children had access, the staff quarters were segregated from the school dormitories. Further, the appellant himself testified that the students were not allowed to enter the staff living quarters. The respondent thus imposed a degree of geographic separation. With respect to Saxey's motorboat responsibilities, school policy required a religious brother (or equivalent) to travel on the boat when boys were present. If the school can be shown to have been negligent in supervising adherence to these and similar instructions, thereby creating a risk which led directly to the commission of the sexual assaults on the appellant, that would nourish the claim in relation to direct liability. At present, however, we are dealing only with *vicarious* liability.

à la partie de l'école où M. Saxey résidait, les résidences des employés étaient à l'écart des dortoirs de l'école. De plus, l'appelant a lui-même déclaré que l'accès des élèves aux résidences des employés était interdit. L'intimé avait donc établi une séparation sur le plan géographique. En ce qui concerne la tâche confiée à M. Saxey de conduire l'embarcation à moteur de l'école, le pensionnat exigeait qu'un frère religieux (ou une personne ayant un statut similaire) accompagne les garçons lors de leurs déplacements en bateau. Une preuve démontrant que l'école a négligé de faire appliquer ces directives et d'autres directives similaires, et qu'elle a de ce fait créé un risque ayant directement mené à la perpétration des agressions sexuelles contre l'appelant, servirait à étayer la thèse de la responsabilité directe. Ici toutefois, seule la responsabilité *du fait d'autrui* est en cause.

As it stands, the evidence is that Saxey did not have authority to insinuate himself into the intimate life of the appellant or any of the other students except his own children and grandchildren. 37

À ce stade, la preuve démontre que M. Saxey n'était pas autorisé à s'insinuer dans la vie intime de l'appelant ou des autres élèves, sauf celle de ses propres enfants et petits-enfants.

D. *Applying the Bazley Test to the Facts*

D. *Application du critère de l'arrêt Bazley aux faits de l'espèce*

This Court in *Bazley* stated that assessing whether vicarious liability should be imposed in a given case requires that in the first instance, the court look to whether "there are precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls" (para. 15). If prior cases do not clearly suggest a solution, the next step is to determine whether vicarious liability *should* be imposed in light of the broader policy rationales behind this form of indirect liability (*Bazley*, at para. 15). 38

Dans l'arrêt *Bazley*, la Cour a statué qu'avant d'imputer une responsabilité du fait d'autrui, le tribunal doit d'abord déterminer « s'il y a des précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause » (par. 15). Si aucune solution ne ressort clairement de la jurisprudence, la prochaine étape consiste à décider si la responsabilité du fait d'autrui *devrait* être imputée compte tenu des raisons de politique générale qui sous-tendent cette forme de responsabilité indirecte (*Bazley*, par. 15).

In undertaking a consideration of both precedent and policy, the Court in *Bazley*, at para. 41, listed a number of factors, which could usefully be considered in assessing whether an employer created or materially enhanced the risk of the employee committing an intentional tort and thereby should incur vicarious liability. These were: 39

Pour l'examen des précédents et des considérations de politique générale, notre Cour a énuméré dans *Bazley*, au par. 41, un certain nombre de facteurs qu'il peut être utile d'examiner pour déterminer si un employeur a créé ou sensiblement accru le risque qu'un employé commette un délit intentionnel, et si la responsabilité du fait d'autrui devrait lui être imputée. Il s'agit des facteurs suivants :

(a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;

(b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer's aims (and hence be more likely to have been committed by the employee);

(c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise;

(d) the extent of power conferred on the employee in relation to the victim;

(e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power.

40 This test for determining the sufficiency of the connection must "not be applied mechanically, but with a sensitive view to the policy considerations that justify the imposition of vicarious liability — fair and efficient compensation for wrong and deterrence" (*Bazley*, at para. 46; *John Doe*, at para. 21).

1. Stage One: Is the Outcome of This Case Dictated by Precedent?

41 In reaching his conclusion that the outcome of this case was not determined by existing precedent, the trial judge perhaps insisted on too high a degree of correlation on the facts. It is true that this case is not on all fours with decided precedents, but the courts have now dealt with a sufficient number of cases of sexual abuse in different residential settings to provide adequate guidance with respect to vicarious liability in this context. There was no need here to return to the first principles of a policy-oriented analysis. Overly frequent resort to general principles opens the door to subjective judicial evaluations that may promote uncertainty and litigation at the expense of predictability and settlement.

42 Of course one of the challenges in applying the case law is that in different fact situations the evaluation of the several factors may tug in different directions. This is evident in the cluster of cases

a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir;

b) la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur (et avoir donc été plus susceptible d'être commis par l'employé);

c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur;

d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime;

e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

L'application du critère en question, qui vise à déterminer s'il existe un lien suffisant, ne doit « pas être machinale mais doit tenir compte des considérations de politique générale qui justifient l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, soit la dissuasion et l'indemnisation juste et efficace de la faute » (*Bazley*, par. 46; *Untel*, par. 21).

1. Première étape : l'issue du litige est-elle dictée par des précédents?

Lorsqu'il a conclu que les précédents ne permettaient pas de trancher la présente affaire, le juge de première instance a peut-être exigé une corrélation trop étroite entre les faits. Il est vrai que la présente espèce ne correspond pas entièrement à des précédents, mais les tribunaux ont maintenant statué sur un nombre suffisant d'affaires d'exploitation sexuelle ayant eu lieu dans différents contextes résidentiels pour fournir des indications suffisantes sur la question de la responsabilité du fait d'autrui dans ce contexte. Il n'était pas nécessaire en l'espèce de revenir aux premiers principes de l'analyse axée sur les considérations de politique générale. Le recours trop fréquent aux principes généraux ouvre la porte aux évaluations judiciaires subjectives qui peuvent susciter l'incertitude et favoriser les litiges au détriment de la prévisibilité et du règlement des affaires.

Bien sûr, le recours à la jurisprudence pose un défi notamment parce que selon le contexte factuel en cause, l'évaluation des divers facteurs peut nous entraîner dans des directions différentes. Cela

decided in this Court since *Bazley*. For example, the employer's enterprise in this case (a residential school run along authoritarian lines) creates greater risk of sexual misconduct than did the after-school non-residential recreational club in *Jacobi*; yet the extent of the power and responsibility conferred by the respondent Oblates on Saxey was much less than the authority conferred on *Jacobi*'s director of recreation, let alone on *Bazley*'s caregiver who, as stated, was charged with "intimate duties like bathing and tucking in at bedtime" (para. 2). While the Oblates themselves had spiritual and temporal power comparable to that of the employer bishop in *John Doe*, the respondent delegated no significant power over the children to the odd-job men, bakers and motorboat operators at Christie. This stands in stark contrast to *John Doe* itself where not only the environment created by the church compelled obedience but the power conferred on the parish priest materially increased the risk of abuse. The parishes in which the priest worked were geographically isolated, the communities in which he was placed were devoutly religious, the main form of community leadership came from the church, and the only schools were denominational. The priest had broad authority in his parish. It is difficult to imagine greater "job-conferred power" than that vouchsafed to a priest who not only has power in this world but claims stewardship of the child's immortal soul. Saxey's employment responsibilities, by contrast, were mundane and remote from actually looking after the children under the respondent's care.

Reference should also be made to *Hammer* (aff'd (2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226, aff'd on other grounds, [2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52). In that case, sexual abuse was committed by a janitor who had no direct duties relating to students. Occasionally he helped them find something or someone. The trial judge in that case found that

ressort de la série de décisions rendues par notre Cour depuis *Bazley*. Par exemple, l'entreprise de l'employeur en l'espèce (un pensionnat dirigé de manière autoritaire) crée un risque plus grand d'inconduite sexuelle que le club offrant des activités parascolaires à des participants externes dont il est question dans *Jacobi*; mais l'étendue des pouvoirs et des responsabilités que les Oblats intimés ont confiés à M. Saxey était bien moindre que l'étendue de l'autorité conférée au directeur des loisirs dans *Jacobi*, et encore moindre que celle de l'autorité confiée au pourvoyeur de soins dans *Bazley* qui, comme l'arrêt l'indique, était chargé de « tâches intimes comme donner le bain aux enfants et les border à l'heure du coucher » (par. 2). Alors que les Oblats eux-mêmes détenaient une autorité spirituelle et temporelle comparable à celle de l'employeur — un évêque — dans l'arrêt *Untel*, au pensionnat Christie, l'intimé n'a délégué aucun des pouvoirs importants qu'il avait à l'égard des enfants aux hommes à tout faire, boulangers et conducteurs d'embarcation à moteur. Cette situation contraste nettement avec celle de l'arrêt *Untel* lui-même où non seulement le contexte créé par l'église imposait l'obéissance, mais où le pouvoir conféré au prêtre de la paroisse augmentait sensiblement le risque d'abus. Les paroisses dans lesquelles le prêtre travaillait étaient géographiquement isolées, les fidèles des collectivités qu'il desservait étaient très dévots, le leadership communautaire était l'apanage de l'église et les seules écoles qui s'y trouvaient étaient des écoles confessionnelles. Dans sa paroisse, le prêtre exerçait une grande autorité. Il est difficile d'imaginer des « pouvoirs inhérents à l'emploi » plus vastes que ceux confiés à un prêtre, qui non seulement détient des pouvoirs ici-bas, mais qui prétend guider l'âme immortelle de l'enfant. Les responsabilités afférentes à l'emploi de M. Saxey étaient au contraire banales et sans lien avec les soins à donner aux enfants confiés à l'intimé.

43 Il convient aussi de mentionner la décision *Hammer* (conf. à (2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226, conf. pour d'autres motifs à [2003] 2 R.C.S. 459, 2003 CSC 52). Dans cette affaire, l'agression sexuelle avait été commise par un concierge qui n'avait aucune fonction reliée directement aux enfants. Il arrivait à l'occasion qu'il les

"[a]ll that can be said to support a finding of vicarious liability is that Mr. Hammer was employed as a janitor at the school and his duties provided him with the opportunity to commit the wrongful acts" ((1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, at para. 52)). In *Hammer*, the enterprise, being a day school, was less risky, but the janitor's job-conferred power was comparable to Saxey's. Vicarious liability was denied. A still different mix was provided in *K.L.B.*, where the defendant government was found to have exercised little control over foster parents, who were classified as independent contractors rather than employees. At the same time, the power and responsibility of foster parents in relation to the foster children were, by definition, parent-like. It was held that there was no vicarious liability.

44 The interveners put forward a number of additional cases. *McDonald v. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.), involved sexual assault perpetrated by a religious official. A limitation period, however, rendered the issue of liability moot, and the liability analysis was in any event vigorously contested in *K. (W.) v. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (S.C.), and effectively overruled in *John Doe*. In *H. (S.G.) v. Gorsline*, [2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186, the Alberta Court of Appeal declined to interfere with the trial judge's finding that a school board was not vicariously liable for the sexual assaults committed by a physical education teacher. The Court of Appeal agreed with the trial judge that the duties of the teacher did not require anything approaching intimate contact. In *M. (F.S.) v. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301 (B.C.S.C.), vicarious liability for abuse in the context of a residential school was imposed. However in that case the wrongdoing employee was a dormitory supervisor, and thus had a much greater role in dealing with the children than Saxey in the present appeal. In *H. (T.E.G.) v. K. (P.)*, [2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43, the Alberta Court of Queen's Bench declined to find an employer

aide à trouver quelque chose ou quelqu'un. Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] « [t]out ce qu'on peut dire pour étayer une conclusion de responsabilité du fait d'autrui est que M. Hammer travaillait comme concierge à l'école et que ses tâches lui ont fourni l'occasion de commettre les actes fautifs » ((1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89, par. 52)). Dans *Hammer*, s'agissant d'un externat, l'entreprise créait un risque moins élevé que celui en l'espèce, mais le pouvoir inhérent au travail du concierge était analogue à celui de M. Saxey. La cour n'a pas retenu la responsabilité du fait d'autrui. Dans *K.L.B.*, il s'agissait d'un contexte factuel encore différent, et notre Cour a conclu que le gouvernement intimé avait exercé peu de contrôle sur les activités des parents d'accueil, qui étaient des entrepreneurs indépendants et non des employés. Les pouvoirs et responsabilités des parents de la famille d'accueil à l'égard des enfants confiés à leurs soins étaient toutefois, par définition, de type parental. Notre Cour a statué que la responsabilité du fait d'autrui n'était pas engagée.

Les intervenants se sont référés à plusieurs autres décisions. L'affaire *McDonald c. Mombourquette* (1996), 152 N.S.R. (2d) 109 (C.A.), concerne une agression sexuelle perpétrée par un membre du clergé. En raison d'un délai de prescription toutefois, la question de la responsabilité devenait académique. L'analyse de la responsabilité a d'ailleurs été vigoureusement critiquée dans *K. (W.) c. Pornbacher* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360 (C.S.), et elle a effectivement été écartée dans l'arrêt *Untel*. Dans *H. (S.G.) c. Gorsline*, [2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186, la Cour d'appel de l'Alberta a refusé de modifier la conclusion du juge première instance selon laquelle la responsabilité du fait d'autrui d'un conseil scolaire n'était pas engagée en raison des agressions sexuelles commises par un professeur d'éducation physique. La Cour d'appel a conclu, comme le juge de première instance, que les fonctions du professeur n'impliquaient rien qui puisse ressembler à un contact intime. Dans *M. (F.S.) c. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301 (C.S.C.-B.), la cour a retenu la responsabilité du fait d'autrui relativement à une agression commise dans un pensionnat. Mais dans cette affaire, l'employé fautif était le surveillant d'un dortoir et son

vicariously liable for the sexual assaults of the manager of a recreation centre.

The Saskatchewan Court of Appeal considered the sexual assaults committed by an administrator of a school residence against a pupil in *H.L. v. Canada (Attorney General)* (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131 (appealed on other issues to this Court). In that case the plaintiff was not a resident at the school but participated in an after-school boxing program which the employee ran as part of his job. The Court found that there was a sufficient connection between Starr's job-imposed duties and extensions of those duties authorized by the Department of Indian and Northern Affairs to ground a finding of vicarious liability against Canada.

The British Columbia Court of Appeal upheld a trial judge's finding of vicarious liability against the provincial Crown in *A. (C.) v. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475. McEachern C.J.B.C. held unanimously for the court that the Crown was liable for sexual and physical assaults committed by a man called Critchley, who operated a wilderness camp for troubled youth. The plaintiffs in this case had been committed to the care of the Crown but could not be accommodated in the usual facilities or foster homes. The court held that "the wrongs were committed by a surrogate parent in the course of discharging on behalf of the Crown the very responsibilities imposed by law upon the Crown" (para. 116). In *B. (J.-P.) v. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125, the New Brunswick Court of Appeal upheld a trial judge's decision that a hospital was not vicariously liable for sexual assault committed by its employee nurse. The nurse had entered the patient's room and, while the patient was sleeping, touched his penis with his hands or mouth. The nurse had not been assigned to work with that patient and the court found that his employment provided him with

rôle auprès des enfants était beaucoup plus important que celui de M. Saxey en l'espèce. Dans *H. (T.E.G.) c. K. (P.)*, [2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a refusé d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à un employeur pour les agressions sexuelles commises par le directeur d'un centre de loisirs.

45 Dans *H.L. c. Canada (Procureur général)* (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131 (pourvoi interjeté devant notre Cour sur d'autres questions), la Cour d'appel de la Saskatchewan a examiné les agressions sexuelles commises par l'administrateur d'une résidence scolaire contre un élève. Dans cette affaire, le demandeur n'était pas un pensionnaire, mais il participait à un programme parascolaire de boxe que l'employé dirigeait dans le cadre de son travail. La cour a conclu qu'il y a avait un lien suffisant entre les fonctions que devaient exécuter M. Starr dans le cadre de son travail et les tâches additionnelles qu'avait autorisées le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien pour justifier l'imputation à l'État canadien de la responsabilité du fait d'autrui.

46 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision de première instance qui tenait l'État la responsable du fait d'autrui dans *A. (C.) c. Critchley* (1998), 166 D.L.R. (4th) 475. Le juge en chef McEachern a statué au nom de la cour que l'État devait être tenu responsable des agressions sexuelles et des voies de fait commises par un certain M. Critchley, qui dirigeait un camp de pleine nature pour jeunes en difficulté. Dans cette affaire, les demandeurs avaient été confiés aux soins de l'État, mais ils ne pouvaient être accueillis dans les établissements habituels ou dans des familles d'accueil. La cour a statué que [TRADUCTION] « les actes répréhensibles avaient été commis par un parent de substitution qui s'acquittait pour l'État des responsabilités mêmes que la loi impose à l'État » (par. 116). Dans *B. (J.-P.) c. Jacob* (1998), 166 D.L.R. (4th) 125, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a confirmé la décision du juge de première instance selon laquelle la responsabilité du fait d'autrui d'un hôpital n'était pas engagée en raison de l'agression sexuelle commise par un infirmier à son service. L'infirmier était entré dans la chambre du patient

mere opportunity, and no more. As such, vicarious liability was not imposed. In *C.S. v. Miller* (2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152, the Boy Scouts of Canada were found vicariously liable for the failure of one of their employees, a camp chief, to remove a child from a situation of sexual assault. Acton J. of the Alberta Court of Queen's Bench found that the employee's duties were directly related to her negligence. This sad list of cases (and many other cases could be added) is not before us for decision, and we are not called upon to express an opinion on their particular circumstances, but they do demonstrate, I think, a strong judicial focus on the employment relationship between the particular wrongdoer and the employer sought to be held vicariously liable, a focus that was overwhelmed in the present case by the trial judge's preoccupation with the "operational characteristics" of the school as a whole.

47 While the residential setting in which the abuse took place here would favour a finding of vicarious liability, the limited duties and role of Saxey militate against such a finding. None of the cases reviewed above contain the precise configuration of facts that exist in this case. Reference was made to the *dictum* of Cameron J.A. of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal in her partly concurring judgment in *John Doe v. Bennett* (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47 (affirmed by this Court):

> Precedent is beneficial in this context only if the facts are *very* similar and it *unambiguously* determines the issue of whether vicarious liability applies. [Italics in original; underlining added; para. 171.]

The view that "[p]recedent is beneficial in this context only if the facts are *very* similar", in my view,

et, pendant que ce dernier dormait, il avait touché son pénis avec ses mains ou sa bouche. L'infirmier n'avait pas été chargé de s'occuper de ce patient et la cour a conclu que son emploi lui avait seulement fourni une occasion, rien de plus. La responsabilité du fait d'autrui n'a par conséquent pas été imputée à l'employeur. Dans *C.S. c. Miller* (2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152, Les Boys Scouts du Canada ont été tenus responsables du fait d'autrui en raison de l'omission d'une employée, une chef de camp, de soustraire un enfant à une situation d'agression sexuelle. La juge Acton de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu à l'existence d'un lien direct entre les fonctions de l'employée et sa négligence. Notre Cour n'est pas saisie de cette triste liste d'affaires (ni des nombreux autres cas qui pourraient s'y ajouter), et elle n'a pas à exprimer d'opinion sur leurs circonstances particulières, mais ces affaires démontrent, à mon avis, que les tribunaux mettent fortement l'accent sur la relation d'emploi entre l'employé fautif et l'employeur que l'on cherche à tenir responsable du fait d'autrui, un accent qui, en l'espèce, a cédé le pas à l'importance accordée par le juge de première instance à l'ensemble des « caractéristiques opérationnelles » de l'école.

Dans la présente affaire, le fait que les agressions aient eu lieu dans un pensionnat milite en faveur de l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, mais les fonctions et le rôle restreints de M. Saxey militent pour leur part contre une telle conclusion. Aucune des affaires que nous venons d'examiner ne présente la combinaison précise de faits que l'on trouve en l'espèce. On a cité la remarque incidente formulée par la juge Cameron de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador dans ses motifs concourants en partie dans l'arrêt *John Doe c. Bennett* (2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47 (confirmé par notre Cour) :

> [TRADUCTION] Les précédents ne sont utiles dans ce contexte que si les faits sont *très* semblables et s'ils permettent de déterminer *sans équivoque* si la responsabilité du fait d'autrui est applicable. [En italique dans l'original; je souligne; par. 171.]

Il est exagéré selon moi d'affirmer que « [l]es précédents ne sont utiles dans ce contexte que si les

overstates the requirement. While *Bazley* spoke of "precedents which unambiguously determine on which side of the line between vicarious liability and no liability the case falls" (para. 15), it must be remembered that *Bazley* was a pioneering judgment that developed an approach to vicarious liability across a broad swath of social and economic relationships. In considering the particular context of sexual abuse by employees in school or equivalent settings, the cases since *Bazley* provide sufficient guidance for the disposition of this appeal. While a parent-like relationship is not required, the facts must connect the tort sufficiently "to the tortfeasor's assigned tasks that the tort can be regarded as a materialization of the risks created by the enterprise" (*K.L.B.*, at para. 19 (emphasis added)).

I therefore turn to the "five factors" listed in *Bazley* to consider in light of the precedents whether the strength of the "connection between what the employer was asking the employee to do . . . and the wrongful act" (*Bazley*, at para. 42), was sufficient to impose vicarious liability:

(1) The respondent provided Saxey with the opportunity to come into contact with the children. Opportunity will often be a question of degree. "As the opportunity for abuse becomes greater, so the risk of harm increases" (*Bazley*, at para. 43). The review of previously decided cases shows that opportunity in this case lies at the low end of significance. As put in *Bazley*, "[i]f an employee is permitted or required to be with children for brief periods of time, there may be a small risk of such harm — perhaps not much greater than if the employee were a stranger" (para. 43). Here, Saxey was not "permitted or required" to be with the children at all, apart from trips in the motorboat which were supervised by one of the religious brothers or equivalent and occasionally in the bakery.

faits sont *très* semblables ». Alors que dans *Bazley* on parlait de « précédents qui établissent sans équivoque la responsabilité du fait d'autrui ou encore l'absence de responsabilité dans l'affaire en cause » (par. 15), il faut se rappeler que cet arrêt a ouvert la voie et a élaboré une façon d'aborder la responsabilité du fait d'autrui couvrant un vaste champ de relations sociales et économiques. Dans le cadre particulier des agressions sexuelles commises par des employés en milieu scolaire ou dans des contextes équivalents, les décisions rendues depuis l'arrêt *Bazley* fournissent suffisamment d'indications pour statuer sur le présent pourvoi. Bien que l'existence d'une relation tenant du rôle parental ne soit pas exigée, les faits doivent montrer que le délit se rapporte suffisamment « aux tâches assignées à son auteur pour être considéré comme la matérialisation des risques créés par l'entreprise » (*K.L.B.*, par. 19 (je souligne)).

48 Je passe donc à l'examen des « cinq facteurs » énumérés dans *Bazley* afin d'évaluer à la lumière des précédents si le « lien [. . .] entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire [. . .] et l'acte fautif » (*Bazley*, par. 42) était assez solide pour retenir la responsabilité du fait d'autrui :

(1) L'intimé a fourni à M. Saxey l'occasion d'entrer en contact avec les enfants. L'occasion est souvent d'une question de degré. « Plus grandes sont les chances qu'une agression se produise, plus le risque de préjudice s'accroît » (*Bazley*, par. 43). Il ressort de l'examen de la jurisprudence qu'en l'espèce, l'occasion est un des facteurs qui ont le moins d'importance. Comme on l'a dit dans *Bazley*, « [s]i on permet ou on demande à un employé de tenir compagnie à des enfants pendant de courtes périodes, il peut y avoir un faible risque de préjudice, peut-être pas beaucoup plus important que si l'employé était un étranger » (par. 43). En l'espèce, on n'a aucunement « permis ou demandé » à M. Saxey de tenir compagnie aux enfants, sauf lors des déplacements en embarcation à moteur, qui se faisaient sous la surveillance d'un frère religieux ou d'une personne ayant un statut similaire, et parfois dans la boulangerie.

(2) The wrongful acts had nothing to do with furthering the respondent's aims. No one disputes that Saxey's conduct was abhorrent and in direct opposition to the Oblates' aims.

(3) While a degree of intimacy with staff is inherent in any residential school, such intimacy did not involve Saxey, who was expected to devote himself to baking, maintenance and driving the motorboat. Saxey's duties required no significant contact with the students, and his quarters where the sexual abuse took place was located in an area off limits to students.

(4) The respondent did not confer any power on Saxey in relation to the appellant. Despite the loose structure of the school, as discussed by the trial judge, Saxey's position was not one involving regular or meaningful contact with the students. Of course, as the trial judge pointed out, the very fact that Saxey was an adult in a children's school conferred a certain status, but to find that Saxey's status as an "adult" in the school was sufficient to attract vicarious liability would in practice cross the line into making the employer an "involuntary insurer" (*Bazley*, at para. 36).

(5) The students in any residential school are vulnerable and require protection, but it is the nature of a residential institution rather than the power conferred by the respondent on Saxey that fed the vulnerability. In *Bazley*, at para. 42, the Court said that "[i]t must be possible to say that the employer significantly increased the risk of harm by putting the employee in his or her position and requiring him to perform the assigned tasks" (emphasis added; emphasis in original deleted). Such a statement cannot fairly be said of the respondent employer in this case.

In summary, the appellant did not establish "a strong connection between what the employer was

(2) Les actes fautifs ne servaient en rien les objectifs poursuivis par l'intimé. Nul ne conteste le fait que la conduite de M. Saxey était répugnante et en directe opposition avec les objectifs poursuivis par les Oblats.

(3) Même si, dans un pensionnat, il va de soi qu'il existe un certain degré d'intimité entre les élèves et le personnel, M. Saxey ne partageait pas cette intimité puisqu'on lui demandait de se consacrer à ses tâches de boulanger, de préposé à l'entretien et de conducteur d'embarcation à moteur. Ses fonctions ne nécessitaient aucunement qu'il entretienne des contacts importants avec les élèves, et son logis, où les agressions ont été commises, était interdit d'accès aux enfants.

(4) L'intimé n'a confié à M. Saxey aucun pouvoir à l'égard de l'appelant. Même si l'école était peu structurée, comme le juge de première instance en a fait état, le poste de M. Saxey ne lui ménageait pas de contacts réguliers ou importants avec les élèves. Bien sûr, comme l'a signalé le juge de première instance, le fait même que M. Saxey était un adulte au sein d'une école pour enfants lui conférait un certain statut, mais conclure que son statut « d'adulte » à l'école suffisait pour que la responsabilité du fait d'autrui entre en jeu équivaudrait en pratique à faire de l'employeur un « assureur involontaire » (*Bazley*, par. 36).

(5) Les élèves qui fréquentent un pensionnat sont vulnérables et ont besoin de protection, mais c'est la nature même de l'établissement qui a avivé cette vulnérabilité et non le pouvoir que l'intimé a confié à M. Saxey. Dans *Bazley* (par. 42), la Cour a dit qu'« [i]l doit être possible de dire que l'employeur a accru sensiblement le risque de préjudice en plaçant l'employé dans son poste et en lui demandant d'accomplir les tâches qui lui étaient assignées » (je souligne; soulignement dans l'original omis). On ne peut en toute équité dire que tel est le cas de l'employeur intimé en l'espèce.

En résumé, l'appelant n'a pas démontré qu'il existe « un lien solide entre ce que l'employeur demandait

asking the employee to do . . . and the wrongful act" (*Bazley*, at para. 42 (emphasis added)).

I have read with interest the reasons of my colleague Abella J. who assesses these factors differently than I do. The difference in interpretation is due in part to the way in which the trial judge formulated his reasons, often reiterating the evidence of the plaintiff or the submissions of his counsel, but at critical junctures declining to make clear findings of fact. For example, in considering the role of the lay staff, rather than making findings of fact, the trial judge re-stated evidence heard during the course of the trial:

> [E.B.] testified that he and other children at Christie had to do what they were told to do by adult staff members. L.B. testified that he recalled children being told at the beginning of the year, and just about every month, that the children had to listen to the lay staff if they requested children to do something. [Emphasis added; para. 87.]

Similarly, with respect to the specific duties of lay staff, the trial judge reviewed evidence but made no clear finding, stating: "Counsel also said that due to understaffing at Christie, there could be no rigid delineation of employment duties for any staff member" (para. 94 (emphasis added)). With respect to Saxey's authority over children at the school, the trial judge stated:

> Counsel argued that as the staff member responsible for bread baking, Saxey would certainly have had implicit, and probably had explicit authority over the children performing kitchen and bakery-related chores, such as clean-up, bread slicing and dough preparation. [Emphasis added; para. 103.]

I would need clearer words from the trial judge before assuming that he intended his narrative of submissions to be taken as findings of fact. Be that as it may, my view, having read and re-read the reasons, is that while the residential school setting and the nature of the discipline at the school clearly contributed to the vulnerability of the children to

à l'employé de faire [. . .] et l'acte fautif » (*Bazley*, par. 42 (je souligne)).

49 J'ai lu avec intérêt les motifs de ma collègue la juge Abella, qui évalue ces facteurs d'une manière différente. L'interprétation différente tient en partie à la façon dont le juge de première instance a formulé ses motifs, en répétant souvent des passages du témoignage du demandeur ou de l'argumentation de son avocat, mais se refusant à formuler des conclusions de fait claires sur des questions cruciales. Par exemple, relativement au rôle du personnel laïque, il a reformulé les témoignages présentés à l'instruction au lieu de tirer des conclusions de fait :

> [TRADUCTION] [E.B.] a témoigné que lui-même et les autres enfants du pensionnat Christie devaient faire ce que les membres du personnel adultes leur demandaient de faire. Dans son témoignage, L.B. a déclaré se rappeler qu'on disait aux enfants, au début de l'année, et qu'on leur répétait à peu près tous les mois, qu'ils devaient obéir aux employés laïques lorsqu'ils leur demandaient de faire quelque chose. [Je souligne; par. 87.]

50 De même, au sujet des fonctions particulières du personnel laïque, le juge de première instance a examiné la preuve mais n'a pas formulé de conclusion claire en déclarant : [TRADUCTION] « [l]'avocat a également affirmé qu'en raison de la pénurie de personnel au pensionnat Christie, il ne pouvait y avoir de définition rigoureuse des fonctions de chaque employé » (par. 94 (je souligne)). Relativement à l'autorité de M. Saxey sur les enfants de l'école, le juge s'est exprimé ainsi :

> [TRADUCTION] L'avocat a plaidé qu'à titre d'employé chargé de la boulangerie, M. Saxey jouissait certainement d'une autorité implicite, et probablement explicite, sur les enfants qui accomplissaient des tâches à la cuisine ou à la boulangerie, comme le nettoyage, le tranchage du pain ou la préparation de la pâte. [Je souligne; par. 103.]

51 Le juge de première instance aurait dû s'exprimer plus clairement s'il voulait que je considère comme des conclusions de fait son exposé des arguments soumis. Quoi qu'il en soit, après avoir lu et relu ses motifs, j'estime que si le contexte du pensionnat et le modèle disciplinaire mis en place ont clairement contribué à rendre les enfants plus

abuse, there was no finding of a "strong connection" between the particulars of Saxey's employment and the outrages he committed by luring the appellant to his private quarters as is required by our jurisprudence. The fact that Saxey was permitted on occasion to ask children to do chores, and that children were inevitably in occasional contact with him, is not enough. The employment of Saxey as a baker, boat driver and odd-job man did not put him in a position of power, trust or intimacy with respect to the children. His job did not include regular or private contact with the children. He was not encouraged or required to develop any sort of personal relationship with the children. His role did not include supervising any intimate activities. I conclude that the Court of Appeal was correct that while the employment relationship in this case provided Saxey with the opportunity to commit the wrongful acts, his assigned role in relation to the students fell short of what is required to attract vicarious liability. An analysis of general "operational characteristics" is more properly undertaken in relation to the claim of *direct* liability.

52 In my view, therefore, the Court of Appeal was correct in finding that the earlier cases preclude a finding of vicarious liability in the circumstances of this case. The precedents hold that to make an employer vicariously liable for the intentional wrongdoing of its employee, there must be established, to repeat, a "strong connection between what the employer was asking the employee to do . . . and the wrongful act" (*Bazley*, at para. 42). The "operational characteristics" of the enterprise which preoccupied the trial judge are not enough to attract *vicarious* liability. The "strong connection" was not established.

53 Given this conclusion, it is not strictly necessary to move on to the second stage of *Bazley*. However, the policy considerations underlying vicarious liability confirm the correctness of the result.

vulnérables aux actes répréhensibles, le juge n'a pas formulé de conclusion quant à l'existence d'un « lien solide », exigé par notre jurisprudence, entre les fonctions accomplies par M. Saxey et les actes de violence qu'il a commis en attirant l'appelant chez lui. Il ne suffit pas que l'on ait permis à l'occasion à M. Saxey de demander aux enfants de faire des corvées, et qu'inévitablement les enfants aient été à l'occasion en contact avec lui. Les fonctions de M. Saxey en tant que boulanger, conducteur d'embarcation à moteur et homme à tout faire ne le plaçaient pas en situation d'autorité, de confiance ou d'intimité par rapport aux enfants. Son travail ne prévoyait pas qu'il ait avec les enfants des contacts réguliers ou en privé. Il n'était pas encouragé à développer une relation personnelle avec les enfants, ni requis de le faire. Il n'était pas appelé à surveiller les activités intimes des enfants. Je conclus que la Cour d'appel a eu raison de dire que, bien que dans ce cas l'emploi de M. Saxey lui ait fourni l'occasion de commettre les actes répréhensibles, les fonctions qui lui étaient assignées vis-à-vis des enfants ne sont pas de nature à engager la responsabilité du fait d'autrui. Il convient mieux d'entreprendre une analyse des « caractéristiques opérationnelles » dans le cas d'une demande fondée sur la responsabilité *directe*.

J'estime donc que la Cour d'appel a conclu à bon droit que la jurisprudence antérieure exclut que l'on retienne la responsabilité du fait d'autrui de l'intimé dans les circonstances de l'espèce. Selon cette jurisprudence, pour qu'un employeur soit tenu responsable du fait d'autrui en raison du délit intentionnel d'un employé, il faut établir, je le répète, l'existence d'un « lien solide entre ce que l'employeur demandait à l'employé de faire [. . .] et l'acte fautif » (*Bazley*, par. 42). Les « caractéristiques opérationnelles » de l'entreprise, qui préoccupaient le juge de première instance, ne suffisent pas pour que la responsabilité *du fait d'autrui* soit engagée. Le « lien solide » n'a pas été établi.

Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas strictement nécessaire que je passe à la deuxième étape de l'analyse décrite dans l'arrêt *Bazley*. Toutefois, les considérations de politique générale sous-jacentes à la responsabilité du fait d'autrui confirment la justesse du résultat.

2. Stage Two: Consideration of Policy

The second stage under the *Bazley* analysis requires the Court to consider whether the imposition of vicarious liability on the facts of the case would further the broader policy rationales used to justify it, namely to provide effective compensation and to deter such misconduct in future. These policy concerns, however, are part of a broader balancing of interests. *Bazley* held that the twin policy concerns "are served only where the wrong is so connected with the employment that it can be said that [by the employment] the employer has introduced the risk of the wrong (and is thereby fairly and usefully charged with its management and minimization)" (*Bazley*, at para. 37 (emphasis added)). Further, as noted by the majority in *Jacobi*:

> These policy considerations have to be balanced with a measure of fairness to the employer and adherence to legal principle because standing on their own these particular policies will generally favour vicarious liability, i.e., a solvent employer will almost always be in a better position to provide effective compensation to an assault victim than the assailant, and the higher the likelihood of financial liability on the employer, generally speaking, the more potent the deterrent. These pro-liability policies have therefore been restrained historically by a recognition that competing social objectives also have to be weighed in the balance. [para. 67]

With respect to deterrence, for example, both *Bazley* and *Jacobi* were careful to point out that unless deterrence is confined to situations where it can be effective, there is a danger that the general community will be *over*deterred from activities which are socially useful and ought to be promoted rather than penalized.

In the present case, the respondent Oblates contend that consideration should be given to their good intentions towards the students in their care, the fact that the misconduct by Saxey contradicts every value and principle the Oblates stand for,

2. Deuxième étape : les considérations de politique générale

54 La deuxième étape de l'analyse dictée par l'arrêt *Bazley* oblige la Cour à déterminer si, compte tenu des faits de l'espèce, l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui servirait les considérations de politique plus générales qui la sous-tendent, à savoir fournir une indemnisation efficace et dissuader de commettre des actes répréhensibles à l'avenir. Ces deux considérations de politique générale s'inscrivent toutefois dans un processus plus large de pondération des intérêts en cause. La Cour a statué dans *Bazley* que ces deux objectifs « ne sont respectés que dans le cas où la faute est si étroitement liée à l'emploi qu'il est possible de dire que [par cet emploi], l'employeur a créé le risque de faute (et qu'il est donc équitablement et utilement chargé de le gérer et de le réduire) » (*Bazley*, par. 37 (je souligne)). De plus, comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires dans *Jacobi* :

> Ces considérations de politique générale doivent être pondérées par une certaine mesure d'équité pour l'employeur et d'adhésion aux principes juridiques parce que, à elles seules, ces politiques particulières favorisent généralement l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui, c.-à.-d., un employeur solvable sera presque toujours plus en mesure que l'agresseur de verser une indemnité efficace à une victime d'agression, et, en général, plus la probabilité de responsabilité financière de l'employeur est élevée, plus la dissuasion est puissante. L'application de ces politiques en faveur de la responsabilité a donc, par le passé, été restreinte par la reconnaissance qu'il faut également tenir compte des objectifs sociaux opposés. [par. 67]

55 Pour ce qui est de la dissuasion, par exemple, on a pris soin tant dans l'arrêt *Bazley* que dans l'arrêt *Jacobi* de souligner qu'elle devrait se limiter aux cas où elle peut produire des effets, sinon une dissuasion *excessive* risque de priver la communauté en général d'activités sociales utiles qui devraient être soutenues plutôt que pénalisées.

56 En l'espèce, les Oblats intimés soutiennent qu'il faut prendre en considération leurs intentions bienveillantes à l'égard des élèves confiés à leurs soins, le fait que la conduite répréhensible de M. Saxey va à l'encontre de l'ensemble des valeurs et principes

and the fact that the Oblates attempted on a not-for-profit basis to meet a need for education of First Nations' children that otherwise would perhaps have gone unmet. The fact is however that the trial judge found that the appellant suffered serious injury from Saxey's abuse and it is clear from our decision in *John Doe* that a church organization, while non-profit in nature, will generally have sufficient capacity for loss spreading and taking measures to deter future misconduct to merit the imposition of vicarious liability where the "strong connection" test is met.

57 There is no doubt that the imposition of no-fault liability here would benefit the victim and deter similar conduct in the future. Also, the notion of fairness to the not-for-profit organization remains compatible with vicarious liability, *provided that a strong connection is established between the job-conferred authority and the sexual assault.* As the analysis above demonstrates, however, the strong connection test cannot be met in this case, given Saxey's limited role at Christie. Thus, legal principle as well as precedent supports the conclusion that vicarious liability should not be imposed in this case. Whether or not the respondent can be shown to be directly at fault in a way that contributed to Saxey's sexual assault on the appellant is a matter that will have to be determined by the trial judge.

IV. Conclusion

58 In the result, the matter should be remitted to the trial court for a determination as to whether the respondent is liable for negligence on the whole of the evidence. The present appeal, based as it is purely on the attribution of *vicarious* liability, should be dismissed without costs, but in circumstances where the issue of *direct* liability remains open.

auxquels tiennent les Oblats, et le fait que les Oblats ont tenté dans un contexte non lucratif de répondre aux besoins d'enfants autochtones en matière d'instruction, besoins qui autrement n'auraient peut-être pas été comblés. Il reste toutefois que le juge de première instance a conclu que l'appelant avait subi un grave préjudice en raison des agressions commises par M. Saxey, et il ressort clairement de notre décision dans *Untel* qu'un organisme religieux, bien qu'il soit sans but lucratif, dispose généralement de moyens suffisants pour répartir les pertes et prendre des mesures dissuasives visant à éviter que des actes répréhensibles soient commis à l'avenir, ce qui justifie l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui si le critère du « lien solide » est rempli.

Il ne fait aucun doute que la victime tirerait bénéfice en l'espèce d'un jugement concluant à la responsabilité sans faute et qu'une telle décision découragerait des comportements analogues. Également, la notion d'équité envers les organismes sans but lucratif reste compatible avec la responsabilité du fait d'autrui, *pourvu que soit démontrée l'existence d'un lien solide entre le pouvoir conféré par l'emploi et l'agression sexuelle.* Comme l'analyse qui précède le démontre, toutefois, les conditions du critère du lien solide ne sont pas remplies en l'espèce étant donné le rôle limité qui était celui de M. Saxey au pensionnat Christie. Ainsi, tant les principes juridiques que la jurisprudence étayent la conclusion voulant qu'il n'y ait pas lieu en l'espèce de retenir la responsabilité du fait d'autrui. La question de savoir s'il peut être établi que l'intimé a commis une faute directe, de sorte qu'il aurait contribué à ce que M. Saxey commette les agressions sexuelles contre l'appelant, est une question que le juge de première instance devra trancher.

IV. Conclusion

L'affaire devrait donc être renvoyée au juge de première instance pour qu'il tranche la question de savoir si l'intimé doit être tenu responsable pour négligence, compte tenu de l'ensemble de la preuve. Il y a lieu de rejeter sans frais le présent pourvoi, qui repose uniquement sur l'imputation de la responsabilité *du fait d'autrui*, alors que la question de la responsabilité *directe* reste sans réponse.

The following are the reasons delivered by

ABELLA J. (dissenting) — This appeal turns on the proper application of the "enterprise risk creation" test set out in *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, and its progeny. As those cases stipulate, in order to find an employer vicariously liable for the intentional torts of an employee, a strong connection must be found between the enterprise, the authority conferred on the employee by the employer and the tort.

The *Bazley* test is complex, context-sensitive and flexible. It requires that attention be paid to the enterprise as a whole. An enterprise can, as the trial judge concluded this one did, operate in a way that authorizes conduct beyond the duties set out in a job description. If the legal test for vicarious liability has been properly articulated and applied, a trial judge's conclusions are entitled to deference. In my view, Cohen J. correctly stated and applied the test ([2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BSCS 1783). His conclusions therefore ought not to have been disturbed by the Court of Appeal ((2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 2003 BCCA 289).

I. Background

The legal test this Court has developed for assessing vicarious liability in cases of intentional torts like sexual assault was first described in *Bazley*. It has been characterized as the enterprise risk creation test. McLachlin J. summarized the appropriate inquiry as follows:

> The question in each case is whether there is a connection or nexus between the employment enterprise and that wrong that justifies imposition of vicarious liability on the employer for the wrong . . . .
>
> Where the risk [created or materially enhanced by the enterprise] is closely associated with the wrong that occurred, it seems just that the entity that engages in the enterprise . . . should internalize the full cost of

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le présent pourvoi porte sur l'application du critère du « risque créé par l'entreprise » énoncé dans l'arrêt *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, et dans les décisions qui l'ont suivi. Comme il ressort de cette jurisprudence, pour que la responsabilité du fait d'autrui d'un employeur soit engagée en raison des délits intentionnels d'un employé, il doit exister un lien solide entre l'entreprise, l'autorité conférée à l'employé et le délit. 59

Le critère de l'arrêt *Bazley* est un critère complexe, souple et tributaire du contexte. Il exige que l'on procède à un examen de l'entreprise dans son ensemble. Une entreprise peut, compte tenu de la façon dont elle est exploitée, légitimer une conduite qui n'a rien à voir avec les fonctions qu'énonce une description d'emploi et selon le juge de première instance, c'était le cas de l'entreprise en cause. Si le critère juridique relatif à la responsabilité du fait d'autrui a été adéquatement articulé et appliqué, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance. À mon avis, le juge Cohen a correctement énoncé et appliqué le critère en question ([2001] B.C.J. No. 2700 (QL), 2001 BCSC 1783). Par conséquent, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir ((2003), 14 B.C.L.R. (4th) 99, 2003 BCCA 289). 60

I. Contexte

Le critère juridique élaboré par notre Cour pour déterminer si la responsabilité du fait d'autrui s'applique dans les cas de délits intentionnels comme l'agression sexuelle a été défini pour la première fois dans *Bazley*. On l'a qualifié de critère du risque créé par l'entreprise. La juge McLachlin résume ainsi la question qu'il faut se poser : 61

> Dans chaque cas, il s'agit de savoir s'il existe un lien entre l'entreprise qui procure l'emploi et la faute qui justifie l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur . . .
>
> Quand le risque [créé ou sensiblement accru par l'entreprise] est étroitement lié à la faute commise, il semble juste que l'entité qui a lancé l'entreprise [. . .] en assume le plein coût d'exploitation, y compris celui des

operation, including potential torts. . . . On the other hand, when the wrongful act lacks meaningful connection to the enterprise, liability ceases to flow. [Emphasis added; paras. 37-38.]

62 McLachlin J. stressed two important features of this test. The first is that the inquiry must focus on the strength of the causal link between the opportunity and the wrongful act. Mere opportunity to commit a tort is insufficient (*Bazley*, at para. 40; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570, at para. 51). Secondly, the employee's specific duties must be examined to determine whether they generated special opportunities for wrongdoing (*Bazley*, at para. 46; *K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51, at para. 19; and *John Doe v. Bennett*, [2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17, at para. 20).

63 McLachlin J. provided a non-exhaustive list of five factors in *Bazley* (at para. 41) which she held were relevant to an evaluation of the strength of the causal link between the enterprise and the wrongdoing in the context of intentional torts:

(a) the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power;

(b) the extent to which the wrongful act may have furthered the employer's aims . . .;

(c) the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise;

(d) the extent of the power conferred on the employee in relation to the victim;

(e) the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power.

64 In discussing how this analysis unfolds when the tort is sexual abuse, McLachlin J. explained:

[T]he test for vicarious liability for an employee's sexual abuse of a client should focus on whether the employer's enterprise and empowerment of the employee materially increased the risk of the sexual assault and hence the harm. [para. 46]

65 In other words, in assessing whether an employer should be held vicariously liable for the sexual

délits qui peuvent être commis. [. . .] Par contre, si l'acte fautif n'a aucun lien utile avec l'entreprise, il n'y a plus de responsabilité. [Je souligne; par. 37-38.]

La juge McLachlin insiste sur deux aspects importants de ce critère. D'abord, l'examen doit porter sur la solidité du lien de causalité entre l'occasion et l'acte fautif. La simple occasion de commettre un délit ne suffit pas (*Bazley*, par. 40; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570, par. 51). Ensuite, il faut examiner les tâches particulières de l'employé pour déterminer si elles lui ont donné des occasions spéciales de commettre une faute (*Bazley*, par. 46; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51, par. 19; et *Untel c. Bennett*, [2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17, par. 20).

Dans *Bazley* (par. 41), la juge McLachlin dresse une liste non exhaustive de cinq facteurs qu'elle a jugés pertinents pour évaluer la solidité du lien causal entre l'entreprise et la faute dans le contexte des délits intentionnels :

a) l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir;

b) la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur . . .;

c) la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur;

d) l'étendue du pouvoir conféré à l'employé relativement à la victime;

e) la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé.

En examinant la façon d'effectuer cette analyse lorsque le délit est une agression sexuelle, la juge McLachlin précise ce qui suit :

[L]e critère de la responsabilité du fait d'autrui découlant de l'agression sexuelle d'un client par un employé devrait être axé sur la question de savoir si l'entreprise de l'employeur et l'habilitation de l'employé ont accru sensiblement le risque d'agression sexuelle et, par conséquent, de préjudice. [par. 46]

Autrement dit, en examinant si un employeur devrait être tenu responsable du fait d'autrui en

assault of an employee, we look at the enterprise as a whole to determine whether the specific features of the enterprise and of the employment relationship created — or materially enhanced — the risk that the tort would occur.

raison de l'agression sexuelle commise par un employé, il faut procéder à un examen de l'entreprise dans son ensemble afin de déterminer si les caractéristiques particulières de cette entreprise et de la relation employeur-employé ont créé — ou sensiblement accru — le risque que le délit soit commis.

No one in this appeal impugns Cohen J.'s explication of the test for vicarious liability. Nor does anyone suggest that his findings of fact were not supported by the evidence, that he misapprehended the evidence or that he committed a palpable and overriding error. What is disputed is his application of the legal test to the facts.

66 Dans le présent pourvoi, nul ne conteste la façon dont le juge Cohen explique le critère relatif à la responsabilité du fait d'autrui. Nul ne prétend non plus que ses conclusions de fait n'étaient pas étayées par la preuve, qu'il a mal interprété la preuve ou qu'il a commis une erreur manifeste et déterminante. Le débat porte sur la façon dont il a appliqué le critère juridique aux faits de l'espèce.

Hall J.A., writing for a unanimous five-judge panel of the Court of Appeal (Esson, Saunders, Low and Smith JJ.A.), found that the trial judge, in focusing too heavily on opportunity and on what Cohen J. termed the "operational characteristics" of the Christie Residential School, had paid insufficient attention to the connection between Mr. Saxey's employment duties and the tort. His approach, the court felt, inappropriately broadened the test for vicarious liability, and did not

67 Dans l'arrêt unanime qu'il a rédigé au nom d'une formation de cinq juges de la Cour d'appel (les juges Esson, Saunders, Low et Smith), le juge Hall conclut que le juge de première instance, en insistant trop sur la question de l'occasion et sur ce que le juge Cohen a appelé les « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat Christie, n'a pas suffisamment prêté attention au lien entre les tâches de M. Saxey et le délit. La cour a estimé que dans sa démarche, le juge Cohen a élargi indûment le critère de la responsabilité du fait d'autrui et qu'il n'a pas

> pa[y] sufficient heed to the circumstance that, aside from opportunity, there was little else on which to base a finding of vicarious liability in this case. [para. 26]

> [TRADUCTION] tenu suffisamment compte du fait que rien, si ce n'est l'occasion, ne permettait de justifier en l'espèce l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui. [par. 26]

In the court's view, the more closely an employment situation mimics a parent-type relationship, the more appropriate is the imposition of vicarious liability. The Court of Appeal concluded that Mr. Saxey's job duties were insufficiently supervisory or parental in nature to support a finding of vicarious liability. With respect, I disagree with the Court of Appeal's approach and conclusions.

68 Selon la cour, plus une situation d'emploi s'apparente à une situation où il existe une relation de type parental, plus l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui se justifie. La Cour d'appel a conclu que les fonctions de M. Saxey comportaient trop peu de supervision ou étaient trop éloignées du rôle parental pour justifier l'imputation la responsabilité du fait d'autrui. En toute déférence, je ne partage pas la démarche et les conclusions de la Cour d'appel.

I acknowledge that the trial judge did not always make his findings of fact explicitly. He frequently set out witnesses' testimony and counsels'

69 Je reconnais que le juge de première instance n'a pas toujours exposé clairement ses conclusions de fait. Il a souvent énoncé des affirmations faites

arguments without directly stating that he was adopting the testimony or argument he was describing. It is my view, however, that a careful reading of his reasons as a whole makes it clear that he often implicitly adopted the interpretation of the testimony urged by plaintiff's counsel. Unless he stated the contrary, the trial judge appears to have discussed mainly the testimony and arguments he agreed with. They, along with his explicit ones, seem to me to represent his findings.

70 Cohen J. made findings available on the record which supported his conclusion that Christie, both as an enterprise and in the authority it provided to Mr. Saxey, materially enhanced the risk that eventually materialized, namely the sexual assault of E.B. by Mr. Saxey.

II. Analysis

71 As was pointed out in the reasons of Binnie J., the abuse of E.B. was systematic and horrifying. The trial judge found that the victim was sexually assaulted multiple times weekly for four to five years from 1957 to 1962 while he was a resident student at Christie. The assaults consisted of partial anal penetration, fondling and masturbation. They were committed by Martin Saxey, a violent offender convicted of manslaughter who was hired by the Order of the Oblates of Mary Immaculate ("Oblates") shortly after his release from prison.

72 These events occurred in the context of a residential school, where children were forcibly removed and segregated from their families to facilitate the obliteration of their Aboriginal identity. Few environments could be more conducive to enhancing the vulnerability of children. See, e.g., *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back* (1996), ch. 10; R. Claes and D. Clifton, *Needs and*

par les témoins et des arguments des avocats sans déclarer directement qu'il les faisait siens. Je suis toutefois d'avis qu'une lecture attentive de l'ensemble de ses motifs montre clairement que souvent, il acceptait implicitement l'interprétation des témoignages que faisait valoir l'avocat du plaignant. À moins qu'il n'indique le contraire, le juge de première instance semble avoir mentionné principalement les affirmations des témoins et les arguments qu'il acceptait comme siens. Ces affirmations et arguments, de même que les observations explicites du juge, me semblent constituer ses conclusions de fait.

Le juge Cohen a tiré des conclusions de fait que l'on trouve au dossier et qui lui permettaient de statuer que le pensionnat Christie, en tant qu'entreprise et du fait de l'autorité qu'il avait conférée à M. Saxey, a sensiblement accru le risque — qui s'est finalement matérialisé — que ce dernier agresse sexuellement E.B.

II. Analyse

Comme le signale le juge Binnie dans ses motifs, E.B. a subi d'horribles sévices qui lui ont été infligés de manière systématique. Le juge de première instance a conclu que, lors de son séjour de quatre à cinq ans au pensionnat Christie, de 1957 à 1962, la victime avait été agressée sexuellement à de nombreuses reprises chaque semaine. Les agressions comportaient des pénétrations anales partielles, des attouchements et la masturbation. Ces agressions ont été commises par Martin Saxey, un délinquant violent reconnu coupable d'homicide involontaire, que l'intimée, Order of the Oblates of Mary Imaculate (« Oblats »), a embauché peu de temps après sa sortie de prison.

Les événements se sont produits dans le contexte d'un pensionnat accueillant des enfants enlevés de force à leur famille et maintenus à l'écart de leur famille en vue de faciliter l'anéantissement de leur identité autochtone. Peu de situations seraient plus susceptibles d'accroître la vulnérabilité des enfants. Voir, p. ex. : *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir* (1996), ch. 10; R. Claes et D. Clifton, *Besoins et*

Expectations for Redress of Victims of Abuse at Residential Schools (1998); Law Commission of Canada, *Restoring Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions* (2000).

These are the pertinent realities which introduce the analysis in this case.

The *Bazley* vicarious liability test is focused on the creation and enhancement of enterprise risk. The term used by Cohen J., "operational characteristics", is simply another way of saying "enterprise". It seems to me that a proper application of this Court's vicarious liability jurisprudence, far from precluding an examination of an enterprise's operational characteristics, invites exactly this kind of scrutiny. The relevance of the five factors in *Bazley* lies in the realities of the operational workings of the enterprise under review.

A. *The Bazley Factors*

The first factor in *Bazley* is "the opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power". Cohen J. thoroughly discussed the question of opportunity and made a number of key factual findings. His first was about the high level of access Mr. Saxey was given to the children, observing:

> Saxey lived in the upper floor of a building situated on that portion of the grounds of Christie to which the junior and senior boys were given free access. Directly outside his window were the swings where children played. He had unrestricted access to everywhere where children might be found playing. [para. 108]

Cohen J. also noted that, in the words of one student, Mr. Saxey "lived in amongst us" (para. 109).

He also found that the school authorities permitted the students to form casual relationships with the lay staff. Not only did the children and the lay

attentes en matière de réparation pour les sévices commis contre les enfants placés dans les pensionnats pour enfants autochtones (1998); Commission du droit du Canada, *La dignité retrouvée : La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens* (2000).

73 Ce sont là les réalités qui servent de point de départ à l'analyse dans la présente affaire.

74 Le critère de la responsabilité du fait d'autrui énoncé dans l'arrêt *Bazley* est axé sur la création et l'accroissement du risque d'entreprise. L'expression « caractéristiques opérationnelles » qu'emploie le juge Cohen constitue simplement une autre façon d'exprimer la notion d'« entreprise ». Il me semble que, loin d'empêcher l'examen des caractéristiques opérationnelles d'une entreprise, l'application correcte des décisions de notre Cour relatives à la responsabilité du fait d'autrui commande justement ce genre d'étude approfondie. La pertinence des cinq facteurs énoncés dans *Bazley* repose sur les réalités du fonctionnement opérationnel de l'entreprise faisant l'objet de l'examen.

A. *Les facteurs de l'arrêt Bazley*

75 Le premier facteur de l'arrêt *Bazley* est « l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir ». Le juge Cohen a examiné en profondeur la question de l'occasion et a tiré plusieurs conclusions de fait déterminantes. La première conclusion concernait le fait que M. Saxey pouvait très facilement entrer en contact avec les enfants. Il a fait remarquer ce qui suit :

> [TRADUCTION] M. Saxey vivait à l'étage supérieur d'un édifice se trouvant sur le site du pensionnat Christie à un endroit où tant les plus jeunes garçons que les plus âgés avaient libre accès. Les balançoires où les enfants jouaient se trouvaient juste devant sa fenêtre. Il pouvait circuler librement partout où les enfants étaient susceptibles de jouer. [par. 108]

Le juge Cohen indique aussi que selon un élève, M. Saxey [TRADUCTION] « vivait parmi nous » (par. 109).

76 Le juge a aussi conclu que les autorités de l'école permettaient aux élèves d'établir des rapports informels avec le personnel laïque. Non seulement les

staff refer to each other by their first names, lay staff members were permitted to play with the children, including activities that involved physical contact.

77 Finally, Cohen J. found that the children were not always carefully supervised and were allowed to roam around school property, both outdoors and indoors, until bedtime. During much of this free time, no child care workers were present.

78 Although mere opportunity is insufficient to support a finding of vicarious liability, the link between the opportunity and the tort committed in this case is particularly strong. Mr. Saxey was given quarters in the middle of the school's property, was permitted to form relationships with vulnerable children, and could not have been unaware of the lax supervision prevalent at Christie.

79 The second *Bazley* factor is "the extent to which the wrongful act ... further[s] the employer's aims". As McLachlin J. explained in *Jacobi*, sexual molestation will never be any organization's aim:

> A second factor, whether these acts could be said to further the employer's aims, militates against finding liability. Clearly the Club was not in the business of molesting children. But this observation is almost tautological. This suggests that whether the wrongful act furthers the employer's aims is more relevant when it points the other way, i.e., because we assume that intentional torts do not further employers' ends, it is only remarkable when the intentional torts *do*, in fact, further those ends, making imposition of vicarious liability in those instances almost always appropriate. In the instant appeal, however, this factor is of little significance. [Emphasis in original; para. 15.]

The absence of evidence supporting this factor, therefore, has no bearing on this case.

enfants et les laïques s'appelaient-ils par leurs prénoms, mais ces derniers pouvaient jouer avec les enfants, notamment en participant à des activités impliquant un contact physique.

Enfin, le juge Cohen a conclu que les enfants n'étaient pas toujours étroitement surveillés et qu'on leur permettait de circuler à l'intérieur et à l'extérieur de l'école jusqu'à l'heure du coucher. Pendant la majeure partie de ces temps libres, les personnes chargées de s'occuper des enfants n'étaient pas présentes.

Même si une simple occasion ne suffit pas pour imputer la responsabilité du fait d'autrui, le lien entre l'occasion et le délit commis en l'espèce est particulièrement solide. Le logement fourni à M. Saxey se trouvait au centre du pensionnat, on lui permettait d'établir des relations avec des enfants vulnérables, et il ne pouvait ignorer que la surveillance au pensionnat Christie était relâchée.

Le deuxième facteur de l'arrêt *Bazley* consiste à évaluer « la mesure dans laquelle l'acte fautif peut avoir contribué à la réalisation des objectifs de l'employeur ». Comme l'a expliqué la juge McLachlin dans l'arrêt *Jacobi*, les atteintes à la pudeur ne s'inscriront jamais dans les objets d'une organisation :

> Un deuxième facteur, soit la question de savoir s'il était possible d'affirmer que les actes en cause contribuaient à la réalisation des objectifs de l'employeur, milite contre l'imputation de responsabilité. De toute évidence, l'entreprise du Club ne consistait pas à agresser sexuellement des enfants. Toutefois, cette observation est presque tautologique. Cela porte à croire que la question de savoir si l'acte fautif contribue à la réalisation des objectifs de l'employeur est plus pertinente lorsqu'elle laisse supposer le contraire, c'est-à-dire que, parce que nous présumons que des délits intentionnels ne contribuent pas à la réalisation des objectifs de l'employeur, ce facteur n'est remarquable que lorsque les délits intentionnels contribuent *effectivement* à la réalisation de ces objectifs, ce qui fait qu'il est presque toujours indiqué d'imputer la responsabilité du fait d'autrui dans ces cas-là. Dans le présent pourvoi, ce facteur a toutefois peu d'importance. [Souligné dans l'original; par. 15.]

L'absence de preuve à l'égard de ce facteur n'a donc pas d'incidence en l'espèce.

The third *Bazley* factor is "the extent to which the wrongful act was related to friction, confrontation or intimacy inherent in the employer's enterprise". In *Bazley*, McLachlin J. expressly recognized that in sexual assault cases,

> [t]he more the employer encourages the employee to stand in a position of respect and suggests that the child should emulate and obey the employee, the more the risk may be enhanced. [para. 44]

I agree with the trial judge that the power structure inherent in the employer's enterprise greatly increased the level of friction and confrontation, helping to create the conditions that led to the sexual assault of E.B. He found that the discipline at Christie was strict and harsh, and that order was maintained largely through fear and the threat of punishment. The students' daily life included physical and emotional violence, deprivation, belittling, and intimidation. Quoting a student, the trial judge observed:

> [F]ear played a large role in maintaining order and discipline within Christie during the time of the plaintiff's attendance. [para. 81]

He found further that the students were repeatedly told that they had to obey all staff members, including lay staff like Mr. Saxey. One student testified that the children were "slapped around" if they didn't listen to the staff, and E.B. testified that the religious staff would "threaten to shove a bar of soap in your mouth and wash out your mouth" if a child dared to speak out against a lay staff member. The trial judge found it particularly noteworthy that it was not only the children, but also two of the religious staff members, Brother Thomas Richard Cavanaugh and Sister Concepcion Anita Tavera, who confirmed that children were ordered to obey all staff members.

Le troisième facteur de l'arrêt *Bazley* consiste à évaluer « la mesure dans laquelle l'acte fautif était lié à la situation de conflit, d'affrontement ou d'intimité propre à l'entreprise de l'employeur ». Dans *Bazley*, la juge McLachlin a expressément reconnu que dans les cas d'agression sexuelle, 80

> [p]lus l'employeur encourage l'employé à imposer le respect autour de lui et propose que l'enfant imite cet employé et lui obéisse, plus le risque est susceptible de croître. [par. 44]

Comme le juge de première instance, je suis d'avis que la structure du pouvoir inhérente à l'entreprise de l'employeur a grandement accru les tensions et la confrontation, ce qui a contribué à mettre en place les conditions qui ont conduit à la perpétration des agressions sexuelles contre E.B. Le premier juge a conclu que les règles de discipline au pensionnat Christie étaient strictes et dures et qu'on comptait beaucoup sur la peur et les menaces de punition pour maintenir l'ordre. La violence morale et physique, la privation, l'humiliation et l'intimidation faisaient partie de la vie quotidienne des élèves. Citant un élève, le juge de première instance a fait remarquer ce qui suit : 81

> [TRADUCTION] [L]a peur jouait un grand rôle dans le maintien de l'ordre et de la discipline au pensionnat Christie à l'époque où le demandeur fréquentait l'établissement. [par. 81]

Le juge de première instance a en outre conclu que l'on disait sans cesse aux élèves qu'ils devaient obéir à tous les employés, y compris aux membres du personnel laïque comme M. Saxey. Un élève a déclaré que les enfants [TRADUCTION] « recevaient des taloches » s'ils n'obéissaient pas au personnel, et E.B. a dit dans son témoignage que les religieux [TRADUCTION] « [nous] menaçaient de nous mettre une barre de savon dans la bouche et de nous laver la bouche » si un enfant osait parler contre un employé laïque. Le juge du procès a estimé particulièrement significatif que non seulement les enfants, mais aussi deux membres du personnel religieux, le frère Thomas Richard Cavanaugh et la sœur Concepcion Anita Tavera, aient confirmé qu'on ordonnait aux enfants d'obéir à tous les membres du personnel. 82

83 Finally, although it is unclear whether the lay staff had the same power to administer corporal punishment to the children as the religious staff, the trial judge accepted the expert testimony of Dr. Paul Janke in this regard. Dr. Janke was of the view that this was "[o]nly slightly" relevant because he "would expect a child in that setting to generalize that fear to all the adults that were dealing with him". The trial judge was entitled to accept this evidence of what a child in these circumstances would perceive. As McLachlin J. explained in *Jacobi*:

> [I]t is certainly appropriate to consider what a reasonable child would think of the employee's position in assessing whether the employer should be held vicariously liable for the employee's tort. [para. 18]

84 The fourth *Bazley* factor is "the extent of power conferred on the employee". It is under the rubric of this factor that the actual job duties and responsibilities of the employee are best assessed. Job duties are undoubtedly also connected to other *Bazley* factors, such as the "opportunity that the enterprise afforded the employee to abuse his or her power". However, in my view, Mr. Saxey's job duties and responsibilities, and the way in which those duties and responsibilities were allocated, are most relevant to the question of how much power the Oblates gave him.

85 The trial judge found that Mr. Saxey's employment duties, powers and responsibilities were not clearly delineated. He was variably described as a baker, a boat operator, a maintenance person, a freight worker, a garbage person, or some combination of these. The ambiguity surrounding Mr. Saxey's job duties was exacerbated by the fact that work assignments were entirely verbal.

86 Moreover, it was the evidence of the religious staff members that Christie was the kind of place where everyone was expected to contribute to all tasks. As a number of them said, Christie was not

Enfin, bien qu'il n'ait pas été clairement établi que les employés laïques avaient, tout autant que le personnel religieux, le pouvoir d'infliger des châtiments corporels aux enfants, le juge de première instance a retenu le témoignage d'expert du Dr Paul Janke à ce sujet. Le Dr Janke était d'avis que cette question avait [TRADUCTION] « [b]ien peu » d'importance parce qu'il [TRADUCTION] « jugeait naturel que dans un tel environnement un enfant éprouve un sentiment de peur à l'égard de tous les adultes auxquels il avait affaire ». Le juge de première instance pouvait à bon droit accepter cette preuve visant à établir ce qu'un enfant penserait dans de telles circonstances. Comme l'a expliqué la juge McLachlin dans *Jacobi* :

> il convient sûrement, pour déterminer si la responsabilité du fait d'autrui de l'employeur devrait être engagée en raison du délit de l'employé, de tenir compte de ce qu'un enfant raisonnable penserait de la situation de cet employé. [par. 18]

Le quatrième facteur de l'arrêt *Bazley* est « l'étendue du pouvoir conféré à l'employé ». C'est dans le cadre de l'analyse de ce facteur qu'il convient le mieux d'examiner les fonctions et les responsabilités de l'employé. Il ne fait pas de doute qu'il existe un lien entre les fonctions et d'autres facteurs de l'arrêt *Bazley*, comme « l'occasion que l'entreprise a fournie à l'employé d'abuser de son pouvoir ». Toutefois, j'estime que les fonctions et les responsabilités de M. Saxey et la manière dont celles-ci lui ont été confiées se rapportent plus particulièrement à l'ampleur des pouvoirs que les Oblats lui ont confiés.

Le juge de première instance a conclu que les fonctions, les pouvoirs et les responsabilités de M. Saxey n'étaient pas clairement circonscrits. Il était, à la fois ou alternativement, un boulanger, un conducteur d'embarcation à moteur, un homme d'entretien, un manutentionnaire ou un responsable des déchets. L'ambiguïté des fonctions de M. Saxey était par ailleurs accrue du fait que ses tâches lui étaient assignées verbalement.

De plus, selon les témoignages des membres du personnel religieux, au pensionnat Christie, on s'attendait à ce que chacun des membres du personnel participe à toutes les tâches. Comme plusieurs d'entre

the kind of place where staff members refused to help out because a particular task was not in their job description. Consequently, all employees were expected to help out with the supervision of the children.

Significant too is the trial judge's finding that Mr. Saxey's job as baker required him to directly supervise children during their kitchen and bakery-related chores. Within this domain, Mr. Saxey was completely in charge and had powers second only to the principal. Not only did this include supervising children, it also included assigning them "on the spot" chores while supervising their assigned chores at the bakery. The trial judge was well aware that E.B. never worked directly with Mr. Saxey in the bakery, but because he made a factual finding that E.B. knew about Mr. Saxey's supervisory role there, he concluded that E.B. viewed Mr. Saxey as a person of power and authority.

The Court of Appeal concluded that there was an insufficient nexus between the employment duties of Mr. Saxey and the tort of sexual assault, and designated Mr. Saxey as a "modest labour[er]" (para. 56). This is in stark contradiction to the trial judge's factual findings that strongly support the existence of a strong connection and his findings that Mr. Saxey had responsibility for helping the religious staff with all school-related tasks, including child care and supervision, and a role that included supervising children on a daily basis and assigning chores to them. A July 1960 letter written by Principal Allan Noonan describes Mr. Saxey as the "main cog around here right now". The failure to strictly delineate his official duties served to increase his authority. The breadth and amorphous nature of the employment duties given to him, and the way in which those duties were allocated by the school's administration, gave him both actual and perceived power over the students.

eux l'ont dit, le pensionnat n'était pas le genre d'établissement où les membres du personnel refusaient de participer à une tâche particulière parce qu'elle ne figurait pas dans leur description de travail. Par conséquent, il était normal que tous les employés prennent part à la supervision des enfants.

87 Est également significative la conclusion du juge de première instance selon laquelle, en tant que boulanger, M. Saxey était directement appelé à surveiller des enfants pendant qu'ils étaient de corvée à la cuisine ou à la boulangerie. Dans ce domaine, M. Saxey assumait l'entière responsabilité et seul le directeur avait plus de pouvoirs que lui. Non seulement pouvait-il surveiller les enfants, mais il pouvait aussi, pendant qu'il supervisait leur travail à la boulangerie, leur attribuer aussi des tâches à accomplir « sur-le-champ ». Le juge de première instance savait fort bien que E.B. n'avait jamais travaillé directement avec M. Saxey à la boulangerie, mais comme il a conclu en fait que E.B. était conscient du rôle de surveillant de M. Saxey à la boulangerie, il a conclu que E.B. considérait M. Saxey comme une personne en autorité.

88 La Cour d'appel a conclu que le lien entre les fonctions de M. Saxey et le délit d'agression sexuelle était trop ténu et elle a dit de M. Saxey qu'il était un [TRADUCTION] « modeste travailleur » (par. 56). Elle contredit nettement les conclusions de fait du juge de première instance qui étayent fortement l'existence d'un lien solide, ainsi que ses conclusions relatives à la responsabilité qu'avait M. Saxey d'aider le personnel religieux dans toutes les tâches connexes à la vie scolaire, y compris les soins aux enfants et la surveillance; elle contredit également sa conclusion selon laquelle le rôle de M. Saxey comprenait la supervision des enfants sur une base quotidienne et l'assignation de leurs corvées. Dans une lettre écrite au mois de juillet 1960, le directeur Allan Noonan dit que M. Saxey est [TRADUCTION] « pour l'heure, le rouage essentiel ici ». L'autorité de M. Saxey se trouvait accrue du fait que ses fonctions n'étaient pas rigoureusement circonscrites. L'étendue et la nature imprécise des fonctions qui lui étaient confiées, et la manière dont celles-ci lui étaient assignées par l'administration de l'école, le plaçaient, tant au yeux des élèves que dans les faits, en position d'autorité par rapport à ceux-ci.

89 The final *Bazley* factor is "the vulnerability of potential victims to wrongful exercise of the employee's power". Cohen J. found, in discussing Christie's "operational characteristics", that, consistent with all of the official inquiries into and research on Indian residential schools, the children at Christie were profoundly vulnerable.

90 He focused on their isolation. The children at Christie were separated from their parents for long periods of time, year after year; sisters and brothers were separated; and older siblings were separated from younger ones. The trial judge recognized that although E.B. had a number of adult relatives living at Christie, including grandparents, he was prevented from maintaining a close relationship with them. There was, as a result, no meaningful mitigation of his sense of isolation. This familial isolation was aggravated by geography. Christie, accessible only by boat and only in good weather, had no docking facilities.

91 The vulnerability created by this geographic and personal isolation was compounded by the harsh disciplinary regime consisting of routine corporal punishment, threats of such punishment and repeated orders to obey all staff members. The result, as found by the trial judge, was children who were young, afraid, isolated, intimidated and conditioned to obey adults, especially school staff members. It is difficult to imagine a more vulnerable group of potential victims.

B. *The Court of Appeal's Assessment*

92 It is against this background that I return to the Court of Appeal's analysis. The Court of Appeal made a number of factual assertions which are, with respect, unsupported by the record and in unexplained contradiction to the findings made by the trial judge. There was no suggestion that the

Le dernier facteur énoncé dans *Bazley* est « la vulnérabilité des victimes potentielles à l'exercice fautif du pouvoir de l'employé ». Constatant qu'il s'agissait d'une conclusion compatible avec toutes les enquêtes officielles et les recherches portant sur les pensionnats autochtones, le juge Cohen a conclu dans le cadre de son examen des « caractéristiques opérationnelles » du pensionnat Christie que les enfants de cet établissement étaient extrêmement vulnérables.

Il a insisté sur leur l'isolement. Au pensionnat Christie, les enfants étaient séparés de leurs parents pendant de longues périodes, année après année, les frères et les sœurs étaient séparés les uns des autres; les plus âgés étaient tenus à l'écart des plus jeunes. Le juge de première instance a constaté que même si un certain nombre de parents adultes de E.B. vivaient au pensionnat, notamment ses grands-parents, on l'empêchait d'entretenir des liens étroits avec eux. Par conséquent, son sentiment d'isolement n'était aucunement atténué. La situation géographique accentuait encore l'isolement familial. Le pensionnat Christie, qui était accessible seulement par bateau et par beau temps, n'avait pas de débarcadère.

La vulnérabilité des enfants en raison de l'isolement sur le plan géographique et personnel était aggravée par le régime disciplinaire sévère, comportant des châtiments corporels infligés sur une base régulière, des menaces de châtiments et des ordres maintes fois répétés d'obéir à tous les membres du personnel. On avait donc, comme le juge de première instance l'a constaté, des enfants jeunes, effrayés, isolés, intimidés et réduits à l'obéissance aux adultes, en particulier aux membres du personnel enseignant. Il est difficile d'imaginer un groupe de victimes potentielles plus vulnérable.

B. *L'analyse faite par la Cour d'appel*

C'est dans ce contexte que je reviens à l'analyse faite par la Cour d'appel. Celle-ci a posé un certain nombre d'affirmations de fait qui ne sont pas étayées par le dossier et qui contredisent sans justification les conclusions de fait du juge de première instance. La Cour d'appel n'a aucunement laissé entendre que le

trial judge misapprehended the evidence or committed any palpable or overriding error. Nor did it purport to overturn his findings. Rather, the Court of Appeal took a different view of the evidence, appropriating the trial judge's function by substituting its own findings of fact. It was of course open to the Court of Appeal to find, on reviewing the record, that the trial judge's findings were unsupported by the evidence. By ignoring instead many of his key factual findings and substituting its own version of the evidence, the Court of Appeal was replacing, rather than reviewing, his reasons.

The Court of Appeal's independent finding, for example, that the inspections at the school revealed an enthusiastic body of students and staff, is reflective of its reinterpretation of the evidence heard at trial:

> It appears from the evidence that, although the buildings were getting on in age and the growing enrolment strained the school facilities, it was perceived by those conducting inspections at the school that there was enthusiasm on the part of the teaching staff and the students. [para. 7]

The trial judge, in his extensive reasons of 335 paragraphs after 15 days of trial, never discussed the inspection reports in his judgment and made no findings about their reliability. What he clearly did find, however, was that E.B.'s testimony about his abuse was "reliable" (para. 31), and that the testimony of religious staff members at Christie was "self-serving" and "not [to] be accorded substantial weight" (para. 41). His findings are consistent with the Royal Commission on Aboriginal Peoples' conclusion that inspection reports are rarely reliable, often resulting from duplicity on the part of school officials. The trial judge's conclusions are, at the very least, implicit rejections of the suggestions in the inspection reports that the environment at Christie was a halcyon one.

juge de première instance a mal interprété la preuve ou qu'il a commis une erreur manifeste ou dominante. Elle n'entendait pas non plus infirmer ses conclusions. La Cour d'appel a plutôt interprété la preuve différemment et elle s'est appropriée le rôle du juge de première instance en substituant ses propres conclusions de fait aux siennes. La Cour d'appel pouvait certes conclure, dans le cadre de l'examen du dossier, que les conclusions du juge de première instance ne s'appuyaient pas sur la preuve. En faisant plutôt abstraction de plusieurs des principales conclusions de fait du premier juge pour y substituer sa propre interprétation de la preuve, la Cour d'appel a remplacé ses motifs au lieu de les contrôler.

93 À titre d'exemple, la Cour d'appel a, de manière indépendante, conclu que des inspections à l'école avaient révélé que le personnel et les étudiants formaient un groupe enthousiaste, ce qui montre qu'elle a réinterprété la preuve présentée lors du procès :

> [TRADUCTION] Il ressort de la preuve que même si les bâtiments montraient des signes de vétusté et le nombre croissant d'élèves mettait à l'épreuve les équipements scolaires, les personnes qui ont participé aux inspections à l'école ont considéré que les membres du personnel enseignant et les élèves faisaient preuve d'enthousiasme. [par. 7]

Il n'est aucunement question des rapports d'inspection et de leur fiabilité dans les 335 paragraphes que comportent les motifs détaillés rédigés, après 15 jours de procès, par le juge de première instance. Toutefois, il a effectivement conclu que le témoignage de E.B. en ce qui concerne les agressions qu'il a subies était [TRADUCTION] « digne de foi » (par. 31) et que les témoignages des membres du personnel religieux du pensionnat étaient [TRADUCTION] « intéressés » et qu'il ne fallait [TRADUCTION] « pas [y] accorder un poids considérable » (par. 41). Ses conclusions sont compatibles avec celles de la Commission royale sur les peuples autochtones portant que les comptes rendus d'inspection sont rarement fiables et sont souvent le fruit d'une certaine duplicité de la part des autorités scolaires. À tout le moins, les conclusions du juge de première instance rejettent de manière implicite les rapports d'inspection dans la mesure où on y laisse entendre que le bonheur régnait au pensionnat Christie.

94 The Court of Appeal also observed that a school principal at Christie testified that children were not permitted to work in areas like the kitchen or bakery. The trial judge, however, extensively discussed the contradictions in the oral and documentary evidence on this issue and concluded that it supported the position that children did in fact work in the kitchen and/or bakery and that Mr. Saxey supervised them there. The Court of Appeal simply disregarded this factual finding and substituted its own.

La Cour d'appel a aussi fait remarquer qu'un des directeurs du pensionnat Christie a déclaré que les enfants n'étaient pas autorisés à travailler à certains endroits comme la cuisine ou la boulangerie. Le juge de première instance a toutefois examiné en détail les contradictions que comportait à ce sujet la preuve testimoniale et documentaire et il a conclu que cette preuve corroborait le fait que des enfants travaillaient effectivement à la cuisine et à la boulangerie et que M. Saxey les surveillait lorsqu'ils s'y trouvaient. La Cour d'appel n'a tout simplement pas tenu compte de cette conclusion de fait et elle y a substitué la sienne.

95 The Court of Appeal also found that another adult staff member, Barney Williams, sometimes shared Mr. Saxey's upstairs quarters. At trial, this was relevant to the question of whether the sexual assaults had been proven. The Court of Appeal's finding contradicts that of the trial judge that there was insufficient evidence to support Mr. Williams' residence there. As the trial judge explained:

La Cour d'appel a aussi conclu que Barney Williams, un autre adulte membre du personnel, partageait parfois le logis de M. Saxey à l'étage supérieur. Au procès, il s'agissait d'un élément pertinent à la question de savoir si les agressions sexuelles avaient été prouvées. La conclusion de la Cour d'appel contredit celle du juge de première instance selon laquelle il n'y avait pas de preuve suffisante démontrant que M. Williams avait logé à cet endroit. Comme le juge de première instance l'a expliqué :

> [T]he defendant Williams' testimony about Mr. Barney Williams sharing Saxey's living quarters was by way of an affirmative answer to a leading question in cross-examination, and . . . there was no other evidence on this point from any source, nor an indication of where the factual or evidentiary foundation for the leading question came from. [para. 46]

> [TRADUCTION] [L]e témoignage du défendeur, M. Williams, concernant le fait que M. Barney Williams avait partagé le logis de M. Saxey a été donné en réponse à une question suggestive qui lui a été posée en contre-interrogatoire, et [. . .] il n'y avait aucune preuve provenant d'une autre source sur ce point et rien ne permet d'établir sur quel fait ou élément de preuve reposait cette question suggestive. [par. 46]

He explained further that he drew an adverse inference from defence counsel's failure to question any other witnesses about whether Mr. Williams actually lived upstairs with Mr. Saxey.

Il a de plus précisé avoir tiré une conclusion défavorable parce que l'avocat du défendeur n'a interrogé aucun autre témoin sur la question de savoir si M. Williams avait effectivement habité avec M. Saxey à l'étage supérieur.

96 The Court of Appeal's conclusions, moreover, that Mr. Saxey "was assigned no supervisory or child-care duties respecting pupils at the school", that "[n]one of his employment duties had the remotest connection to dealing with the pupils at the school in any supervisory or parental fashion", and that "[n]o authority had been conferred on Saxey to direct, care for or discipline the pupils" (para. 54) are in direct contradiction to Cohen J.'s

En outre, les conclusions de la Cour d'appel (au par. 54) selon lesquelles on ne lui [M. Saxey] [TRADUCTION] « avait confié aucune tâche relative à la surveillance des élèves ou aux soins devant leur être apportés », [TRADUCTION] « [l]es fonctions de M. Saxey ne supposaient aucunement qu'il exerce un rôle de surveillance ou un rôle parental en ce qui concerne les élèves », et [TRADUCTION] « [o]n n'avait pas autorisé M. Saxey à diriger ou à punir

findings that children who worked in the kitchen were instructed by the kitchen staff, that lay staff supervised the children's chores, that Mr. Saxey gave rides to the children on the tractor and that children were involved in the daily task of bread baking, supervised by Mr. Saxey. The trial judge also found that

les élèves ou encore à prendre soin d'eux » viennent directement contredire les conclusions du juge Cohen que les membres du personnel laïque de la cuisine donnaient des directives aux enfants qui travaillaient à la cuisine, qu'ils les supervisaient dans l'exécution de leurs corvées, que M. Saxey faisait faire des tours de tracteur aux enfants et que ces derniers participaient, sous la supervision de M. Saxey, à la fabrication quotidienne du pain. Le juge de première instance est aussi arrivé à la conclusion suivante :

as the staff member responsible for bread baking, Saxey would certainly have had implicit, and probably had explicit authority over the children performing kitchen and bakery-related chores . . . . [para. 103]

[TRADUCTION] . . . en tant que responsable de la fabrication du pain, M. Saxey avait sans aucun doute, à tout le moins implicitement et vraisemblablement de manière expresse, autorité sur les enfants qui étaient de corvée à la cuisine ou à la boulangerie . . . [par. 103]

Arguably the most problematic of the Court of Appeal's new factual finding was its statement that

97 Parmi les nouvelles conclusions de fait tirées par la Cour d'appel, celle-ci qui soulève peut-être le plus de difficultés :

[t]hose witnesses who could recall E.B. testified that he was perceived as a happy and satisfactory student with no particular problems. [para. 13]

[TRADUCTION] . . . les témoins en mesure de se souvenir de E.B. ont déclaré qu'il était perçu comme un élève correct qui était heureux et qui n'avait pas de problèmes particuliers. [par. 13]

There is no reference in the Court of Appeal's reasons to the trial judge's explicitly contrary credibility findings in connection with this issue. E.B.'s evidence, which the trial judge accepted, was that he was very unhappy at Christie. Four religious staff members had testified that E.B. was happy and well-adjusted. Not only did the trial judge find these witnesses to be unreliable and not credible, but only one of them was even at Christie during the period when the sexual assaults occurred. The exception, Sister Mary Laura, arrived at Christie in 1960, four years after E.B. arrived there.

98 Les motifs de la Cour d'appel ne font aucunement état des conclusions nettement contraires du juge de première instance concernant la force probante de la preuve soumise à cet égard. Dans son témoignage, que le juge du procès a retenu, E.B. affirme qu'il était très malheureux au pensionnat Christie. Quatre membres du personnel religieux ont dit quant à eux qu'il était un élève heureux et bien adapté. Non seulement le juge de première instance a-t-il jugé que ces témoins n'étaient pas fiables ni dignes de foi, un seul d'entre eux se trouvait au pensionnat Christie à l'époque où les agressions ont été commises. La sœur Mary Laura, la seule qui s'y trouvait à l'époque pertinente, est arrivée au pensionnat en 1960, quatre ans après l'arrivée de E.B.

In addition to substituting its own and sometimes contrary findings of fact without explaining why those of the trial judge should be disregarded, the Court of Appeal appears to have mischaracterized the trial judge's reasons in at least one significant way, namely its observation that vicarious

99 Non seulement la Cour d'appel substitue-t-elle ses propres conclusions de fait — parfois contraires — à celles du premier juge sans expliquer pourquoi ces dernières devraient être écartées, mais elle semble avoir mal qualifié les motifs du juge de première instance, et ce d'au moins une façon

liability was imposed by the trial judge because adults at the school were to be treated with respect:

> The trial judge in the case at bar appeared to take the view that because the children at the residential school were advised to treat adults at the school with respect, that this somehow conferred an ability on Saxey to exert authority over [E.B.] and increased the risk that [he] would be sexually assaulted by Saxey. [para. 52]

This unfairly oversimplifies the trial judge's reasons. The trial judge made many factual findings supportive of his conclusion that vicarious liability should be imposed, of which only one was his finding that children were required to treat adults with respect. By condensing the trial judge's lengthy and thorough analysis into a single sentence, the Court of Appeal was insufficiently attentive to the complexity of his analysis.

100 The articulation and application of the legal test is also somewhat problematic. In *Jacobi*, both the majority (at para. 64) and the dissent (at para. 26) held that the creation of a parent-like relationship is not a precondition to imposing vicarious liability. In contradiction to this conclusion, as Binnie J. points out, the Court of Appeal appears to have overemphasized the existence or lack thereof of a parent-type relationship. The Court of Appeal stated:

> [I]t appears to me that the more closely an employment situation mimics a parental type relationship, the more likely it is that liability will be imposed on a vicarious basis. . . . There is often in such cases a measurable risk created by the position and employment duties assigned by the defendant employer to the tortfeasor employee. [para. 51]

101 I also have difficulty with the Court of Appeal's proposition that its conclusion is driven in part by established precedent:

> [T]he earlier precedents of the decided cases should be found to unambiguously point in the direction of not supporting a finding of vicarious liability against

importante, lorsqu'elle a fait remarquer que le premier juge avait imputé la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur parce que les adultes du pensionnat devaient être traités avec respect :

> [TRADUCTION] En l'espèce, le juge de première instance semble avoir estimé qu'en demandant aux enfants du pensionnat de traiter les adultes qui s'y trouvaient avec respect, on avait en quelque sorte permis à M. Saxey d'exercer son autorité sur [E.B.] et augmenté le risque que ce dernier soit agressé sexuellement par M. Saxey. [par. 52]

Cette remarque simplifie à l'excès et injustement les motifs du juge de première instance. Ce dernier s'est appuyé sur plusieurs conclusions de fait pour décider d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur, et une seule d'entre elles concerne le fait qu'on exigeait des enfants qu'ils portent respect aux adultes. En condensant en une seule phrase l'analyse approfondie du juge de première instance, la Cour d'appel n'a pas suffisamment prêté attention à la complexité de son analyse.

La formulation et l'application du critère juridique soulèvent également des difficultés. Dans *Jacobi*, tant les juges majoritaires (par. 64) que les juges dissidents (par. 26) ont statué que la création d'une relation de type parental ne constitue pas une condition préalable de la responsabilité du fait d'autrui. Contredisant cette conclusion, comme le fait remarquer le juge Binnie, la Cour d'appel semble avoir trop insisté sur l'existence — ou l'absence — d'une relation de type parental. La Cour d'appel a affirmé ce qui suit :

> [TRADUCTION] [I]l me semble que plus la situation d'emploi s'apparente à une situation où existe une relation de type parental, plus il est probable que la responsabilité du fait d'autrui sera engagée. [. . .] Dans de tels cas, il existe souvent un risque mesurable créé par le poste et les tâches que l'employeur défendeur a assignés à l'employé auteur de la faute. [par. 51]

J'ai également de la difficulté à accepter la proposition de la Cour d'appel selon laquelle sa conclusion est en partie dictée par la jurisprudence :

> [TRADUCTION] [I]l y a lieu de constater que la jurisprudence amène sans ambiguïté le tribunal à conclure qu'il ne peut statuer que la responsabilité du fait d'autrui

the [Oblates] for the wrongful conduct of Saxey. [para. 55]

des [Oblats] est engagée en raison de l'acte fautif de M. Saxey. [par. 55]

I agree with Binnie J. that there is no clear governing precedent. Only four previous cases have addressed the issue of vicarious liability for sexual assaults committed in the residential school context. Two involved dorm supervisors: *M. (F.S.) v. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301 (B.C.S.C.), and *B. (W.R.) v. Plint* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18 (S.C.). Two others involved the same school administrator who had parent-like authority and the power to discipline children: *D.W. v. Canada (Attorney General)* (1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187; and *V.P. v. Canada (Attorney General)* (1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180. The courts in all four cases imposed vicarious liability. 102

Je conviens avec le juge Binnie qu'il n'existe pas de précédents clairs. Seulement quatre décisions portent sur la question de la responsabilité du fait d'autrui relativement à des agressions sexuelles commises dans des pensionnats. Deux impliquent des surveillants de dortoirs : *M. (F.S.) c. Clarke*, [1999] 11 W.W.R. 301 (C.S.C.-B.), et *B. (W.R.) c. Plint* (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18 (C.S.). Les deux autres concernent le même administrateur d'école qui tenait un rôle de type parental et qui avait le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires aux enfants : *D.W. c. Canada (Attorney General)* (1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187, et *V.P. c. Canada (Attorney General)* (1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180. Dans tous ces cas, les tribunaux ont retenu la responsabilité du fait d'autrui.

These cases are distinguishable because they all involve employees whose job responsibilities, unlike Mr. Saxey's, explicitly centred on supervising, disciplining and caring for the students. In other cases relied on by the Court of Appeal, like *G. (E.D.) v. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89 (S.C.), the sexual assaults did not take place in the residential facility context. This is relevant because of the unique and extreme vulnerability residential schools created. *G. (E.D.)* involved a sexual assault perpetrated by a janitor at a public school. A public school is not the functional equivalent of a residential school like Christie. 103

Ces décisions se distinguent parce qu'elles concernent toutes des employés dont les responsabilités, contrairement à M. Saxey, comportaient explicitement le soin et la supervision des élèves, et l'imposition de mesures disciplinaires. Dans les autres décisions sur lesquelles s'appuie la Cour d'appel, comme *G. (E.D.) c. Hammer* (1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89 (S.C.), les agressions sexuelles n'ont pas été commises dans un pensionnat. Ce point mérite d'être relevé vu l'unique et extrême vulnérabilité qu'ont créée les pensionnats. Dans *G. (E.D.)*, il s'agissait d'une agression sexuelle commise par un concierge d'une école publique. Une école publique ne saurait être assimilée, sur le plan du fonctionnement, à un établissement comme le pensionnat Christie.

I have the most difficulty with the Court of Appeal's conclusion essentially ignoring the trial judge's textured legal and factual *Bazley* analysis and suggesting that his conclusion was based merely on opportunity: 104

J'ai encore plus de mal à accepter la conclusion par laquelle la Cour d'appel fait pour ainsi dire abstraction de l'analyse juridique et factuelle de l'arrêt *Bazley* que le juge de première instance a menée avec nuance et par laquelle elle donne à entendre que le premier juge a fondé sa décision simplement sur l'occasion :

If Saxey, in his modest labouring position at Christie school, could be held to be an individual whose assaultive conduct should result in the imposition of vicarious

[TRADUCTION] S'il fallait conclure que M. Saxey, un modeste travailleur au pensionnat Christie, est une personne dont la conduite agressive doit engager la

liability on the [Oblates] for such actions, then it is difficult to envisage any residential school situation involving intentional wrongdoing by an employee where such liability would not be imposed. [para. 56]

105 There is no doubt that if the trial judge had imposed vicarious liability on the basis of "mere opportunity", without due regard for employment duties, vicarious liability would be improperly transformed into strict liability. The Court of Appeal was rightly alive to this concern. However, the trial judge did not rely on "mere opportunity". His decision was based on his assessment of this particular employee's duties in this particular setting. Christie was found to operate in a way that increased the risk of sexual assault, and Mr. Saxey was found to have been given job duties and responsibilities that, because of their substance and the way they were allocated, exploited this risk.

106 Because the trial judge's decision was anchored in the specifics of Mr. Saxey's situation, the torts of other employees at Christie will not necessarily lead to vicarious liability on the part of the Oblates. As for this case's application to other residential schools, if those schools are found to have different operational characteristics, or if an employee's duties are found to be less integral to the facility or to the management of children, vicarious liability will not be imposed.

C. *The Standard of Review*

107 As Binnie J. points out, the standard of review for questions of mixed fact and law, defined as those that involve the application of a legal standard to a set of facts, is usually the deferential palpable and overriding error standard: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at paras. 26-28. However, the *Housen* majority also noted that an error about a question of mixed fact and law can, when the legal principle is easily extricable, be subject to the less deferential standard of

responsabilité du fait d'autrui des [Oblats], on pourrait difficilement envisager le cas où la faute intentionnelle d'un employé dans un pensionnat n'engagerait pas la responsabilité du fait d'autrui. [par. 56]

Il est certain que si le juge de première instance avait retenu la responsabilité du fait d'autrui en se fondant sur la « simple occasion », sans prendre en compte comme il se doit les fonctions de l'employé, la responsabilité du fait d'autrui aurait été irrégulièrement assimilée à la responsabilité stricte. La Cour d'appel avait raison d'exprimer cette crainte. Cependant, le juge de première instance ne s'est pas appuyé sur la « simple occasion ». Sa décision était fondée sur les fonctions particulières qu'exerçait cet employé dans ce milieu particulier. Il a conclu que le fonctionnement du pensionnat Christie avait augmenté le risque d'agression sexuelle, et que M. Saxey s'était vu confier des fonctions et des responsabilités qui, en raison de leur nature et de la manière dont elles lui avaient été assignées, alimentaient le risque.

Étant donné que les particularités de la situation de M. Saxey servent d'assise à la décision du juge de première instance, les Oblats ne seront pas nécessairement tenus responsables du fait d'autrui pour les délits commis par d'autres employés du pensionnat Christie. Pour ce qui est de la possibilité que la décision en l'espèce s'applique à l'égard d'autres pensionnats, la responsabilité du fait d'autrui de ceux-ci ne sera pas engagée si leurs caractéristiques opérationnelles diffèrent de celles du pensionnat Christie ou si les fonctions des employés en cause sont jugées moins inhérentes à l'établissement ou à la prise en charge des enfants.

C. *La norme de contrôle*

Comme le fait remarquer le juge Binnie, la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit, que l'on définit comme étant celles qui comportent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits, est habituellement l'erreur manifeste et dominante, une norme empreinte de déférence : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 26-28. Toutefois dans *Housen*, les juges majoritaires ont aussi souligné que l'erreur portant sur une question mixte de fait et de

correctness. The Court explained that, generally, however,

droit peut, lorsqu'elle implique un principe juridique facilement isolable, être assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte qui fait appel à une déférence moins grande. La Cour explique cependant que, de manière générale,

> where the issue on appeal involves the trial judge's interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error. [para. 36]

> si la question litigieuse en appel soulève l'interprétation de l'ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. [par. 36]

Binnie J. concludes that Cohen J. failed to properly apply the *Bazley* test and thus committed an extricable error of principle that amounts to an error of law. With respect, I see no such error. As this Court made clear in *Bazley*, the test for vicarious liability is not a mechanical one, and the list of factors enumerated is not exhaustive. The trial judge's reasons fit squarely into the blueprint created by this Court's established vicarious liability jurisprudence. He not only correctly stated the legal test, but made the necessary factual findings to support his decision to impose liability.

108 Le juge Binnie conclut que le juge Cohen n'a pas correctement appliqué le critère de l'arrêt *Bazley* et qu'il a ainsi commis une erreur de principe équivalent à une erreur de droit. En toute déférence, je ne considère pas qu'une telle erreur a été commise en l'espèce. Comme notre Cour l'a clairement dit dans *Bazley*, le critère de la responsabilité du fait d'autrui n'a rien de machinal, et la liste de facteurs énumérés n'est pas exhaustive. Les motifs du juge de première instance s'inscrivent indéniablement dans le cadre établi par notre Cour dans ses arrêts en matière de responsabilité du fait d'autrui. Non seulement le juge du procès a-t-il correctement énoncé le critère juridique, mais il a tiré les conclusions de fait requises pour justifier sa décision d'imputer la responsabilité du fait d'autrui à l'employeur.

In any event, I have difficulty seeing how any such error, even if it does exist, can so easily be extricated from the factual conclusions the trial judge reached. The application of this test is necessarily a complex undertaking. It involves weighing multiple interrelated, and sometimes contradictory, factors. The trial judge's consideration of the relevant factors was necessarily a highly integrated one and, consequently, not easily amenable to extricating law from fact.

109 Quoi qu'il en soit, j'ai du mal à saisir comment une telle erreur, si de fait elle existe, peut si facilement être isolée des conclusions de fait du juge de première instance. L'application de ce critère est nécessairement un exercice complexe. Elle suppose la pondération de nombreux facteurs étroitement liés et parfois contradictoires. Dans son examen, le juge de première instance a nécessairement pris grand soin d'intégrer les facteurs pertinents, de sorte qu'il est difficile d'isoler les questions de droit des questions de fait.

To gain a thorough understanding of the dynamics at work at Christie and to determine whether the Oblates materially enhanced the risk of sexual assault, the nature and operation of the enterprise had to be assessed. The trial judge did not ignore Mr. Saxey's employment duties; he reviewed them in the context of the work environment created by the Oblates. This review led him to conclude that there was a strong connection between the job

110 Pour bien comprendre la dynamique du pensionnat Christie et pour déterminer si les Oblats ont sensiblement accru le risque d'agression sexuelle, il fallait examiner la nature de l'entreprise ainsi que son fonctionnement. Le juge de première instance n'a pas fait abstraction des fonctions de M. Saxey; il en a fait l'examen dans le contexte du milieu de travail créé par les Oblats. Cet examen l'a amené à conclure qu'il existait un lien solide entre les

duties and job-related powers given to Mr. Saxey and the tort committed.

111 I see no basis for disturbing his unchallenged findings of fact or the legal conclusion he drew from them that vicarious liability should be imposed. However, even applying the higher threshold, I see no basis for interfering with the trial judge's legal conclusion.

112 In light of the foregoing, I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed, ABELLA J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Dohm, Jaffer & Jeraj, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

fonctions de M. Saxey et les pouvoirs que lui conférait son travail, et le délit commis.

Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de fait non contestées du juge de première instance ou la conclusion de droit qu'il en tire, à savoir que l'employeur devrait être tenu responsable du fait d'autrui. Toutefois, même en appliquant la norme plus stricte, rien, selon moi, ne permet de modifier la conclusion de droit du juge du procès.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté, la juge ABELLA *est dissidente.*

Procureurs de l'appelant : Miller Thomson, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Dohm, Jaffer & Jeraj, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

R.W.C. (a young person within the meaning of the *Youth Criminal Justice Act*) *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta and Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* R.C.

Neutral citation: 2005 SCC 61.

File No.: 30302.

2005: April 20; 2005: October 28.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA COURT OF APPEAL

Criminal law — Forensic DNA analysis — Order authorizing taking of bodily substances for DNA analysis — Exception — Whether trial judge erred by applying exception and declining to make DNA data bank order with respect to young person guilty of primary designated offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.051.

The 13-year-old accused stabbed his mother in the foot with a pen after she dumped dirty laundry on him during an argument about getting out of bed and going to school. He later struck her in the face with his fist and kept swinging until his uncle intervened. He pleaded guilty to assault with a weapon and breach of an undertaking. Assault with a weapon is a primary designated offence. Pursuant to s. 487.051(1)(*a*) of the *Criminal Code*, a court is required to authorize the taking of DNA samples from an accused convicted of a primary designated offence unless it is satisfied under s. 487.051(2) that the accused has established that the impact of the order on his privacy and security interests

R.W.C. (un adolescent au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*) *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta et Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* R.C.

Référence neutre : 2005 CSC 61.

N° du greffe : 30302.

2005 : 20 avril; 2005 : 28 octobre.

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

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

Droit criminel — Analyse génétique — Ordonnance autorisant le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique — Exception — La juge du procès a-t-elle eu tort d'appliquer l'exception et de refuser de rendre une ordonnance de prélèvement génétique à l'égard d'un adolescent reconnu coupable d'une infraction primaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.051.

L'accusé de 13 ans a planté un stylo dans le pied de sa mère après qu'elle eut déversé du linge sale sur lui au cours d'une querelle à propos du fait qu'il doit se lever pour aller à l'école. Il lui a ensuite donné des coups de poing au visage et a continué à frapper jusqu'à ce que son oncle intervienne. Il a reconnu sa culpabilité aux accusations d'agression armée et de non-respect d'une promesse. L'agression armée est une infraction primaire. Selon l'al. 487.051(1)*a*) du *Code criminel*, le tribunal est tenu de rendre une ordonnance autorisant le prélèvement d'échantillons d'ADN d'un accusé reconnu coupable d'une infraction primaire, à moins d'être convaincu, conformément au par. 487.051(2), que

"would be grossly disproportionate to the public interest in the protection of society and the proper administration of justice". The trial judge applied the exception and declined to issue a DNA order. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed that a DNA order be issued.

Held (Bastarache, LeBel, Abella and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps and Fish JJ.: The trial judge's order should be restored. In applying s. 487.051(2), a court must determine whether a DNA order would adversely affect the individual's privacy and security interests in a manner that is grossly disproportionate to the public interest. The s. 487.051(2) inquiry is highly contextual and necessarily individualized. Some of the factors that may be relevant to the inquiry are set out in s. 487.051(3): the criminal record of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the impact such an order would have on the offender's privacy and security of the person. A trial judge has the discretion not to make a DNA order with respect to both primary and secondary designated offences although the discretion appears to be more limited in the case of primary offences. Absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene if the trial judge's decision was clearly unreasonable. [21] [29-31] [47] [49]

In this case, the trial judge did not err by taking into account the underlying principles and objectives of the youth criminal justice legislation in balancing the governing factors under s. 487.051(2). The taking and retention of a DNA sample constitutes a grave intrusion on a person's right to personal and informational privacy. While no specific provision of the youth criminal justice legislation modifies s. 487.051, Parliament clearly intended that this legislation would be respected whenever young persons are brought within the criminal justice system. In creating a separate criminal justice system for young persons, Parliament has recognized their heightened vulnerability and has sought to extend enhanced procedural protections to them, and to interfere with their personal freedom as little as possible. [36] [39] [41] [51]

l'accusé a établi qu'elle aurait, sur sa vie privée et la sécurité de sa personne, un effet « nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société et la bonne administration de la justice ». La juge du procès a appliqué l'exception et a refusé de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique. La Cour d'appel a accueilli le pourvoi du ministère public et a prononcé une ordonnance de prélèvement génétique.

Arrêt (les juges Bastarache, LeBel, Abella et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Deschamps et Fish : L'ordonnance de la juge du procès doit être rétablie. En appliquant le par. 487.051(2), le tribunal doit déterminer si une ordonnance de prélèvement génétique porterait atteinte aux droits de l'intéressé à la vie privée et à la sécurité de sa personne d'une manière nettement démesurée par rapport à l'intérêt public. L'examen prévu au par. 487.051(2) est hautement contextuel et nécessairement personnalisé. Certains facteurs pouvant être pertinents pour cet examen sont énoncés au par. 487.051(3) : l'effet de l'ordonnance sur la vie privée du contrevenant et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration. Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de refuser de rendre une ordonnance de prélèvement génétique pour des infractions primaires et des infractions secondaires, mais ce pouvoir semble plus limité dans le cas des infractions primaires. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir que si la décision du juge du procès est manifestement déraisonnable. [21] [29-31] [47] [49]

En l'espèce, la juge du procès a eu raison de tenir compte des principes et objectifs des lois sur le système de justice pénale pour les adolescents dans la pondération des facteurs visés au par. 487.051(2). Le prélèvement et la conservation d'un échantillon d'ADN constituent une grave atteinte au droit à la vie privée en ce qui concerne tant l'intimité de la personne que ses renseignements personnels. Bien qu'aucune disposition des lois sur le système de justice pénale pour les adolescents ne modifie l'art. 487.051, il est clair que le législateur voulait que ces lois soient respectées lorsque des adolescents sont aux prises avec le système canadien de justice pénale. En créant un système de justice pénale distinct pour les adolescents, le législateur a reconnu leur plus grande vulnérabilité et a cherché à leur accorder une protection procédurale accrue et à porter le moins possible atteinte à leur liberté personnelle. [36] [39] [41] [51]

The record does not support the Court of Appeal's finding that the trial judge failed to consider relevant information in declining to make the DNA order. The predisposition report and the submissions of counsel on sentence were treated by all concerned as part of the record on the Crown's application for a DNA order. The purported omissions were either included in the predisposition report considered by the trial judge or were drawn to her attention at the sentencing hearing. [9] [57] [61-62]

Lastly, the trial judge did not fail to particularize her decision and did not conclude that taking a DNA sample from young persons constituted, *prima facie*, an impermissible violation of their rights. She instructed herself impeccably in law and dealt in very specific terms with the circumstances of the case. Her conclusions were reasonable in the circumstances and should not have been set aside by the Court of Appeal. [63-66] [70]

Per LeBel, Abella and Charron JJ. (dissenting): The trial judge lacked an evidentiary foundation for refusing a DNA order and should have issued an order authorizing the taking of DNA samples from the accused. Unlike the test set out in s. 487.051(1)(*b*) for secondary designated offences, the test for primary designated offences in s. 487.051(1)(*a*) makes no reference to the factors listed in s. 487.051(3). There is therefore significantly less scope for discretion not to make a DNA order with respect to primary designated offences. The onus is on the offender pursuant to s. 487.051(2) to rebut the presumption in s. 487.051(1)(*a*) and to satisfy the court that an order should not be made. The threshold for discharging this onus is gross disproportionality. Whether the impact of a DNA order on an accused's privacy and security is grossly disproportionate to the public interest is a question of evidence. The test is the same for both adults and young persons and a court cannot simply infer a disproportionate impact based on age alone. The factors in s. 487.051(3) may be advanced if they relate to the impact of the DNA order but they are not the focus of the test for primary designated offences. [73] [83] [86-93]

Here, the trial judge, on the record before her, erred in concluding that the accused had rebutted the presumption. While young offender legislation contains principles and protections to which all young

Le dossier n'appuie pas la conclusion de la Cour d'appel que la juge du procès n'a pas tenu compte des renseignements pertinents pour refuser de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique. Tous les intéressés ont considéré le rapport prédécisionnel et l'argumentation des avocats relative à la peine comme faisant partie du dossier de la demande d'ordonnance de prélèvement génétique présentée par le ministère public. Les soi-disant omissions figuraient dans le rapport prédécisionnel examiné par la juge du procès ou avaient été portées à son attention à l'audience sur la détermination de la peine. [9] [57] [61-62]

Enfin, la juge du procès a explicité sa décision et elle n'a pas conclu que le prélèvement d'un échantillon d'ADN sur des adolescents est de prime abord une atteinte inacceptable à leurs droits. Elle a énoncé de façon irréprochable les principes de droit pertinents et a traité en des termes très précis des circonstances de l'affaire. Ses conclusions sont raisonnables dans les circonstances et la Cour d'appel n'aurait pas dû les infirmer. [63-66] [70]

Les juges LeBel, Abella et Charron (dissidents) : La preuve ne permettait pas à la juge du procès de refuser de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique; la juge aurait donc dû rendre l'ordonnance autorisant le prélèvement d'échantillons d'ADN de l'accusé. Contrairement au critère énoncé à l'al. 487.051(1)*b*) pour les infractions secondaires, le critère applicable aux infractions primaires prévu à l'al. 487.051(1)*a*) ne fait appel à aucun des facteurs énumérés au par. 487.051(3) et il laisse donc beaucoup moins de place à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser de rendre l'ordonnance de prélèvement. Selon le par. 487.051(2), le contrevenant a la charge de réfuter la présomption à l'al. 487.051(1)*a*) et de convaincre le tribunal qu'il n'y a pas lieu de rendre l'ordonnance. La charge qui est imposée constitue une nette démesure. La question de savoir si l'effet d'une ordonnance de prélèvement génétique sur la vie privée de l'accusé et la sécurité de sa personne est nettement démesuré par rapport à l'intérêt public relève de la preuve. Le critère est le même pour les adultes et les adolescents et le tribunal ne peut pas simplement se fonder uniquement sur l'âge pour inférer un effet démesuré. On peut invoquer les facteurs énumérés au par. 487.051(3) s'ils se rapportent à l'effet de l'ordonnance de prélèvement génétique, mais ce n'est pas sur eux que porte principalement le critère dans le cas des infractions primaires. [73] [83] [86-93]

En l'espèce, la juge du procès, compte tenu de la preuve dont elle disposait, a commis une erreur en concluant que l'accusé avait réfuté la présomption. La législation visant les jeunes contrevenants énonce des

offenders are always entitled, they cannot be applied, as they were by the trial judge, so as to neutralize the clear language of the *Code*. The defence conceded that no evidence was adduced with respect to the impact of a DNA order on the accused. Rather, it had urged the trial judge to take judicial notice of the probable and likely effect of a DNA data bank order on young people in general. The trial judge erred by basing her conclusion on generic considerations, effectively turning a presumptively mandatory order into one presumptively inapplicable to young offenders. This was a violent domestic incident involving a weapon and the potential for future violence. It is this very potential that the DNA data bank is meant to address and a DNA order ought to have been made. [74] [83] [93-94] [97] [99]

Per Bastarache J. (dissenting): The trial judge erred in declining to make the DNA order. Notwithstanding the special principle and protections for young persons that are found in young offender legislation, the test set out in s. 487.051(2) of the *Criminal Code* ought to operate in the same way for adults and young persons. [102] [112]

An offender's criminal record should not be considered in the course of an assessment under s. 487.051(2). First, the fact that Parliament explicitly directed a court in s. 487.051(3) to consider this factor with respect to secondary designated offences, but not primary designated offences, indicates that it is not a factor to be considered for primary designated offences. Second, to consider this factor in the course of an assessment under s. 487.051(2) would frustrate Parliament's attempt to make a clear distinction between the tests for making DNA orders for primary and secondary designated offences. Third, an accused's criminal record is not relevant because it does not raise any privacy or security of the person interests. [102-103] [107] [109-110]

Cases Cited

By Fish J.

Referred to: *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60; *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. xii; *R. v. Jordan* (2002), 162 C.C.C. (3d) 385, 2002 NSCA 11; *R. v. T. (T.N.)* (2004), 186 C.C.C. (3d) 543, 2004 ABCA 238;

principes et garanties dont ils peuvent tous se réclamer, mais on ne peut pas les appliquer, comme l'a fait la juge du procès, de façon à neutraliser le libellé clair du *Code*. La défense a admis qu'elle n'avait soumis aucun élément de preuve relativement à l'effet qu'aurait sur l'accusé l'ordonnance de prélèvement génétique. Elle avait plutôt exhorté la juge du procès à prendre connaissance d'office de l'effet probable d'une telle mesure sur les adolescents en général. La juge du procès a eu tort de fonder sa conclusion sur des considérations générales, en remplaçant en fait une ordonnance présumée obligatoire par une ordonnance présumée inapplicable aux jeunes contrevenants. Il s'agit ici d'un incident de violence familiale comportant l'utilisation d'une arme et la possibilité de violence plus tard. C'est exactement cette possibilité que les ordonnances de prélèvement génétique visent à enrayer et une ordonnance de prélèvement aurait dû être rendue. [74] [83] [93-94] [97] [99]

Le juge Bastarache (dissident) : La juge du procès a eu tort de refuser de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique. Malgré le principe particulier énoncé dans la législation concernant les jeunes contrevenants et la protection qu'elle leur offre, le critère prévu au par. 487.051(2) du *Code criminel* doit s'appliquer de la même façon aux adultes et aux adolescents. [102] [112]

Il ne devrait pas être tenu compte du casier judiciaire du contrevenant dans l'évaluation prévue au par. 487.051(2). Premièrement, le fait que le législateur ait, au par. 487.051(3), explicitement prescrit au tribunal de prendre en compte ce facteur dans le cas d'une infraction secondaire, mais qu'il ne l'ait pas précisé pour les infractions primaires indique que ce facteur ne doit pas entrer en ligne de compte dans le cas des infractions primaires. Deuxièmement, la prise en compte de ce facteur dans l'évaluation prévue au par. 487.051(2) contrecarrerait la tentative du législateur d'établir une distinction claire entre les critères applicables aux infractions primaires et ceux applicables aux infractions secondaires pour ce qui est de l'ordonnance de prélèvement génétique. Troisièmement, le casier judiciaire de l'accusé ne rapporte d'aucune manière à sa vie privée ou à la sécurité de sa personne et il ne revêt donc aucune pertinence. [102-103] [107] [109-110]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60; *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38, autorisation d'appel refusée, [2001] 2 R.C.S. xii; *R. c. Jordan* (2002), 162 C.C.C. (3d) 385, 2002 NSCA 11; *R. c. T. (T.N.)* (2004), 186 C.C.C. (3d) 543, 2004

R. v. Dyment, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35; *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678, aff'd (1986), 53 O.R. (2d) 663, leave to appeal dismissed, [1986] 1 S.C.R. xiv; *R. v. B. (K.)* (2003), 179 C.C.C. (3d) 413; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. Briggs (2001), 157 C.C.C. (3d) 38, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. xii; *R. v. B.V.C.* (2003), 233 Sask. R. 270, 2003 SKQB 219.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.04 "primary designated offence", "secondary designated offence", 487.051 to 487.055, 487.07(4).
DNA Identification Act, S.C. 1998, c. 37, ss. 3, 9.1, 10.1.
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1 [rep. 2002, c. 1, s. 199], ss. 3(1)(*a*.1), (*c*), (*f*), 5(1), 51.
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, ss. 3, 14, 140, 159, 161.

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Roscoe, Bateman and Hamilton JJ.A.) (2004), 222 N.S.R. (2d) 41, 701 A.P.R. 41, 183 C.C.C. (3d) 347 (*sub nom. R. v. C. (R.W.)*), [2004] N.S.J. No. 53 (QL), 2004 NSCA 30, allowing an appeal from a judgment of Gass J. (2003), 215 N.S.R. (2d) 164, 675 A.P.R. 164, [2003] N.S.J. No. 243 (QL), 2003 NSSF 31, dismissing the Crown's application for an order authorizing the taking of bodily substances for DNA analysis. Appeal allowed, Bastarache, LeBel, Abella and Charron JJ. dissenting.

Chandra Gosine, for the appellant.

Peter P. Rosinski and *William D. Delaney*, for the respondent.

John S. McInnes, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Kathleen M. Ker, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

ABCA 238; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35; *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678, conf. par (1986), 53 O.R. (2d) 663, autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. xiv; *R. c. B. (K.)* (2003), 179 C.C.C. (3d) 413; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Citée par le juge Bastarache

R. c. Briggs (2001), 157 C.C.C. (3d) 38, autorisation d'appel refusée, [2001] 2 R.C.S. xii; *R. c. B.V.C.* (2003), 233 Sask. R. 270, 2003 SKQB 219.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.04 « infraction primaire », « infraction secondaire », 487.051 à 487.055, 487.07(4).
Loi sur l'identification par les empreintes génétiques, L.C. 1998, ch. 37, art. 3, 9.1, 10.1.
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, art. 3, 14, 140, 159, 161.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1 [abr. 2002, ch. 1, art. 199], art. 3(1)*a*.1), *c*), *f*), 5(1), 51.

Traités et autres instruments internationaux

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Roscoe, Bateman et Hamilton) (2004), 222 N.S.R. (2d) 41, 701 A.P.R. 41, 183 C.C.C. (3d) 347 (*sub nom. R. c. C. (R.W.)*), [2004] N.S.J. No. 53 (QL), 2004 NSCA 30, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement de la juge Gass (2003), 215 N.S.R. (2d) 164, 675 A.P.R. 164, [2003] N.S.J. No. 243 (QL), 2003 NSSF 31, qui avait refusé la demande du ministère public visant à obtenir une ordonnance autorisant le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, LeBel, Abella et Charron sont dissidents.

Chandra Gosine, pour l'appelant.

Peter P. Rosinski et *William D. Delaney*, pour l'intimée.

John S. McInnes, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Kathleen M. Ker, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

James C. Robb, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Lee Ann Chapman and *Martha Mackinnon*, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps and Fish JJ. was delivered by

FISH J. —

I

1 R.W.C. stabbed his mother in the foot with a pen that lay on the floor beside his bed — after his mother had dumped dirty laundry on him because he refused to rise, dress and go off to school. For this he was charged with "assault with a weapon" and breach of an undertaking. R.W.C. had no previous convictions of any kind and pleaded guilty to both offences. He was 13 years old at the time.

2 Assault with a weapon is one of the offences for which the trial court must make an order permitting DNA samples to be taken from anyone found guilty unless the person found guilty establishes that the effect of doing so would be "grossly disproportionate to the public interest", within the meaning of s. 487.051(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

3 The issue in this case is whether Gass J., of the Supreme Court of Nova Scotia (Family Division), erred in concluding that the appellant had discharged that burden. This in turn depends on whether Gass J. misinterpreted or misapplied the governing statutory provisions. The Nova Scotia Court of Appeal held, on three grounds, that she had. In my respectful view, the Court of Appeal erred with regard to all three grounds.

4 I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and affirm the decision of Gass J.

James C. Robb, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Lee Ann Chapman et *Martha Mackinnon*, pour l'intervenante Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie, Deschamps et Fish rendu par

LE JUGE FISH —

I

R.W.C. a planté un stylo qui traînait sur le plancher, près de son lit, dans le pied de sa mère, laquelle avait déversé du linge sale sur lui parce qu'il refusait de se lever et s'habiller pour aller à l'école. Il a été accusé d'« agression armée » et de non-respect d'une promesse. Il n'avait pas de casier judiciaire et il a reconnu sa culpabilité aux deux infractions. Il avait alors 13 ans.

L'agression armée fait partie des infractions pour lesquelles une déclaration de culpabilité oblige le juge du procès à rendre une ordonnance autorisant le prélèvement d'échantillons d'ADN sur le contrevenant, à moins que celui-ci n'établisse que l'effet d'une telle ordonnance serait « nettement démesuré par rapport à l'intérêt public », au sens du par. 487.051(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

La Cour doit déterminer en l'espèce si la juge Gass, de la Division de la famille de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, a eu tort de conclure que l'appelant s'était acquitté de cette charge de preuve. À cette fin, elle doit établir si la juge Gass a mal interprété ou appliqué les dispositions législatives en cause. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu par l'affirmative et ce, pour trois motifs. En toute déférence, j'estime que les motifs invoqués par la Cour d'appel sont tous les trois mal fondés.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la juge Gass.

II

When he committed the offence that concerns us here, R.W.C., as I have already mentioned, was 13 years old and therefore a "young person" within the meaning of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 ("*YCJA*").

That morning, his mother, D.C. stood yelling at his bedside and tried in vain to get him out of bed and off to school. Evidently frustrated by his recalcitrance, D.C. fetched a laundry basket from the hallway, dumped its dirty contents on R.W.C. and told him, as reported by Crown counsel, "that if he wasn't going to go to school he could lay there in his dirty laundry". At that point, R.W.C. grabbed a pen from the floor beside his bed and stabbed his mother in the foot.

His mother then left the room to rest, but soon returned in a renewed effort to get R.W.C. out of bed. R.W.C. did rise, but did not shine. Instead, with arms flailing, he struck his mother with a closed fist in the eye and jaw, and kept swinging until his uncle entered the room and separated them.

R.W.C. pleaded guilty to assault with a weapon (the pen), and to breach of an undertaking. A predisposition report was prepared for the guidance of the trial judge. Counsel on both sides referred to the report in their submissions on sentence and again in their submissions regarding the need for a DNA order. The observations and conclusions of the report were not contested. Understandably, the trial judge relied explicitly and implicitly on the contents of the report, both in fashioning an individualized sentence and in declining to make a DNA order.

Because of its central importance to a fair appreciation of the trial judge's reasons, I shall return to this aspect of the matter later. For the moment, I think it sufficient to emphasize that the predisposition report and the submissions of counsel on sentence were treated by all concerned as part of

II

Comme je l'ai déjà mentionné, R.W.C. était âgé de 13 ans quand il a commis l'infraction en cause. Il était donc un « adolescent » au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« *LSJPA* »). 5

Ce matin-là, sa mère, D.C., criait vainement près de son lit pour le faire lever et aller à l'école. De toute évidence irritée par l'attitude récalcitrante de son fils, elle est allée chercher un panier de linge sale dans le couloir et en a vidé le contenu sur lui en lui disant, selon l'avocat du ministère public, que [TRADUCTION] « s'il n'allait pas aller à l'école il pouvait bien rester là dans son linge sale ». C'est alors que R.W.C. a pris un stylo sur le plancher, près de son lit, et l'a planté dans le pied de sa mère. 6

Sa mère est ensuite sortie de la chambre pour prendre un répit et elle y est retournée peu après pour tenter encore une fois de faire lever son fils. R.W.C. s'est bien levé, mais pas du bon pied. Au contraire, les bras ballants, il a attaqué sa mère à coups de poing, l'atteignant à l'œil et à la mâchoire, et a continué à frapper jusqu'à ce que son oncle entre dans la chambre et les sépare. 7

R.W.C. a reconnu sa culpabilité aux accusations d'agression armée (l'arme étant le stylo) et de non-respect d'une promesse. Un rapport prédécisionnel a été préparé à l'intention de la juge du procès. Les avocats des deux parties l'ont cité dans leur argumentation relative à la peine et de nouveau dans leur argumentation concernant la nécessité de l'ordonnance de prélèvement génétique. Ni l'une ni l'autre partie n'a contesté les observations et conclusions du rapport. Naturellement, la juge du procès s'est fondée, explicitement et implicitement, sur ce document pour élaborer une peine sur mesure et pour refuser de rendre une ordonnance de prélèvement. 8

Vu son importance primordiale pour la juste appréciation des motifs de la juge du procès, je reviendrai sur cet aspect de la question. Pour le moment, je crois suffisant de souligner que tous les intéressés ont considéré le rapport prédécisionnel et l'argumentation des avocats relative à la peine 9

the record on the Crown's application for a DNA order.

10 And with that in mind, I find it helpful to reproduce here two extracts from the predisposition report that are in my view of particular interest:

OFFENDER PROFILE

The offender reported for the Predisposition Report interview as directed and accompanied by his father. He presented as mature, cooperative and polite during the interview. He described himself as "pretty intelligent, funny and usually happy." The offender informed he had a disagreement with his mother, which resulted in anger and out of control behaviour and, ultimately, actions which put him before the Court. The offender acknowledged his behaviour as inappropriate and stated "I do really regret it" because "no one should hit their parent, especially their mother." According to the offender, he really appreciates everything his mother does for him and stated "she's always been in my life" indicating that, on occasion, his father has left the home. The offender reported he is willing to accept the consequences imposed by the Court and participate in an anger management program.

. . .

ASSESSMENT OF COMMUNITY ALTERNATIVES/ RESOURCES

[R.W.C.] is a 13 year old, first time offender. Information obtained in preparing this Predisposition Report indicates a cycle of violence. The offender is in need of an anger management program to address his issues of being a victim and a perpetrator of violence. Services to address the offender's needs can be assessed in the community. Overall, in the home and school, the offender's behaviour appears to be compliant with the exception of the occasional outburst in which the offender loses control of his behaviour. With appropriate support and programs to address the offender's needs, it appears he will be a suitable candidate for community supervision.

11 After reviewing the predisposition report and considering counsel's submissions, Gass J. sentenced R.W.C. to four months' probation with conditions, including that he cooperate in a referral to an anger management or youth violence reduction

comme faisant partie du dossier de la demande d'ordonnance de prélèvement génétique présentée par le ministère public.

Dans ce contexte, il me paraît utile de reproduire ici deux passages du rapport prédécisionnel qui sont, à mon avis, particulièrement pertinents :

[TRADUCTION]

PROFIL DU DÉLINQUANT

Le sujet s'est dûment présenté à l'entrevue destinée à la préparation du rapport prédécisionnel, accompagné de son père. Pendant l'entrevue, il s'est comporté de façon réfléchie, coopérative et polie. Il s'est décrit comme « pas mal intelligent, amusant et généralement heureux ». Il a expliqué qu'il avait eu avec sa mère une querelle, qui avait provoqué sa colère et son comportement incontrôlé et, finalement, les gestes pour lesquels il avait été traduit en justice. Il a reconnu avoir mal agi et a déclaré : « Je le regrette vraiment [parce qu'] il ne faut pas frapper ses parents, surtout pas sa mère ». Il a affirmé être reconnaissant de tout ce que sa mère faisait pour lui et qu'« elle a toujours été présente », indiquant qu'il était arrivé à son père de quitter la maison. Il a déclaré qu'il était disposé à accepter les conséquences imposées par la Cour et à participer à un programme de gestion de la colère.

. . .

ÉVALUATION DES SOLUTIONS/RESSOURCES COMMUNAUTAIRES

[R.W.C.] est âgé de 13 ans et en est à sa première infraction. L'information recueillie au cours de la préparation du rapport prédécisionnel révèle un cycle de violence. Le délinquant a besoin de suivre un programme de gestion de la colère afin de régler ses problèmes de victime et d'auteur d'actes de violence. Les services visant à répondre à ses besoins peuvent être évalués dans la collectivité. Dans l'ensemble, à la maison et à l'école, le délinquant semble se plier aux règles, sauf les occasionnels débordements de colère, où il s'emporte. Il semble que, s'il bénéficie d'un soutien et de programmes adaptés à ses besoins, il sera un bon candidat pour une surveillance communautaire.

Après examen du rapport prédécisionnel et des plaidoiries des avocats, la juge Gass a imposé à R.W.C. une période de probation de quatre mois assortie de conditions, dont celle d'accepter de suivre un programme de gestion de la colère ou de

program. She declined, however, to authorize the taking of bodily samples from R.W.C. for the purpose of forensic DNA analysis: (2003), 215 N.S.R. (2d) 164, 2003 NSSF 31.

Gass J. recognized that R.W.C. had committed a primary designated offence, assault with a weapon, and that DNA orders were mandatory in such cases pursuant to s. 487.051(1)(*a*) unless they fall within s. 487.051(2). In virtue of s. 487.051(2), the court need not make an order if it is satisfied that the offender has demonstrated that the impact of doing so would be grossly disproportionate to the public interest thereby served.

In holding that the statutory conditions of s. 487.051(2) were satisfied, Gass J. considered the facts and circumstances of the case in light of the principles and objectives set out in the *YCJA*. The Court of Appeal held that she had erred in so doing. In its view, the principles and purposes of youth criminal justice legislation do not inform or affect the application to young offenders of the DNA provisions of the *Criminal Code*.

The Court of Appeal also found that Gass J. had failed to consider certain information that was relevant to the analysis required under s. 487.051(2), and that there was no evidentiary foundation for her refusal to make an order.

It allowed the Crown's appeal, directed the issuance of a DNA order, and remitted the matter to the Family Division for settlement of its terms: (2004), 222 N.S.R. (2d) 41, 2004 NSCA 30.

III .

Since 1995, Parliament has enacted two complementary schemes regulating the collection and use

réduction de la violence pour les jeunes qui lui serait prescrit. Elle a cependant refusé d'autoriser le prélèvement, pour analyse génétique, d'échantillons de substances corporelles de R.W.C. : (2003), 215 N.S.R. (2d) 164, 2003 NSSF 31.

12 La juge Gass a reconnu que R.W.C. avait commis une infraction primaire — agression armée — pour laquelle l'al. 487.051(1)*a*) prévoit l'obligation de rendre une ordonnance de prélèvement génétique à moins que l'exception prévue au par. 487.051(2) ne s'applique. Selon le par. 487.051(2), le tribunal n'est pas tenu de rendre l'ordonnance s'il est convaincu que le contrevenant a établi que cette mesure aurait sur lui un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public qui serait ainsi servi.

13 Pour conclure que les conditions prévues au par. 487.051(2) étaient remplies, la juge Gass a examiné les faits et circonstances de l'affaire en tenant compte des principes et objectifs énoncés dans la *LSJPA*. La Cour d'appel a statué que la juge n'avait pas à prendre ces éléments en considération, car les principes et objectifs de la législation relative à la justice pénale pour les jeunes n'entrent pas en ligne de compte pour l'application aux jeunes contrevenants des dispositions du *Code criminel* relatives à l'analyse génétique et n'ont aucun effet sur cette application.

14 La Cour d'appel a également conclu que la juge Gass n'avait pas tenu compte de renseignements pertinents pour l'analyse exigée par le par. 487.051(2) et que son refus de rendre l'ordonnance ne reposait sur aucun élément de preuve.

15 La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, prononcé une ordonnance de prélèvement génétique et renvoyé l'affaire à la Division de la famille pour qu'elle établisse la teneur de l'ordonnance : (2004), 222 N.S.R. (2d) 41, 2004 NSCA 30.

III

16 Depuis 1995, le Parlement a adopté deux ensembles de mesures législatives complémentaires

of DNA in the criminal justice system: DNA search warrants and the DNA data bank.

17 The constitutionality of DNA search warrants was considered and upheld by this Court in *R. v. S.A.B.*, [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60. At issue here is the second legislative scheme, the data bank contemplated by ss. 487.051 to 487.055 of the *Criminal Code* and the *DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37 ("*DNA Act*"). The *Criminal Code* provisions allow a court to order the collection of bodily substances from certain convicted offenders for inclusion in the data bank. The *DNA Act*, on the other hand, regulates the use of those substances once collected.

18 When a DNA order is made, a sample of one or more bodily substances — blood, hair or buccal cells — is taken and sent to the National DNA data bank of Canada, where it is assigned a bar code and separated from information identifying the offender. The biological sample is processed and a profile created from the non-coding portions of the DNA sequence. This profile is put in a database known as the Convicted Offenders Index. A separate index, the Crime Scene Index, contains DNA profiles from unsolved crime scenes. The two indices are routinely compared and, when a match is found, investigators are alerted to the discovery of a match.

19 Orders for taking DNA samples are made under either s. 487.051 or s. 487.052 of the *Criminal Code*. Section 487.052 applies to offences committed before the *DNA Act* was in force, while s. 487.051, which applies here, reads:

487.051 (1) Subject to section 487.053, if a person is convicted, discharged under section 730 or, in the case of a young person, found guilty under the *Young*

régissant le prélèvement et l'utilisation de matériel génétique par le système de justice pénale, l'un portant sur les mandats de prélèvement génétique et l'autre sur la banque de données génétiques.

La Cour a examiné la constitutionnalité des mandats de prélèvement génétique dans l'affaire *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60, et elle les a jugés constitutionnels. C'est le second ensemble de mesures législatives qui est en cause ici, c'est-à-dire celui régissant la banque de données génétiques, à savoir les art. 487.051 à 487.055 du *Code criminel* et la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37 (« *LIEG* »). Le *Code criminel* autorise le tribunal à ordonner le prélèvement de substances corporelles de certains contrevenants condamnés, pour dépôt à la banque de données. La *LIEG*, quant à elle, régit l'utilisation de ces substances après leur prélèvement.

Lorsqu'une ordonnance de prélèvement génétique est rendue, un échantillon d'une ou de plusieurs substances corporelles — sang, cheveu ou cellules épithéliales — est recueilli et envoyé à la Banque nationale de données génétiques du Canada, où on lui assigne un code à barres et on le sépare des renseignements permettant d'identifier le contrevenant. L'échantillon biologique est analysé et un profil est créé à partir des fragments non codants de la séquence d'ADN. Le profil est ensuite versé dans une base de données appelée Fichier des condamnés. Un autre fichier, le Fichier de criminalistique, renferme les profils d'identification génétique établis à partir d'échantillons prélevés sur les lieux des crimes non résolus. Les deux fichiers sont régulièrement comparés et, lorsqu'il y a correspondance, les enquêteurs en sont avertis.

Les ordonnances de prélèvement génétique sont rendues en vertu des art. 487.051 ou 487.052 du *Code criminel*. L'article 487.052 s'applique aux infractions commises avant l'entrée en vigueur de la *LIEG*. La disposition applicable en l'espèce, l'art. 487.051, est ainsi libellé :

487.051 (1) Sous réserve de l'article 487.053, lorsqu'il déclare une personne coupable ou, en vertu de l'article 730, l'absout ou déclare un adolescent coupable

Offenders Act, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985, or the *Youth Criminal Justice Act* of a designated offence, the court

(*a*) shall, subject to subsection (2), in the case of a primary designated offence, make an order in Form 5.03 authorizing the taking, from that person, for the purpose of forensic DNA analysis, of any number of samples of one or more bodily substances that is reasonably required for that purpose, by means of the investigative procedures described in subsection 487.06(1); or

(*b*) may, in the case of a secondary designated offence, make an order in Form 5.04 authorizing the taking of such samples if the court is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so.

(2) The court is not required to make an order under paragraph (1)(*a*) if it is satisfied that the person or young person has established that, were the order made, the impact on the person's or young person's privacy and security of the person would be grossly disproportionate to the public interest in the protection of society and the proper administration of justice, to be achieved through the early detection, arrest and conviction of offenders.

(3) In deciding whether to make an order under paragraph (1)(*b*), the court shall consider the criminal record of the person or young person, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission and the impact such an order would have on the person's or young person's privacy and security of the person and shall give reasons for its decision.

Parliament has thus drawn a sharp distinction between "primary" and "secondary" designated offences, which are defined in s. 487.04 of the *Criminal Code*. Where the offender is convicted of a secondary designated offence, the burden is on the Crown to show that an order would be in the best interests of the administration of justice. Where an offender is convicted of a primary designated offence, however, ss. 487.051(1)(*a*) and (2), read together, provide that a DNA order *must* be made unless the judge is satisfied that the offender has established that s. 487.051(2) should apply instead.

sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985), ou de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* d'une infraction désignée, le tribunal, selon le cas :

a) doit, sous réserve du paragraphe (2), dans le cas d'une infraction primaire, rendre une ordonnance — rédigée selon la formule 5.03 — autorisant le prélèvement, pour analyse génétique, du nombre d'échantillons de substances corporelles de l'intéressé jugé nécessaire à cette fin;

b) peut, dans le cas d'une infraction secondaire, rendre une ordonnance au même effet — rédigée selon la formule 5.04 —, s'il est convaincu que cela servirait au mieux l'administration de la justice.

(2) Le tribunal n'est pas tenu de rendre l'ordonnance en question dans le cas d'une infraction primaire s'il est convaincu que l'intéressé a établi qu'elle aurait, sur sa vie privée et la sécurité de sa personne, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société et la bonne administration de la justice, que visent à assurer la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants.

(3) Pour décider s'il rend ou non l'ordonnance dans le cas d'une infraction secondaire, le tribunal prend en compte l'effet qu'elle aurait sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration. Il est tenu de motiver sa décision.

Le législateur a donc établi une distinction nette entre les infractions « primaires » et « secondaires », lesquelles sont définies à l'art. 487.04 du *Code criminel*. Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction secondaire, c'est au ministère public qu'il incombe de démontrer qu'il est dans l'intérêt de l'administration de la justice de rendre une ordonnance de prélèvement génétique. Toutefois, lorsque la déclaration de culpabilité porte sur une infraction primaire, en raison de l'effet combiné de l'al. 487.051(1)*a*) et du par. 487.051(2) le juge *doit* rendre l'ordonnance à moins d'être convaincu que le contrevenant a établi qu'il y a lieu d'appliquer le par. 487.051(2). 20

21 Much like the provision at issue in *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, s. 487.051(2) can be described as a "constitutional compromise" that seeks to strike an appropriate balance between individual rights and societal interests. In applying this provision, courts must determine whether a DNA order would adversely affect the individual's privacy and security interests in a manner that is grossly disproportionate to the public interest. We are neither invited nor required in this case to decide whether s. 487.051(2) passes constitutional muster.

22 By its very terms, s. 487.051(2) implies that the public interest in a DNA order lies in the protection of society through the early detection, arrest and conviction of offenders. Section 3 of the *DNA Act*, for example, states that the purpose of the legislation is to assist in the identification of persons alleged to have committed designated offences.

23 Other objectives include deterring potential repeat offenders, detecting serial offenders, streamlining investigations, solving "cold cases", and protecting the innocent by eliminating suspects and exonerating the wrongly convicted: see *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (Ont. C.A.), at para. 22, leave to appeal dismissed [2001] 2 S.C.R. xii; *R. v. Jordan* (2002), 162 C.C.C. (3d) 385, 2002 NSCA 11, at paras. 32-39; and *R. v. T. (T.N.)* (2004), 186 C.C.C. (3d) 543, 2004 ABCA 238, at para. 2.

24 These objectives, however laudable, may be seen to conflict with privacy and security interests that warrant judicial protection. Although the public interest is presumed to outweigh privacy interests in the case of primary designated offences, the exception in s. 487.051(2) recognizes that this is a rebuttable presumption.

25 The making of a DNA order clearly engages two aspects of privacy protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The first relates to the person, and the second arises in what has

Le paragraphe 487.051(2), tout comme la disposition en cause dans *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65, peut être qualifié de « compromis constitutionnel » visant à maintenir un juste équilibre entre les droits individuels et les intérêts sociétaux. Les tribunaux appelés à appliquer cette disposition doivent se demander si l'ordonnance de prélèvement génétique porterait atteinte aux droits de l'intéressé à la vie privée et à la sécurité de sa personne de façon nettement démesurée par rapport à l'intérêt public. La Cour n'a pas été invitée à se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition et elle n'a pas à le faire.

Le libellé même du par. 487.051(2) indique que l'intérêt public servi par l'ordonnance de prélèvement génétique réside dans la protection de la société au moyen de la découverte, de l'arrestation et de la condamnation rapides des contrevenants. L'article 3 de la *LIEG* énonce, par exemple, que cette loi a pour objet d'aider à l'identification des auteurs présumés d'infractions désignées.

D'autres buts sont aussi visés, notamment la dissuasion de la récidive possible, la découverte de criminels en série, la simplification des enquêtes, la résolution de « vieux crimes » et la protection des innocents par l'exclusion de suspects et l'exonération de personnes condamnées à tort : voir *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (C.A. Ont.), par. 22, autorisation d'appel refusée, [2001] 2 R.C.S. xii; *R. c. Jordan* (2002), 162 C.C.C. (3d) 385, 2002 NSCA 11, par. 32-39, et *R. c. T. (T.N.)* (2004), 186 C.C.C. (3d) 543, 2004 ABCA 238, par. 2.

Ces objectifs, si louables soient-ils, peuvent paraître entrer en conflit avec les droits à la vie privée et à la sécurité de sa personne qui doivent recevoir protection judiciaire. Bien que l'intérêt public soit censé avoir priorité sur le droit à la vie privée dans le cas des infractions primaires, l'exception prévue au par. 487.051(2) reconnaît qu'il s'agit là d'une présomption réfutable.

L'ordonnance de prélèvement génétique touche indéniablement deux aspects du droit à la vie privée protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le premier se rapporte à la personne et

been called the "informational context": *S.A.B.*, at para. 40; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 428-30.

The physical intrusion caused by the taking of a DNA sample is minimal. In this regard, the comments of Arbour J. in *S.A.B.* are apposite:

> With regards to privacy related to the person, the taking of bodily samples under a DNA warrant clearly interferes with bodily integrity. However, under a properly issued DNA warrant, the degree of offence to the physical integrity of the person is relatively modest (*R. v. F. (S.)* (2000), 141 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at para. 27). A buccal swab is quick and not terribly intrusive. Blood samples are obtained by pricking the surface of the skin — a procedure that is, as conceded by the appellant (at para. 32 of his factum), not particularly invasive in the physical sense. With the exception of pubic hair, the plucking of hairs should not be a particularly serious affront to privacy or dignity.
>
> Importantly, s. 487.07(3) of the legislation requires that the person who is authorized to take samples do so in a manner that respects the offender's privacy and is "reasonable in the circumstances". Thus, as Weiler J.A. articulated in *R. v. Briggs* . . . at para. 35, "a person would not ordinarily be required to expose a part of the body that is not ordinarily exposed to view".
>
> . . .
>
> In my view, the statutory framework alleviates any concern that the collection of DNA samples pursuant to a search warrant under ss. 487.04 to 487.09 of the *Criminal Code* constitutes an intolerable affront to the physical integrity of the person. [paras. 44-45 and 47]

The same is true of samples taken pursuant to an order under s. 487.051(1)(*a*).

Of more concern, however, is the impact of an order on an individual's informational privacy interests. In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293, the Court found that s. 8 of the *Charter*

le second à ce qui a été qualifié de « contexte informationnel » : *S.A.B.*, par. 40; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 428-430.

26 L'atteinte à l'intégrité physique causée par le prélèvement d'échantillons d'ADN est minimale. À cet égard, les commentaires de la juge Arbour dans *S.A.B.* se révèlent pertinents :

> Pour ce qui est des aspects de la vie privée ayant trait à la personne, le prélèvement d'échantillons de substances corporelles en vertu d'un mandat ADN constitue clairement une atteinte à l'intégrité physique. Toutefois, lorsqu'il s'effectue en vertu d'un mandat ADN régulièrement délivré, l'importance de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne est relativement faible (*R. c. F. (S.)* (2000), 141 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), par. 27). Un prélèvement de cellules épithéliales est une procédure rapide et peu envahissante. Des échantillons de sang sont obtenus au moyen d'une piqûre à la surface de la peau — procédure qui, de l'aveu de l'appelant (par. 32 de son mémoire), n'est pas particulièrement envahissante au sens physique. Sauf pour ce qui est des poils pubiens, le prélèvement de poils ne devrait pas constituer une atteinte particulièrement importante à la vie privée ou à la dignité.
>
> Fait important, le par. 487.07(3) de la loi exige que la personne autorisée à prélever des échantillons le fasse de manière à respecter « autant que faire se peut » la vie privée du contrevenant. Ainsi, comme le juge Weiler l'affirme dans *R. c. Briggs* [. . .] par. 35, [TRADUCTION] « normalement, une personne ne devrait pas être obligée de montrer une partie de son corps qui n'est pas habituellement exposée à la vue ».
>
> . . .
>
> À mon avis, le cadre législatif dissipe toute crainte que le prélèvement d'échantillons d'ADN en application d'un mandat de perquisition décerné sous le régime des art. 487.04 à 487.09 du *Code criminel* constitue une atteinte intolérable à l'intégrité physique de la personne. [par. 44-45 et 47]

Il en va de même du prélèvement d'échantillons en exécution d'une ordonnance rendue en vertu de l'al. 487.051(1)*a*).

27 Toutefois, ce qui est plus préoccupant, c'est l'effet de l'ordonnance de prélèvement génétique sur le droit de l'individu à la vie privée en ce qui touche les renseignements personnels. Dans *R. c. Plant*,

protected the "biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state". An individual's DNA contains the "highest level of personal and private information": *S.A.B.*, at para. 48. Unlike a fingerprint, it is capable of revealing the most intimate details of a person's biological makeup.

[1993] 3 R.C.S. 281, p. 293, la Cour a statué que l'art. 8 de la *Charte* protégeait des « renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État ». L'ADN d'une personne renferme, « au plus haut degré, des renseignements personnels et privés » : *S.A.B.*, par. 48. Contrairement à une empreinte digitale, il peut révéler les détails les plus intimes de la composition biologique d'une personne.

28 Without constraints on the type of information that can be extracted from bodily substances, the potential intrusiveness of a DNA analysis is virtually infinite. Comprehensive safeguards have therefore been put in place to regulate the use of the bodily substances and of the information contained in a profile: see *S.A.B.*, at paras. 49-50; see also *Briggs*, at para. 39.

Si l'on n'impose aucune restriction au genre de renseignements qui peuvent être recueillis à partir de substances corporelles, le caractère potentiellement attentatoire de l'analyse génétique est pratiquement infini. C'est pourquoi un ensemble complet de garanties régissant l'utilisation de ces substances et de l'information contenue dans les profils a été mis en place : voir *S.A.B.*, par. 49-50; voir également *Briggs*, par. 39.

29 The court must consider the impact of a DNA order on each of these interests to determine whether privacy and security of the person are affected in a grossly disproportionate manner. This inquiry is highly contextual, taking into account not only that the offence is a primary designated offence, but also the particular circumstances of the offence and the character and profile of the offender.

Le tribunal doit prendre en compte l'effet qu'aurait l'ordonnance de prélèvement génétique sur chacune de ces considérations pour décider si l'atteinte aux droits de l'intéressé à la vie privée et à la sécurité de sa personne est nettement démesurée. Cet examen comporte une importante dimension contextuelle, compte tenu non seulement du fait qu'il s'agit d'une infraction primaire, mais aussi de ses circonstances particulières ainsi que du caractère et du profil du contrevenant.

30 Some of the factors that may be relevant to this inquiry are set out in s. 487.051(3): the criminal record of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the impact such an order would have on the offender's privacy and security of the person (*Jordan*, at para. 62).

Certains facteurs pouvant être pertinents pour cet examen sont énoncés au par. 487.051(3) : l'effet de l'ordonnance sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration (*Jordan*, par. 62).

31 This is by no means an exhaustive list. The inquiry is necessarily individualized and the trial judge must consider all the circumstances of the case. What is required is that the offender show that the public interest is clearly and substantially outweighed by the individual's privacy and security interests.

Cette énumération n'est nullement exhaustive. L'examen est nécessairement personnalisé, et le juge du procès doit prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire. Ce que le contrevenant doit démontrer, c'est que ses droits à la vie privée et à la sécurité de sa personne l'emportent clairement et largement sur l'intérêt public.

The central controversy in this case is whether a youth court judge may, in contemplating a DNA order with respect to a young person, take into account the underlying principles and defining characteristics of criminal justice legislation adopted by Parliament specifically for dealing with young persons.

Section 487.051(1)(*a*) applies expressly to a "person" *or* "young person". Accordingly, the question is not whether youth criminal justice legislation supercedes or displaces the DNA order provisions, or governs the making or rejection of DNA orders under their auspices. Rather, the question is whether legislation designed specifically and exclusively for dealing with young persons who commit criminal offences may be considered in applying to them the provisions of the *Criminal Code* that govern the making of DNA orders.

There has been some dispute whether, in answering this question, we should look to the now-repealed *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 ("*YOA*"), or to the new *YCJA*. The latter came into force April 1, 2003, after R.W.C. had pleaded guilty to the offence. Its transitional provisions stipulate that, where proceedings are commenced under the *YOA*, the *YOA* applies (s. 159 of the *YCJA*), except for sentencing (s. 161). The Crown submits that the appeal in this case is governed by the *YOA*.

In my view, the result in this case does not turn at all on whether the *YOA* or the *YCJA* is held to apply. In all relevant aspects, the two Acts share the same basic assumptions and governing principles: some are simply spelled out in greater detail in the *YCJA*.

Most significantly, both the *YOA* and the *YCJA* extend to youth justice courts exclusive

En l'espèce, le litige porte essentiellement sur la question de savoir si le juge d'un tribunal pour adolescents peut, pour décider s'il rend ou non une ordonnance de prélèvement génétique à l'égard d'un adolescent, prendre en compte les principes sous-jacents et les caractéristiques déterminantes des mesures législatives en matière de justice pénale visant spécifiquement les adolescents. 32

L'alinéa 487.051(1)*a*) s'applique expressément à une « personne » *ou* à un « adolescent ». Par conséquent, il ne s'agit pas de savoir si les mesures législatives en matière de justice pénale pour les adolescents prévalent sur les ordonnances de prélèvement génétique ou les remplacent, ou si elles régissent l'octroi ou le rejet de telles ordonnances prises sous leur régime. Il s'agit plutôt de déterminer s'il convient de prendre en considération une loi visant spécifiquement et exclusivement les adolescents qui ont commis des infractions criminelles, lorsqu'il s'agit de leur appliquer les dispositions du *Code criminel* régissant les ordonnances de prélèvement génétique. 33

En l'espèce, les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si, pour répondre à cette question, il faudrait se fonder sur la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1 (« *LJC* »), maintenant abrogée, ou sur la nouvelle *LSJPA*, qui est entrée en vigueur le 1er avril 2003, c'est-à-dire après le plaidoyer de culpabilité de R.W.C. Les dispositions transitoires de la *LSJPA* prévoient que les poursuites intentées sous le régime de la *LJC* continuent d'être régies par cette loi (art. 159 *LSJPA*), sauf quant à la détermination de la peine (art. 161). Le ministère public prétend que c'est la *LJC* qui s'applique en l'espèce. 34

À mon avis, la question de la loi applicable est sans incidence sur l'issue du présent pourvoi. Les deux lois partagent les mêmes postulats fondamentaux et principes directeurs relativement à tous les éléments significatifs. Simplement, la *LSJPA* énonce certains d'entre eux de façon plus détaillée. 35

En particulier, les deux lois confèrent aux tribunaux pour adolescents compétence exclusive à 36

jurisdiction in respect of offences alleged to have been committed by young persons, and stipulate that, notwithstanding any other Act of Parliament, the young person shall be dealt with according to their terms (s. 14 *YCJA*; s. 5(1) *YOA*). Both Acts incorporate the provisions of the *Criminal Code* with "any modifications that the circumstances require" (s. 140 *YCJA*; similar wording in s. 51 *YOA*). While no specific provision of either Act modifies s. 487.051(1)(*a*) or (2) of the *Code*, it is clear that Parliament intended their shared principles to be respected whenever young persons are brought within the Canadian system of criminal justice.

37 In particular, Parliament has taken care to ensure that the consequences of conviction for young persons are imposed in a manner that advances the objectives of youth criminal justice legislation. This legislative policy is apparent in both Acts. To disregard it is to frustrate Parliament's will.

38 The *YOA*, for example, declared in s. 3(1)(*a*.1) that "young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults", recognized in s. 3(1)(*c*) their "state of dependency and level of development and maturity", and held in s. 3(1)(*f*) that young persons have "a right to the least possible interference with freedom that is consistent with the protection of society". Likewise, the *YCJA*, states in s. 3 that the criminal justice system for young persons must be separate from that of adults and must "emphasize . . . enhanced procedural protection to ensure that young persons are treated fairly and that their rights, including their right to privacy, are protected".

39 A DNA order, while it is not a sentence, is undoubtedly a serious consequence of conviction. This is evident from the comprehensive procedural protections that are woven into the scheme of the DNA data bank. The taking and retention of a DNA sample is not a trivial matter and, absent a compelling public interest, would inherently constitute a

l'égard des infractions qu'auraient commises des adolescents et prévoient que, malgré toute autre loi fédérale, ils bénéficient de ces lois (art. 14 *LSJPA*; par. 5(1) *LJC*). Elles incorporent les dispositions du *Code criminel*, « avec les adaptations nécessaires » (art. 140 *LSJPA*; même libellé à l'art. 51 *LJC*). Bien qu'aucune disposition de l'une ou l'autre loi ne modifie l'al. 487.051(1)*a*) ou le par. 487.051(2) du *Code*, il est clair que le législateur voulait que leurs principes communs soient respectés lorsque des adolescents sont aux prises avec le système canadien de justice pénale.

Le législateur a notamment veillé à ce que les conséquences découlant d'une condamnation d'adolescents soient imposées d'une manière qui favorise la réalisation des objectifs de la législation sur le système de justice pénale pour les adolescents. Cette politique législative ressort des deux lois. Ne pas en tenir compte contrecarre la volonté du législateur.

La *LJC*, par exemple, déclarait à l'al. 3(1)*a*.1) que « les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et aux conséquences de leurs actes »; elle reconnaissait à l'al. 3(1)*c*) leur « état de dépendance » et leur « degré de développement et de maturité », et elle affirmait à l'al. 3(1)*f*) que leur droit à la liberté « ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société ». De même, la *LSJPA* énonce à l'art. 3 que le système de justice pénale pour les adolescents doit être distinct du système pour les adultes et doit « mettre l'accent sur [. . .] la prise de mesures procédurales supplémentaires pour leur assurer un traitement équitable et la protection de leurs droits, notamment en ce qui touche leur vie privée ».

L'ordonnance de prélèvement génétique, bien qu'elle ne soit pas une peine, constitue incontestablement une conséquence grave de la déclaration de culpabilité. Cela ressort clairement du régime complet de protection procédurale prévu lors de la création de la banque de données génétiques. Le prélèvement et la conservation d'un échantillon

grave intrusion on the subject's right to personal and informational privacy.

d'ADN ne sont pas anodins et, en l'absence d'un intérêt public impérieux, ils constitueraient foncièrement une grave atteinte au droit à la vie privée en ce qui concerne tant l'intimité de la personne que ses renseignements personnels.

Both the *YOA* and the *YCJA* protect young persons from publication of their identities. Both emphasize rehabilitation rather than punishment. And both require the destruction of youth records after a finite time period.

40 Tant la *LJC* que la *LSJPA* protègent l'identité des adolescents. Les deux lois mettent l'accent sur la réadaptation plutôt que sur le châtiment. Elles exigent aussi toutes deux la destruction des dossiers après une période déterminée.

In creating a separate criminal justice system for young persons, Parliament has recognized the heightened vulnerability and reduced maturity of young persons. In keeping with its international obligations, Parliament has sought as well to extend to young offenders enhanced procedural protections, and to interfere with their personal freedom and privacy as little as possible: see the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, incorporated by reference in the *YCJA*.

41 En créant un système de justice pénale distinct pour les adolescents, le législateur a reconnu leurs plus grandes vulnérabilité et immaturité. Il a cherché également, pour se conformer à ses obligations internationales, à accorder une protection procédurale accrue aux jeunes contrevenants et à porter le moins possible atteinte à leur liberté et à leur vie privée : voir la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, incorporée par renvoi à la *LSJPA*.

In protecting the privacy interests of young persons convicted of criminal offences, Parliament has not seen itself as compromising, much less as sacrificing, the interests of the public. Rather, as Binnie J. noted in *F.N. (Re)*, [2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35, protecting the privacy interests of young persons serves rehabilitative objectives and thereby contributes to the long-term protection of society:

42 Le législateur n'a pas considéré que la protection du droit à la vie privée des adolescents reconnus coupables d'infractions criminelles compromettait, et encore moins, sacrifiait l'intérêt public. En fait, comme l'a souligné le juge Binnie dans *F.N. (Re)*, [2000] 1 R.C.S. 880, 2000 CSC 35, la protection du droit à la vie privée des adolescents sert les objectifs de réadaptation et contribue ainsi, à long terme, à la protection de la société :

> Stigmatization or premature "labelling" of a young offender still in his or her formative years is well understood as a problem in the juvenile justice system. A young person once stigmatized as a lawbreaker may, unless given help and redirection, render the stigma a self-fulfilling prophecy. [para. 14]

> Le système de justice pour les adolescents sait bien que la stigmatisation ou « l'étiquetage » prématuré d'un adolescent en période de développement est un problème. Il arrive que l'adolescent, une fois stigmatisé comme étant un malfaiteur, fasse en sorte que le stigmate devienne réalité, à moins de recevoir de l'aide et de la réorientation. [par. 14]

Moreover, Parliament has recognized in enacting youth criminal justice legislation that "most young offenders are one-time offenders only and, the less harm brought upon them from their experience with the criminal justice system, the less likely they are to commit further criminal acts" (*Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d)

43 En outre, en édictant des lois relatives au système de justice pénale pour les adolescents le législateur a reconnu que [TRADUCTION] « la plupart des jeunes contrevenants ne commettent qu'une infraction et que moins le système de justice pénale leur cause préjudice, moins ils sont susceptibles de commettre d'autres actes criminels » (*Re Southam Inc.*

678 (H.C.), at p. 697, *per* J. Holland J., aff'd (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.), leave to appeal dismissed, [1986] 1 S.C.R. xiv).

44 It is not surprising, then, that the Court of Appeal for Ontario has held that the balancing of factors under the discretionary prong of s. 487.051(1)(*b*) must take into account the age of the young person and the principles of youth criminal justice legislation. In *R. v. B. (K.)* (2003), 179 C.C.C. (3d) 413, the Court of Appeal (Catzman, Abella and Gillese JJ.A.) explained:

> The *Code* . . . makes no distinction between young and adult offenders respecting the three factors the court should consider in determining whether to order a DNA sample.
>
> The application of these factors, however, will necessarily be different between young and adult offenders. In [*R. v. Hendry* (2001), 161 C.C.C. (3d) 275], this court held (at para. 25) that "in the vast majority of cases, it would be in the best interests of the administration of justice to make the order". No such assumption can be made in the case of a young offender. All legislation dealing with young offenders and, in particular, the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, recognize that young offenders are to be treated differently by the courts because of differences in vulnerability, maturity, experience and other factors related to their youth. The Declaration of Principle heading that precedes s. 3(1) and 3(2) of the YOA and the principles addressed in those sections support the proposition that young persons, in principle, are to be treated differently from adults who are prosecuted under the *Criminal Code*. We cannot assume, for example, as with an adult offender, that there will be minimal impact on a young person's privacy and security of the person.
>
> In considering each of the three factors, the disposition judge must, in accordance with the principles of disposition set out in the young offenders legislation, look at each of them in terms of the goals sought to be achieved by that legislation. [Emphasis added; paras. 7-9.]

45 The same holds true for decisions made pursuant to s. 487.051(1)(*a*) and (2): In determining whether the young person has established that the

and The Queen (1984), 48 O.R. (2d) 678 (H.C.), p. 697, le juge J. Holland, conf. par (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1986] 1 R.C.S. xiv).

Il n'est donc pas surprenant que la Cour d'appel de l'Ontario ait statué que les facteurs à prendre en considération pour rendre la décision discrétionnaire visée à l'al. 487.051(1)*b*) doivent inclure l'âge des intéressés et les principes de la législation relative à la justice pénale pour les jeunes. La Cour d'appel (les juges Catzman, Abella et Gillese) a expliqué dans *R. c. B. (K.)* (2003), 179 C.C.C. (3d) 413 :

> [TRADUCTION] Le *Code* [. . .] ne fait aucune distinction entre les contrevenants adultes et les contrevenants adolescents pour ce qui est des trois facteurs dont le tribunal doit tenir compte pour décider s'il rend ou non l'ordonnance de prélèvement génétique.
>
> Toutefois, ces facteurs vont nécessairement s'appliquer de façon différente selon que le contrevenant est un adulte ou un adolescent. Dans [*R. c. Hendry* (2001), 161 C.C.C. (3d) 275], la cour a statué (par. 25) que « dans la vaste majorité des cas, le prononcé de l'ordonnance servira l'administration de la justice ». Cette présomption ne s'applique pas, toutefois, dans le cas des jeunes contrevenants. Toutes les lois concernant les contrevenants adolescents, en particulier la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, reconnaissent qu'il faut les traiter différemment parce qu'ils diffèrent sur le plan de la vulnérabilité, de la maturité, de l'expérience et d'autres facteurs tenant à leur jeunesse. Le titre *Déclaration de principes* précédant les par. 3(1) et (2) de la LJC et les principes énoncés dans ces deux dispositions permettent d'affirmer que les adolescents doivent en principe être traités différemment des adultes poursuivis en vertu du *Code criminel*. Par exemple, nous ne pouvons présumer, comme on le ferait pour un adulte, que l'atteinte à leurs droits à la vie privée et à la sécurité de leur personne sera minimale.
>
> Le juge appelé à trancher doit, conformément aux principes régissant les décisions énoncées dans la législation relative aux jeunes contrevenants, examiner chacun des trois facteurs en tenant compte des buts poursuivis par cette législation. [Je souligne; par. 7-9.]

Il en va de même des décisions prises en vertu de l'al. 487.051(1)*a*) et du par. 487.051(2). Le juge statuant sur la peine doit, pour déterminer si

public interest in the protection of society and the proper administration of justice is clearly and substantially inferior to his or her privacy and security interests, the sentencing judge must examine both sides of the equation through the lens of the applicable youth criminal justice legislation.

l'adolescent a établi que ses droits à la vie privée et à la sécurité de sa personne l'emportent nettement et amplement sur l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société et la bonne administration de la justice, examiner les deux membres de l'équation en tenant compte des dispositions législatives applicables en matière de justice pénale pour les adolescents.

IV

IV

The Nova Scotia Court of Appeal held that it owed no deference to the decision of Gass J. in this case because that decision was made pursuant to a mandatory provision of the *Criminal Code*.

46 La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a jugé qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce de faire preuve de retenue à l'égard de la décision de la juge Gass, car elle reposait sur une disposition impérative du *Code criminel*.

With respect, I prefer the view taken on this point by the Court of Appeal for Ontario in *Briggs*, where Weiler J.A. (Austin and Borins JJ.A. concurring) recognized that "a judge has a discretion to make an order authorizing the taking of a sample of DNA with respect to both primary and secondary offences although that discretion would appear to be more limited with respect to primary offences" (para. 3).

47 En toute déférence, la position prise sur ce point par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Briggs* me paraît préférable. La juge Weiler y a reconnu (les juges Austin et Borins souscrivant à ses motifs) que [TRADUCTION] « le juge dispose du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance autorisant le prélèvement d'un échantillon d'ADN dans le cas d'infractions primaires et d'infractions secondaires, bien que ce pouvoir soit plus circonscrit dans le cas des infractions primaires » (par. 3).

Subsection (1)(*a*) of s. 487.051 of the *Criminal Code*, which is framed in mandatory terms, cannot be read in isolation from subs. (2). Read together, these provisions make the issuance of a DNA order mandatory only where (1) a person or young person has been convicted of a primary designated offence and (2) the burden cast upon that person or young person by s. 487.051(2) has not been discharged. Put differently, the court is *not required to* make the order if it is *satisfied* that the person or young person has established gross disproportionality. Such is the language of discretion.

48 L'alinéa 487.051(1)*a*) du *Code criminel*, qui énonce une obligation, ne peut être considéré isolément du par. (2). Prises ensemble, ces deux dispositions rendent obligatoire l'ordonnance de prélèvement génétique uniquement (1) lorsqu'un accusé, adulte ou adolescent, a été déclaré coupable d'une infraction primaire et (2) qu'il ne s'est pas acquitté du fardeau de preuve qui lui est imposé par le par. 487.051(2). Autrement dit, le tribunal *n'est pas tenu* de rendre l'ordonnance s'il est *convaincu* que l'intéressé, adulte ou adolescent, a démontré l'existence d'une nette démesure. Ce qu'on vient de décrire est un pouvoir discrétionnaire.

Accordingly, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a decision to either make or refuse to make a DNA data bank order if the decision was clearly unreasonable: see, in the

49 Par conséquent, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la décision de rendre ou non une ordonnance de prélèvement pour dépôt à la banque

sentencing context, *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

V

50 The Court of Appeal intervened in this instance on three grounds.

51 First, it found that Gass J. had erred in holding that "the principles and purposes of the [*YCJA*] inform or otherwise modify the application of s. 487.051(1)(*a*) and (2)" (para. 17). In my respectful view, Gass J. did not err at all in this regard. In balancing the governing factors under s. 487.051(2) in cases involving young offenders, I have already explained why sentencing judges commit no error in taking into account the principles and objectives of youth criminal justice legislation, such as the *YOA* or the *YCJA*.

52 Second, the Court of Appeal held that Gass J. failed to deal with certain circumstances that ought to have informed the balancing of factors under s. 487.051(2). In dealing with this branch of the matter, it is essential to bear in mind that all of the relevant circumstances were canvassed by counsel and considered by the trial judge *cumulatively* at the DNA stage. That is to say, the hearing on sentence was incorporated by reference into the DNA hearing that followed immediately afterward. There was no confusion at all regarding the different legal considerations applicable to each of the two distinct decisions — one relating to sentence, the other to the DNA order. But the facts were not in dispute and the predisposition report, relevant at *both* stages, was not challenged by either side.

53 Quite properly, Crown counsel thus acknowledged in this Court that, at trial, the submissions on sentencing, the sentencing disposition, the DNA hearing, and the DNA order in this matter

de données génétiques que si la décision est manifestement déraisonnable : voir, dans le contexte de la détermination de la peine, *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

V

L'intervention de la Cour d'appel en l'espèce reposait sur trois motifs.

Premièrement, la Cour d'appel a estimé que la juge Gass avait conclu à tort que [TRADUCTION] « les principes et les objets de la [*LSJPA*] entrent en ligne de compte dans l'application de l'al. 487.051(1)*a*) et du par. 487.051(2) ou la modulent » (par. 17). En toute déférence, j'estime que la juge Gass n'a commis aucune erreur sur ce point. J'ai déjà expliqué pourquoi il n'est pas erroné dans les affaires concernant des jeunes contrevenants de tenir compte des principes et des objectifs des lois sur le système de justice pénale pour les adolescents comme la *LJC* ou la *LSJPA* dans la pondération des facteurs visés au par. 487.051(2).

Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que la juge Gass n'avait pas tenu compte de circonstances qu'il fallait prendre en considération dans la pondération des facteurs visés au par. 487.051(2). Dans l'examen de ce point, il ne faut surtout pas oublier que toutes les circonstances pertinentes ont été présentées par les avocats et examinées par la juge *cumulativement* à l'étape de la décision sur l'ordonnance de prélèvement génétique. C'est-à-dire que l'audience sur la détermination de la peine a été incorporée par renvoi à l'audience sur l'ordonnance de prélèvement qui l'a immédiatement suivie. Il n'y a eu aucune confusion au sujet des différentes considérations juridiques applicables à chacune de ces décisions distinctes, portant, l'une, sur la peine et l'autre, sur l'ordonnance de prélèvement. Cependant, les faits n'ont pas été contestés, pas plus que ne l'a été le rapport prédécisionnel, lequel était pertinent aux *deux* étapes.

C'est donc avec raison que l'avocat du ministère public a reconnu devant la Cour qu'au procès le débat et la décision sur la peine ainsi que l'audience et la décision relatives à l'ordonnance de

all proceeded more or less simultaneously, without objection.

It must be borne in mind as well that the trial judge, when asked by defence counsel whether she required more facts for the purposes of the DNA hearing, replied:

I'm certainly satisfied that the Court has ample facts before it based on the facts that were given prior to the disposition or the sentencing hearing and the information provided in the presentence report and the submissions of counsel.

In this light, I am not prepared to hold that the trial judge failed to consider the facts to which she thus adverted compendiously. Nor am I prepared to fault the appellant's counsel taking the judge at her word.

More specifically, the Court of Appeal reproached Gass J. for relying only on the age of the offender, the absence of a criminal record and the nature of the offence in refusing the DNA order. In its view, she had failed to address this additional information in the record:

– at the time of the commission of this assault offence the young person was on an undertaking to keep the peace and be of good behaviour;

– the only evidence of the young offender's remorse came through his father's report on the PSR interview;

– his school attendance has been an ongoing problem and precipitated this assault;

– the young offender's latest academic school report was not good;

– the young offender had a history of using illicit drugs and alcohol, although he maintained such use was in his past;

– the young offender has an anger management problem with a tendency to lose control of his behaviour as evidenced by this offence;

prélèvement génétique se sont déroulés plus ou moins simultanément, sans que cela suscite d'objection.

Il ne faut pas oublier non plus que, lorsque l'avocat de la défense a demandé à la juge du procès si elle avait besoin d'autres faits pour rendre sa décision sur l'ordonnance de prélèvement, elle a répondu : 54

[TRADUCTION] Je suis certainement convaincue qu'avec les faits qui lui ont été présentés avant la décision ou avant l'audience sur la détermination de la peine et les renseignements contenus dans le rapport prédécisionnel et dans l'argumentation des avocats, la Cour dispose d'amplement de faits.

Par conséquent, je ne puis conclure que la juge du procès n'a pas pris en considération des faits dont elle fait ainsi abondamment état. Je ne puis non plus faire grief à l'avocat de l'appelant d'avoir pris la juge au mot. 55

La Cour d'appel a reproché plus particulièrement à la juge Gass de s'être fondée uniquement sur l'âge du contrevenant, l'absence de casier judiciaire et la nature de l'infraction pour refuser l'ordonnance de prélèvement génétique. Selon la cour, la juge n'a pas pris en considération les renseignements suivants qui figuraient au dossier : 56

[TRADUCTION]

– lorsqu'il a commis cette agression, l'adolescent était lié par la promesse de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;

– la seule preuve des remords du jeune contrevenant provient des déclarations de son père lors de l'entrevue destinée à la préparation du rapport prédécisionnel;

– l'absentéisme scolaire du jeune contrevenant était un problème persistant et il avait déclenché l'agression;

– son dernier bulletin scolaire laissait à désirer;

– il a des antécédents de consommation de drogues illicites et d'alcool, même s'il affirmait que c'était du passé;

– il a du mal à maîtriser sa colère et a tendance à s'emporter, comme le démontre l'infraction;

– there is a history of violence in the young offender's family;

– the assault against the mother continued after the stabbing with the pen, until it was stopped by the intervention of the young offender's uncle. [para. 23]

57 The Court of Appeal's finding that Gass J. had failed to consider this "relevant information" cannot be reconciled with the record as we have it. The opposite is in fact true. Gass J. *mentioned specifically* that R.W.C. was bound by an undertaking at the time of the offence. She specifically mentioned as well R.W.C.'s anger management issues in her reasons on the DNA order, and on at least three separate occasions in her reasons for sentence. She stated that she did not wish to minimize them, but found that they were being addressed appropriately through the conditions she had imposed as part of R.W.C.'s probation order. That conclusion has not been attacked by the Crown.

58 Likewise, Gass J. *expressly considered* R.W.C.'s history of family violence, both in her reasons on the DNA order and her reasons for sentence. And she mentioned at least twice that the assault was precipitated by a dispute regarding his attendance at school.

59 The Court of Appeal erred as well in stating that the only evidence of R.W.C.'s remorse came from his father's interview for the predisposition report. As appears from the extract of the probation report reproduced above, R.W.C. had personally expressed his remorse to the probation officer, who also noted R.W.C.'s willingness to accept the consequences imposed upon him for his actions. Moreover, in her submissions on sentencing, Crown counsel acknowledged R.W.C.'s remorse in these terms:

In fact, there is an indication that the defendant accepts, certainly, responsibility for his involvement in this particular matter and that he indicates because he has shared quite a close relationship with his mother that hitting one's parents or becoming physically aggressive with one parent is not to be tolerated. And he

– il vivait dans une famille où sévissait la violence;

– l'agression contre sa mère avait continué après le coup de stylo, jusqu'à ce que l'oncle du jeune contrevenant y mette un terme. [par. 23]

La conclusion de la Cour d'appel que la juge Gass n'a pas tenu compte de ces [TRADUCTION] « renseignements pertinents » ne se concilie pas avec le dossier dont nous disposons. En fait, c'est tout le contraire. La juge Gass *a spécifiquement mentionné* que R.W.C. était lié par une promesse au moment de l'infraction. Elle a également fait état du problème de maîtrise de la colère dans ses motifs relatifs à l'ordonnance de prélèvement génétique et à trois différentes occasions, au moins, dans ses motifs concernant la peine. Elle a déclaré qu'elle ne voulait pas le minimiser mais que les conditions imposées dans l'ordonnance de probation y répondaient adéquatement, selon elle. Le ministère public n'a pas contesté cette conclusion.

De même, la juge Gass *a expressément examiné* le problème de la violence familiale, dans ses motifs relatifs à l'ordonnance de prélèvement génétique et dans ses motifs relatifs à la peine. Et elle a indiqué à au moins deux reprises qu'une querelle au sujet de la fréquentation scolaire de l'adolescent était à l'origine de l'agression.

La Cour d'appel a également fait erreur lorsqu'elle a déclaré que la seule preuve des remords de R.W.C. émanait de l'entrevue de son père menée dans le cadre de la préparation du rapport prédécisionnel. Il ressort de l'extrait du rapport de probation précédemment cité que R.W.C. a personnellement indiqué à l'agent de probation qu'il regrettait ce qu'il avait fait et qu'il était prêt à accepter les conséquences qui lui seraient imposées pour ses actes. De plus, dans son argumentation sur la détermination de la peine, l'avocate du ministère public a reconnu les remords de R.W.C. en ces termes :

[TRADUCTION] En fait, le défendeur semble certainement accepter la responsabilité de ses gestes dans cette affaire et explique que, parce qu'il a des liens étroits avec sa mère, il estime qu'il n'est pas tolérable de frapper ses parents ou de leur manifester physiquement de l'agressivité. Il dit regretter véritablement l'incident

says that he really regrets this because no one should hit their parents, especially their mother. So certainly we must accept those statements at face value. [Emphasis added.]

parce que personne ne doit frapper ses parents, en particulier sa mère. Nous devons donc certainement tenir ces déclarations pour sincères. [Je souligne.]

Again, the Court of Appeal reproached Gass J. for failing to mention R.W.C.'s "ongoing problem" with "school attendance" and an academic report that was "not good". These purported omissions by the trial judge should cause no surprise: In her representations on sentence, Crown counsel had expressly adopted the probation officer's assessment that "[o]verall in the home and school, the offender's behaviour appears to be compliant" (emphasis added).

60 La Cour d'appel reproche aussi à la juge Gass de ne pas avoir fait mention du « problème persistant » d'« absentéisme scolaire » et d'un bulletin scolaire qui « laissait à désirer ». Ces prétendues omissions n'ont rien de surprenant puisque l'avocate du ministère public avait explicitement fait sienne, dans ses observations au sujet de la peine, la position de l'agent de probation selon laquelle [TRADUCTION] « [d]ans l'ensemble, à la maison et à l'école, le délinquant semble se plier aux règles » (je souligne).

Other omissions imputed to Gass J. by the Court of Appeal were either included in the predisposition report, which Gass J. said that she had considered, or had been drawn to her attention moments earlier during counsels' submissions, or referred to by Gass J. herself in her judgment on sentence.

61 D'autres éléments dont la Cour d'appel reproche l'omission à la juge Gass figuraient dans le rapport prédécisionnel, que la juge a dit avoir examiné, ou avaient été portés plus tôt à son attention, lors des observations des avocats, ou avaient été mentionnés par la juge Gass dans sa sentence.

With respect, I am satisfied for all of these reasons that the Court of Appeal erred in holding that Gass J. had failed to consider relevant information in declining to make a DNA order. And I turn now to the third ground upon which the Court of Appeal set aside her decision at trial.

62 En toute déférence, j'estime, pour toutes ces raisons, que la Cour d'appel a conclu à tort que la juge Gass a omis de prendre en considération des renseignements pertinents lorsqu'elle a refusé de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique. J'aborde maintenant le troisième motif pour lequel la Cour d'appel a infirmé la décision de la juge du procès.

The Court of Appeal held that Gass J. had failed to particularize her decision. In its view, she had "apparently concluded that taking a DNA sample from a young offender was, prima facie, an impermissible violation of the young person's privacy and security interests" (para. 16), and had "lacked an evidentiary foundation upon which to base a denial of the presumptively mandatory order" (para. 13).

63 La Cour d'appel a estimé que la juge Gass n'avait pas explicité sa décision. Selon la cour, elle avait [TRADUCTION] « semblé conclure que le prélèvement d'un échantillon d'ADN sur un jeune contrevenant est de prime abord une atteinte inacceptable aux droits de l'adolescent à la vie privée et à la sécurité de sa personne » (par. 16) et [TRADUCTION] « la preuve ne permettait pas à la juge de refuser de rendre une ordonnance présumée obligatoire » (par. 13).

With respect, I find this reproach as well to be unwarranted.

64 À mon avis, ce reproche est également injustifié.

Gass J. instructed herself impeccably in law on several occasions. She noted that the young person had been found guilty of a primary designated offence and that a DNA order could therefore be

65 À plusieurs reprises, la juge a énoncé de façon irréprochable les principes de droit pertinents. Celle-ci a fait observer que l'adolescent avait été déclaré coupable d'une infraction primaire et qu'en

refused only if the conditions of s. 487.051(2) were met by R.W.C. The Nova Scotia Court of Appeal in *Jordan*, she noted, had held that "cases where an order that is properly sought under [s. 487.051(1)(*a*)] may be refused will be very rare indeed" (para. 5), and that "the young person . . . bears the burden of persuading the court that he falls within that exception. That has to be established by evidence on the record" (para. 21).

66 Gass J. went on to deal in very specific terms with the circumstances of this case. She noted that R.W.C. was 13 years of age, had no criminal record, and was involved in a fight with his mother in which he stabbed her with a pen in the foot. Gass J. did not conclude that taking a DNA sample from young persons constituted, *prima facie*, an impermissible violation of their rights, but took care to explain that she saw R.W.C.'s circumstances as "significantly different than the minimal infringement involved in the taking of a sample from a 35 year old individual with an extensive criminal record or even of the taking of a bodily sample from a 17 year old with an extensive criminal record" (para. 31).

67 Gass J. took into consideration the principles of the *YCJA*, the level of development of an early adolescent, and the young person's circumstances as they were described in the predisposition report. Though counsel for R.W.C. had offered to call the young person to testify on his own behalf, Gass J. was satisfied that the court had ample facts before it. I am not prepared to say that she erred in this regard.

68 In the circumstances, the offence committed by R.W.C. was clearly at the low end of the spectrum of primary designated offences. I should not be understood to be minimizing the gravity of his offence: R.W.C. committed a reprehensible assault on his mother. But it was committed in the course of a dispute between a 13-year-old boy and his mother about going to school and as a reflexive response to the humiliation of having his dirty laundry dumped

conséquence l'ordonnance de prélèvement génétique ne pouvait être refusée que si R.W.C. satisfaisait aux conditions prévues au par. 487.051(2). La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Jordan*, fait-elle observer, a conclu que [TRADUCTION] « les cas où une demande d'ordonnance remplissant les conditions prévues [à l'al. 487.051(1)*a*)] pourra être refusée sont effectivement très rares » (par. 5) et qu'[TRADUCTION] « il incombe à l'adolescent [. . .] de convaincre la cour que cette exception lui est applicable, au moyen d'éléments de preuve versés au dossier » (par. 21).

La juge Gass a ensuite analysé en détail les circonstances de l'affaire. Elle a signalé que R.W.C. était âgé de 13 ans, qu'il n'avait pas de casier judiciaire et que c'est à la suite d'une querelle avec sa mère qu'il lui a planté un stylo dans le pied. Elle n'a pas conclu que le prélèvement d'un échantillon d'ADN sur des adolescents constituait de prime abord une atteinte inacceptable à leurs droits; elle a plutôt pris la peine d'expliquer que dans le cas de R.W.C. la situation [TRADUCTION] « s'écarte nettement de l'atteinte minimale que constitue le prélèvement d'un échantillon sur un sujet de 35 ans au casier judiciaire bien garni ou même sur un adolescent de 17 ans ayant un lourd casier judiciaire » (par. 31).

La juge Gass a tenu compte des principes de la *LSJPA*, du niveau de développement atteint au début de l'adolescence et de la situation de l'intéressé décrite dans le rapport prédécisionnel. Bien que l'avocat de R.W.C. ait proposé de faire témoigner l'adolescent, la juge a déclaré que les faits dont la cour disposait étaient suffisants. Je ne suis pas prêt à dire qu'elle a commis une erreur à cet égard.

Dans les circonstances, l'infraction commise par R.W.C. figurait clairement au bas de l'échelle des infractions primaires. Je ne cherche pas par là à en minimiser la gravité; R.W.C. a perpétré une agression répréhensible sur la personne de sa mère, mais il l'a fait au cours d'une querelle entre un adolescent de 13 ans et sa mère, qui voulait l'envoyer à l'école et en réponse instinctive à l'humiliation causée par le déversement de linge sale sur lui pendant qu'il était

on him in his bed. His need for anger management, evidenced by this unacceptable attack on his mother, was addressed appropriately by Gass J.

R.W.C. was a first-time offender. Gass J. weighed the public interest in ordering that a DNA sample be taken from him and retained in the DNA data bank against the impact of such an order on his privacy and security interests. She conducted this exercise in light of the principles and objects of youth criminal justice legislation, and found that the impact of the order would be grossly disproportionate.

Her finding was reasonable in the circumstances and should not have been set aside by the Court of Appeal.

VI

For the foregoing reasons, I would allow the appeal and restore the order of the Supreme Court of Nova Scotia (Family Division).

The reasons of LeBel, Abella and Charron JJ. were delivered by

ABELLA J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of Fish J. With respect, I do not agree with his conclusion that the trial judge appropriately declined to make the DNA data bank order anticipated by s. 487.051(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

Section 487.051(1)(*a*) requires that a DNA order be made in the case of a primary designated offence, such as the one in this case, unless the offender has established a grossly disproportionate impact on his or her "privacy and security of the person". The statutory onus is on the offender to rebut the presumption that a DNA order should issue.

au lit. La juge Gass a pris des mesures adéquates à l'égard de la nécessité pour lui de maîtriser sa colère, nécessité démontrée par cette attaque inacceptable.

69 Il s'agissait de la première infraction de R.W.C. La juge Gass a mis en balance l'intérêt du public à ce que soit rendue l'ordonnance autorisant le prélèvement d'un échantillon d'ADN sur ce contrevenant et que l'échantillon soit conservé dans la banque de données génétiques, d'une part, et l'effet d'une telle ordonnance sur les droits de l'intéressé à la vie privée et à la sécurité de sa personne, d'autre part. Elle a procédé à cet examen en tenant compte des principes et objets de la législation relative à la justice pénale pour les jeunes, et elle a conclu que l'effet d'une telle ordonnance serait nettement démesuré.

70 Sa conclusion est raisonnable dans les circonstances, et la Cour d'appel n'aurait pas dû l'infirmer.

VI

71 Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (Division de la famille).

Version française des motifs des juges LeBel, Abella et Charron rendus par

72 LA JUGE ABELLA (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Fish. Je regrette de ne pouvoir souscrire à sa conclusion que la juge du procès a eu raison de refuser de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique prévue à l'al. 487.051(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

73 Selon l'al. 487.051(1)*a*), le tribunal est tenu de rendre une ordonnance de prélèvement génétique lorsqu'il déclare une personne coupable d'une infraction primaire, comme c'est le cas en l'espèce, à moins que le contrevenant n'établisse que cette mesure aurait un effet nettement démesuré sur « sa vie privée et la sécurité de sa personne ». La loi impose au contrevenant la charge de réfuter la présomption que l'ordonnance de prélèvement génétique doit être rendue.

74 The data bank provisions explicitly extend their grasp to young offenders found guilty of a designated offence under either the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, or the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1. While I agree with Fish J. that the principles of the *Young Offenders Act* and the *Youth Criminal Justice Act* are theoretically relevant to this determination, I am unable to see how they can be applied, as they were by the trial judge, so as to neutralize the clear language of the *Code*.

Les dispositions relatives à la banque de données génétiques visent explicitement les adolescents déclarés coupables d'une infraction désignée prévue par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, ou la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1. Je conviens avec le juge Fish de la pertinence théorique des principes de ces deux lois pour l'analyse menant à la décision, mais je ne vois pas comment on peut les appliquer de façon à neutraliser le libellé clair du *Code*.

Background

75 On November 26, 2002, R.W.C., who was 13 at the time, beat and punched his mother in the face and stabbed her in the foot with a pen during an argument. The police were contacted and R.W.C. was charged with four offences: two assaults with a weapon (a pen and a glass); failure to comply with an undertaking to keep the peace and be of good behaviour; and failure to comply with an undertaking not to possess a weapon.

Les faits

Le 26 novembre 2002, R.W.C., alors âgé de 13 ans, a frappé sa mère au visage à coups de poing et lui a planté un stylo dans le pied au cours d'une querelle. La police a été appelée, et R.W.C. a été inculpé sous quatre chefs d'accusation : deux d'agression armée (l'arme étant un stylo et un verre), un d'omission de se conformer à la promesse de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite et un d'omission de se conformer à la promesse de ne pas posséder d'arme.

76 R.W.C. pleaded guilty in the Supreme Court of Nova Scotia (Family Division) to assault with a weapon and breach of an undertaking. The following facts were presented by the Crown, illuminating violent conduct:

Devant la Division de la famille de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, R.W.C. a reconnu sa culpabilité à l'accusation d'agression armée et de non-respect d'une promesse. La présentation suivante des faits par le ministère public illustre son comportement violent :

> [T]he facts of this particular situation are that on November 26, 2002, the Halifax Regional Police received a call in relation to — initially a dispute involving a mother who was being beaten by her 13-year-old son, the accused, that being Mr. RWC.
>
> Upon arrival on the scene at approximately 9 o'clock on that Tuesday morning, the mother of the accused was crying and was very upset, complaining that her son, that being RWC, had assaulted her upstairs in his bedroom.
>
> She had a large bruise and swelling on her right eye which she was holding a bag of frozen strawberries on. And she showed the constable, that being Cst. McDonald, her left common peroneal area on her leg as well there was a large red mark. And as well, the constable noted that there was a stab mark from a pen on the top of her right foot near her toe.

> [TRADUCTION] [L]es faits en cause sont que le 26 novembre 2002, la police régionale de Halifax a reçu un appel relatif à — initialement, une dispute — une mère qui se faisait battre par son fils de 13 ans, l'accusé, M. R.W.C.
>
> À son arrivée sur les lieux, vers 9 h ce mardi-là, le policier a trouvé la mère en larmes et très agitée. Elle se plaignait que son fils, c'est-à-dire R.W.C., l'avait attaquée dans la chambre de celui-ci, à l'étage.
>
> Elle appliquait un sac de fraises congelées sur son œil droit, qui était enflé et présentait une importante ecchymose. Elle a aussi montré au policier, l'agent McDonald, une grosse marque rouge sur sa jambe gauche, dans la région du péroné. L'agent a également constaté une blessure faite par un coup de stylo porté au pied droit, près de l'orteil.

The victim and mother, the complainant and mother of the accused, that being Ms. [C], indicated that at 7:20 that morning she had tried to get her son out of bed on the second floor of the duplex. She indicated that she was trying to get him out of bed and, in fact, he wouldn't move.

There was a concern with respect to his attendance at school and she wanted him to go to school. She was yelling at him at his bedside trying to get him to get up. And he refused.

Finally, the complainant went into the hallway, got a laundry basket, came in, threw the dirty laundry on the accused and indicated that if he wasn't going to go to school he could lay there in his dirty laundry. At which point the accused stabbed her with a pen that was lying on the floor. He grabbed it and stabbed her in the foot with it.

Ms. [C], the complainant, went and laid down for a few moments. Then she went back in to try to get Mr. RWC up to go to school again, at which point he stood up and started swinging. He close-fist punched her in the eye and kept swinging at her head, hitting her in the jaw, scratching her in the face and punching her in the eye.

And the altercation continued until her brother came into the room and separated the two. It was at that point that the accused wouldn't back away from his mother and he kept punching her.

In fact, the accused was on an undertaking dated July 6th, 2003 [*sic*]. The undertaking was to an officer in charge. And the condition of that undertaking was that he keep the peace and be of good behaviour — excuse me, that he not possess any weapon or ammunition.

My Lady, as indicated to the Court, there had been a guilty plea entered to the Section 267(a), that being an assault with a pen on the person of [Ms. C]. And as well, to the Section 145(5.1) being an undertaking to an officer in charge, the conditions that he keep the peace and be of good behaviour.

I believe that should suffice for purposes of the fact finding.

THE COURT Any comment on the facts?

MR. GOSINE Just that Mr. RWC admits to having struck his mother with a pen and being released on an

La plaignante, victime et mère de l'accusé, M^me^ [C.], a indiqué qu'à 7 h 20 ce matin-là, elle avait voulu faire lever son fils, dont la chambre se trouvait à l'étage du duplex. Elle essayait de le faire sortir du lit, mais sans succès.

Son absentéisme scolaire était un sujet de préoccupation et elle voulait qu'il aille à l'école. Elle lui criait après, à côté de son lit, essayant de le faire lever. Mais il refusait.

La plaignante a fini par sortir dans le couloir, elle y a pris un panier de linge sale, est retournée dans la chambre et a vidé le panier sur l'accusé en lui disant que s'il n'allait pas aller à l'école il pouvait bien rester là dans son linge sale. L'accusé lui a alors planté un stylo qui traînait sur le plancher. Il s'en est emparé et le lui a planté dans le pied.

M^me^ [C.], la plaignante, est allée s'étendre quelques instants, puis elle est retournée pour tenter encore une fois de faire lever M. R.W.C. pour qu'il aille à l'école. C'est alors qu'il s'est levé et a commencé à frapper. Il lui a donné un coup de poing dans l'œil et a continué à la frapper à la tête, l'atteignant à la mâchoire et à l'œil et lui égratignant la figure.

L'altercation s'est poursuivie jusqu'à ce que le frère de la plaignante arrive dans la chambre et les sépare. À ce moment, l'accusé ne voulait pas s'arrêter et continuait à frapper sa mère.

En fait, l'accusé avait remis une promesse à un fonctionnaire responsable, le 6 juillet 2003 [*sic*]. Les conditions fixées dans la promesse étaient de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite — excusez-moi, de ne pas avoir d'arme ou de munitions en sa possession.

Madame la Juge, comme il en a été fait état, l'accusé a plaidé coupable à l'accusation fondée sur l'al. 267a), c'est-à-dire agression avec un stylo sur la personne de [M^me^ C.], ainsi qu'à l'accusation fondée sur le par. 145(5.1), c'est-à-dire omission de se conformer à une promesse remise à un fonctionnaire responsable, dont les conditions étaient de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite.

Je crois que cela devrait suffire pour l'établissement des faits.

LA COUR Quelqu'un a-t-il des commentaires sur les faits?

M. GOSINE Simplement que M. R.W.C. reconnaît avoir frappé sa mère avec un stylo et être en liberté sur la

undertaking. As a result of that charge, if he's found guilty, he failed to keep the peace.

THE COURT The facts the Crown has recited do support the charge of assault with a weapon or an imitation thereof, contrary to Section 267(a) of the *Criminal Code*. And I therefore make a finding of guilty.

And in this case I think it is pursuant to Section 19 of the *Young Offenders Act* still. And with respect to the charge under Section 145(5.1), the facts do support a charge of breach of an undertaking to keep the peace and be of good behaviour and (inaudible) him guilty pursuant to Section (inaudible). [Emphasis added.]

77 R.W.C. did not dispute the Crown's description of the circumstances surrounding the commission of the offence.

78 The trial judge also received a pre-disposition report, which noted that R.W.C. admitted having a history of involvement with drugs and alcohol and problems with school attendance, but presented as cooperative, polite, and regretful of his behaviour.

79 Significantly, the report also quoted the Vice-Principal of R.W.C.'s junior high school who, while describing him as a "bright and nice kid", nonetheless acknowledged that he had "blown a gasket" on a few occasions. The author of the pre-disposition report noted that several unsuccessful attempts had been made to contact the mother. The report concluded that R.W.C. was in need of an anger management program to address his violence.

80 The trial judge found that there was entrenched family violence which held the potential for future violence if not addressed. She sentenced R.W.C. to four months' probation with conditions, including that he cooperate with any referral to an anger management or violence program.

81 Because assault with a weapon is a primary designated offence, there is a statutory presumption

foi d'une promesse. S'il est déclaré coupable de cette accusation, il n'aura pas respecté la condition de ne pas troubler l'ordre public.

LA COUR Les faits exposés par le ministère public étayent l'accusation d'agression à l'aide d'une arme ou imitation d'arme, infraction prévue à l'al. 267a) du *Code criminel*. Par conséquent, je rends un verdict de culpabilité.

En l'espèce, je crois que c'est toujours l'art. 19 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* qui s'applique. En ce qui concerne l'accusation fondée sur le par. 145(5.1), les faits étayent l'accusation de non-respect de la promesse de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite, et (inaudible) coupable en vertu de l'art. (inaudible). [Je souligne.]

R.W.C. n'a pas contesté la description que le ministère public a donnée des circonstances de la perpétration des infractions.

La juge du procès a aussi reçu un rapport prédécisionnel, selon lequel R.W.C. avait admis avoir des antécédents de consommation de drogues et d'alcool et des problèmes d'absentéisme scolaire, mais il s'était montré coopératif et poli et avait dit regretter son comportement.

Fait révélateur, le rapport citait également des propos du directeur adjoint de l'école secondaire de premier cycle fréquentée par R.W.C. Le directeur a décrit l'adolescent comme un [TRADUCTION] « garçon brillant et gentil », mais il a reconnu qu'il était arrivé à ce dernier de [TRADUCTION] « piquer des crises » à quelques occasions. L'auteur du rapport signale qu'on a vainement essayé de joindre la mère du garçon à plusieurs reprises. Il conclut que R.W.C. a besoin de suivre un programme de gestion de la colère afin de régler son problème de violence.

Selon la juge du procès, la violence familiale est profondément ancrée et peut entraîner d'autres actes de violence plus tard si aucune mesure n'est prise pour traiter le problème. Elle a imposé à R.W.C. une période de probation de quatre mois assortie de conditions, dont celle d'accepter de suivre le programme de gestion de la colère ou de réduction de la violence qui lui serait prescrit.

L'agression armée étant une infraction primaire, il existe à l'al. 487.051(1)*a*) du *Code* la

in s. 487.051(1)(*a*) of the *Code* that a DNA order be made. The trial judge, however, exercising her discretion under s. 487.051(2), found that the impact of a DNA data bank order on R.W.C. would be grossly disproportionate to the "public interest in the protection of society and the proper administration of justice", concluding that the public benefits paled in comparison to the implications for the privacy and security interests of a 13 year old in the circumstances of this case.

In a telling passage, the trial judge contrasted the implications of taking a DNA sample for a 13 year old and a 35 year old:

It seems to me that when we are talking about the bodily integrity of a 13 year old in the context of his age, his level of development, his understanding and appreciation of the offence committed and the implications of the taking of a DNA sample, that is significantly different than the minimal infringement involved in the taking of a sample from a 35 year old individual with an extensive criminal record or even of the taking of a bodily sample from a 17 year old with an extensive criminal record.

((2003), 215 N.S.R. (2d) 164, 2003 NSSF 31, at para. 31)

The issue in this appeal is whether the trial judge, on the record before her, erred in concluding that R.W.C. had rebutted the presumption. For the following reasons, I agree with the conclusion of Bateman J.A. that the trial judge lacked an evidentiary foundation for refusing to make the presumptively mandatory order.

Analysis

As Fish J. points out (at para. 20), s. 487.051 of the *Code* draws a "sharp distinction" between DNA orders made in respect of those who commit offences designated as primary, such as in this case, and those designated as secondary. The relevant provisions are:

présomption qu'il y a lieu de rendre une ordonnance de prélèvement génétique. La juge du procès, toutefois, se fondant sur le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le par. 487.051(2), a estimé que l'ordonnance de prélèvement génétique aurait sur R.W.C. un effet nettement démesuré par rapport à « l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société et la bonne administration de la justice », concluant que, dans les circonstances, l'intérêt public ne souffrait pas la comparaison avec les conséquences que la mesure entraînerait sur les droits d'un adolescent de 13 ans à la vie privée et à la sécurité de sa personne.

82 Dans un passage révélateur de ses motifs, la juge du procès a comparé les conséquences d'un prélèvement génétique sur un sujet de 13 ans et sur un sujet de 35 ans :

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'intégrité physique d'un adolescent de 13 ans, il me semble que la situation, compte tenu de l'âge de l'intéressé, de son niveau de développement et de la compréhension et la perception qu'il a de l'infraction commise ainsi que des conséquences du prélèvement d'un échantillon d'ADN, s'écarte nettement de l'atteinte minimale que constitue le prélèvement d'un échantillon sur un sujet de 35 ans au casier judiciaire bien garni ou même sur un adolescent de 17 ans ayant un lourd casier judiciaire.

((2003), 215 N.S.R. (2d) 164, 2003 NSSF 31, par. 31)

83 En l'espèce, il faut déterminer si, compte tenu de la preuve dont elle disposait, la juge du procès a commis une erreur en concluant que R.W.C. avait réfuté la présomption. Pour les motifs qui suivent, je partage l'opinion du juge Bateman que la preuve ne permettait pas à la juge du procès de refuser de rendre l'ordonnance présumée obligatoire.

Analyse

84 Comme le signale le juge Fish (par. 20), l'art. 487.051 du *Code* établit une « distinction nette » entre les ordonnances de prélèvement génétique visant les auteurs d'infractions primaires, comme c'est le cas en l'espèce, et celles qui visent les auteurs d'infractions secondaires. Voici les dispositions applicables :

487.051 (1) Subject to section 487.053, if a person is convicted, discharged under section 730 or, in the case of a young person, found guilty under the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985, or the *Youth Criminal Justice Act* of a designated offence, the court

(*a*) shall, subject to subsection (2), in the case of a primary designated offence, make an order in Form 5.03 authorizing the taking, from that person, for the purpose of forensic DNA analysis, of any number of samples of one or more bodily substances that is reasonably required for that purpose, by means of the investigative procedures described in subsection 487.06(1); or

(*b*) may, in the case of a secondary designated offence, make an order in Form 5.04 authorizing the taking of such samples if the court is satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so.

(2) The court is not required to make an order under paragraph (1)(*a*) if it is satisfied that the person or young person has established that, were the order made, the impact on the person's or young person's privacy and security of the person would be grossly disproportionate to the public interest in the protection of society and the proper administration of justice, to be achieved through the early detection, arrest and conviction of offenders.

(3) In deciding whether to make an order under paragraph (1)(*b*), the court shall consider the criminal record of the person or young person, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission and the impact such an order would have on the person's or young person's privacy and security of the person and shall give reasons for its decision.

85 Sections 487.051(1)(*a*) and 487.051(2) provide that when someone is convicted of a primary designated offence, a DNA order *must* be made unless the judge is satisfied that the offender has established that the impact of the order on his or her privacy and security of the person would be grossly disproportionate to the public's interest in the early detection, arrest and conviction of offenders. Any refusal would, based on the language of the provision, be exceptional.

86 Three points bear emphasis: the onus is on the offender to satisfy the court that the order should

487.051 (1) Sous réserve de l'article 487.053, lorsqu'il déclare une personne coupable ou, en vertu de l'article 730, l'absout ou déclare un adolescent coupable sous le régime de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985), ou de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* d'une infraction désignée, le tribunal, selon le cas :

a) doit, sous réserve du paragraphe (2), dans le cas d'une infraction primaire, rendre une ordonnance — rédigée selon la formule 5.03 — autorisant le prélèvement, pour analyse génétique, du nombre d'échantillons de substances corporelles de l'intéressé jugé nécessaire à cette fin;

b) peut, dans le cas d'une infraction secondaire, rendre une ordonnance au même effet — rédigée selon la formule 5.04 —, s'il est convaincu que cela servirait au mieux l'administration de la justice.

(2) Le tribunal n'est pas tenu de rendre l'ordonnance en question dans le cas d'une infraction primaire s'il est convaincu que l'intéressé a établi qu'elle aurait, sur sa vie privée et la sécurité de sa personne, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société et la bonne administration de la justice, que visent à assurer la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants.

(3) Pour décider s'il rend ou non l'ordonnance dans le cas d'une infraction secondaire, le tribunal prend en compte l'effet qu'elle aurait sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration. Il est tenu de motiver sa décision.

Selon l'al. 487.051(1)*a*) et le par. 487.051(2), lorsque le tribunal déclare une personne coupable d'une infraction primaire, il *doit* rendre une ordonnance de prélèvement génétique à moins d'être convaincu que le contrevenant a établi qu'elle aurait, sur sa vie privée et la sécurité de sa personne, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui concerne la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants. D'après le libellé de la disposition, l'ordonnance ne serait refusée que dans des cas exceptionnels.

Trois points méritent d'être soulignés : la charge de convaincre le tribunal qu'il n'y a pas lieu de

not be made; the threshold for discharging the onus is gross disproportionality; and both adult and young offenders are explicitly made subject to the provisions.

Section 487.051(1)(*b*) of the *Code* deals with secondary designated offences. It too makes specific reference to young persons being embraced by the provision's scope. The test, however, is completely different. If the offence is designated as secondary, a DNA order is not presumptively required. A discretion is given to the trial judge, who *may* make the order if satisfied that it is in the best interests of the administration of justice to do so based on the factors set out in s. 487.051(3): the criminal record, the nature of the offence, the circumstances surrounding its commission, and the impact such an order would have on the person's privacy and security. In other words, the best interests of the administration of justice are determined by balancing these factors.

The test for primary designated offences, on the other hand, makes no reference to these factors and there is significantly less scope for discretion. The test, moreover, is not what is in the best interests of the administration of justice, as it is in the case of secondary offences. Instead, in the case of more serious offences Parliament has already codified the public interest and proper administration of justice as requiring a DNA order to achieve the early detection, arrest, and conviction of offenders. That is the articulated basis for carving out those more serious offences from the scheme, making a DNA data bank order presumptively mandatory and making the hurdle for avoiding the order far more onerous. Only if an offender, youthful or adult, can demonstrate that the impact of such an order on his or her privacy and security is grossly disproportionate to the public interest in the protection of society, can a court refuse to make the order.

rendre l'ordonnance incombe au contrevenant; pour s'acquitter de cette charge, il lui faut établir l'existence d'une nette démesure; les contrevenants adolescents, comme les contrevenants adultes, sont expressément assujettis à ces dispositions.

87 L'alinéa 487.051(1)*b*) du *Code* porte sur les infractions secondaires. Cette disposition également énonce qu'elle s'applique aux adolescents. Le critère, cependant, est tout à fait différent. S'il s'agit d'une infraction secondaire, l'ordonnance de prélèvement génétique n'est pas présumée obligatoire. Le juge du procès jouit alors d'un pouvoir discrétionnaire, et il *peut* rendre l'ordonnance s'il est convaincu que cela servirait au mieux l'administration de la justice, compte tenu des facteurs énoncés au par. 487.051(3) : l'effet que l'ordonnance aurait sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration. Autrement dit, l'intérêt de l'administration de la justice se détermine par la pondération de ces facteurs.

88 Par contre, le critère applicable aux infractions primaires ne fait appel à aucun de ces facteurs et il laisse beaucoup moins de place à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il ne vise pas non plus à déterminer ce qui servirait au mieux l'administration de la justice, comme c'est le cas pour les infractions secondaires. Pour ce qui est des infractions plus graves, le législateur a déjà établi qu'il est dans l'intérêt public et dans l'intérêt de la bonne administration de la justice de rendre une ordonnance de prélèvement génétique afin de parvenir à la découverte, à l'arrestation et à la condamnation rapides des contrevenants. Ce sont les raisons énoncées pour la création d'un régime particulier pour les infractions plus graves, qui rend obligatoires par présomption les ordonnances de prélèvement génétique et impose au contrevenant qui veut échapper à cette mesure une charge de preuve plus exigeante. En effet, ce n'est que si ce dernier, adolescent ou adulte, peut démontrer qu'une telle ordonnance aura sur sa vie privée et la sécurité de sa personne un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société que le tribunal pourra refuser de rendre l'ordonnance.

89 And this, in turn, is a question of evidence. Factors such as the offender's age, record and personal circumstances may well be advanced as part of the offender's evidentiary package if they relate to the question of impact on the offender's privacy and security of the person, but, unlike the case of secondary offences, they are not the focus of the inquiry. What is being weighed, instead, is whether the offender has discharged his burden of showing that the impact on his or her privacy and security interests is so overwhelming as to grossly outweigh society's interest in its own protection.

90 Is this burden different for young offenders? As previously indicated, not only is no distinction drawn in s. 487.051(1) between adult and young offenders, young persons are specifically included. By expanding the operation of the provision to include young persons without words of limitation, Parliament has signalled its view that DNA data banks orders can or should be made even where the offender is not an adult. In the case of less serious offences, it has formulated a balancing test and, in the case of serious offences, designed a highly stringent one. Both tests apply to both adult and young offenders.

91 This is not to say that Parliament has failed to recognize the unique privacy and security needs of young persons. On the contrary, there are a number of provisions in both the *DNA Identification Act*, S.C. 1998, c. 37, and the *Code* that explicitly recognize them. For example, s. 9.1 of the *DNA Identification Act*, provides that "[a]ccess to information in the convicted offenders index" will be "permanently removed without delay" once the young offender's record is destroyed under the *Young Offenders Act*. Similarly, s. 10.1 of the *DNA Identification Act* provides for the destruction of bodily substances collected from a young offender "when the last part of the record in relation to the same offence is required to be destroyed". Section 487.07(4) of the *Code* provides that a young person against whom a DNA warrant is executed has, in addition to any

Il s'agit là d'une question de preuve. Le contrevenant peut inclure dans sa preuve des facteurs comme son âge, son casier judiciaire et des circonstances personnelles s'ils se rapportent à la question de l'effet sur sa vie privée et la sécurité de sa personne, mais, contrairement à ce qui se passe dans le cas des infractions secondaires, ce n'est pas sur eux que porte principalement l'analyse. Le tribunal examine plutôt si le contrevenant s'est acquitté du fardeau qui lui incombe de démontrer que l'effet de l'ordonnance sur sa vie privée et la sécurité de sa personne est si accablant qu'il est nettement démesuré par rapport à l'intérêt qu'a la société d'assurer sa protection.

Le fardeau de preuve est-il différent pour les jeunes contrevenants? Comme nous l'avons vu, non seulement le par. 487.051(1) n'établit aucune distinction entre les contrevenants adultes et les contrevenants adolescents, mais il inclut spécifiquement les adolescents. En élargissant aux adolescents l'application de la disposition sans l'assortir de restrictions, le législateur a indiqué qu'il considérait que les ordonnances de prélèvement génétique pouvaient ou devaient être rendues même si le contrevenant n'est pas un adulte. Dans le cas des infractions moins graves, il a élaboré un critère de pondération et, pour les infractions graves, un critère extrêmement exigeant. Tous deux s'appliquent aux adolescents comme aux adultes.

Cela ne veut pas dire que le législateur n'a pas pris en considération les besoins particuliers des adolescents en matière de vie privée et de sécurité. Au contraire, tant dans la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques*, L.C. 1998, ch. 37, que dans le *Code*, il a inclus des dispositions reconnaissant explicitement ces besoins. Par exemple, l'art. 9.1 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* énonce que « [t]out renseignement contenu dans le fichier des condamnés [. . .] doit être rendu définitivement inaccessible », une fois que le dossier de l'adolescent est détruit conformément à la *Loi sur les jeunes contrevenants*. De même, l'art. 10.1 de la *Loi sur l'identification par les empreintes génétiques* prévoit la destruction des substances corporelles d'un jeune contrevenant « au moment où les derniers éléments du dossier

other rights arising from his or her detention under the warrant, the right to a reasonable opportunity to consult with, and have the warrant executed in the presence of, counsel and a parent, adult relative or other appropriate adult.

de l'adolescent qui ont trait à cette infraction [sont] détruits ». Quant au par. 487.07(4) du *Code*, il prévoit que l'adolescent visé par un mandat de prélèvement génétique a, en plus des droits relatifs à sa détention pour l'exécution du mandat, le droit de se voir donner la possibilité de consulter un avocat et soit son père ou sa mère, soit un parent adulte, soit tout autre adulte idoine, et d'exiger que le mandat soit exécuté en présence d'une telle personne.

That means, as for adult offenders, that a court can only decline to make a DNA data bank order in respect of a primary designated offence where there is evidence that the impact on the young person's privacy and security interests is grossly disproportionate to the public interest in the early detection, arrest and conviction of offenders. The court cannot simply infer a disproportionate impact on the basis that the offender is a young person. Such an approach would effectively turn the presumption on its head. 92

Cela signifie que, comme pour les contrevenants adultes, en cas d'infraction primaire, le tribunal ne peut refuser de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique que si la preuve démontre que la mesure aura sur la vie privée de l'adolescent et la sécurité de sa personne un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui concerne la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants. Il ne peut pas simplement se fonder sur le fait que le contrevenant est un adolescent pour inférer un effet démesuré. Une telle approche irait dans le sens exactement inverse de la présomption.

While young offender legislation contains principles and protections to which all young offenders are always entitled, I have difficulty seeing how those principles and protections assist in any meaningful way in this case. The question is whether there was evidence that the impact of the order on this particular young person's privacy and security was so overwhelming as to be grossly disproportionate to the public's interest in protecting itself from potentially violent offenders. The test is the same for adult and young persons because the crime solving and public protection concerns that motivated Parliament are the same for both — both can be victims of wrongful convictions, both can be wrongfully accused, and both risk re-offending. 93

La législation visant les jeunes contrevenants énonce des principes et garanties dont ils peuvent tous se réclamer, mais je peux difficilement voir en quoi ils sont utiles en l'espèce. La question est de savoir si l'ordonnance avait sur la vie privée de l'adolescent et la sécurité de sa personne un effet si accablant qu'il était nettement démesuré par rapport à l'intérêt du public à se protéger contre les contrevenants potentiellement violents. Le critère est le même pour les adultes et les adolescents, car le souci de la détection des criminels et de la protection du public qui animait le législateur est le même dans les deux cas — tant les adolescents que les adultes peuvent être injustement condamnés ou accusés, comme ils peuvent présenter des risques de récidive.

Counsel for R.W.C. conceded that no evidence had been adduced with respect to the impact on his client. Rather, he had urged the trial judge to take judicial notice of the probable and likely effect of a DNA data bank order on young people in general. His argument was that because of the offender's age, lack of a criminal record and the 94

L'avocat de R.W.C. a admis qu'il n'avait soumis aucun élément de preuve relativement à l'effet de l'ordonnance sur son client. Il avait plutôt exhorté la juge du procès à prendre connaissance d'office de l'effet probable d'une telle mesure sur les adolescents en général. Il a soutenu qu'en raison de l'âge du contrevenant, de son casier judiciaire vierge

domestic nature of the crime, the impact of a DNA order would be grossly disproportionate to R.W.C.

95 The trial judge concluded that the case of R.W.C. was "so far removed from the usual situations contemplated by the legislative scheme" (para. 40) that the taking of the sample could not reasonably be justified. There was no evidence to support this, or any other conclusion about the impact on R.W.C. of such an order.

96 The trial judge wisely expressed concern for the possibility that a DNA order could have a disproportionate impact on a young person. This is the kind of reality a judge dealing with young offenders is required to be sensitive to. But it ignores the legislative reality that Parliament has deemed the privacy and security interests of a young person convicted of a primary designated offence to be outweighed by the public interest in the protection of society and the proper administration of justice.

97 The trial judge's error, with respect, was in basing her conclusion on generic considerations about impact, rather than on evidence of how disproportionate the impact was on this particular young offender. She essentially melted the test for primary offences into the one for secondary offences, turning an order that Parliament directed to be presumptively mandatory, into one that was presumptively inapplicable in the case of young offenders, replacing the requirement for *evidence* of gross disproportionality with a *presumption* of gross proportionality.

98 This was a violent domestic incident involving the use of a weapon. The fact that the weapon was a pen does not diminish the fact that this was an offence designated to be primary and therefore governed by s. 487.051(1)(*a*). The stabbing was part of an escalating conflict which culminated in R.W.C. striking repeatedly at his mother's head with closed fists. Were it not for the intervention of a relative,

et du caractère familial de l'infraction, la mesure aurait un effet nettement démesuré sur R.W.C.

La juge du procès a conclu que le cas de R.W.C. [TRADUCTION] « s'écartait tellement des situations normales envisagées par les dispositions législatives » (par. 40) que le prélèvement d'échantillons ne pouvait être raisonnablement justifié. Rien dans la preuve n'étayait cette conclusion ni toute autre conclusion sur l'effet d'une telle ordonnance sur R.W.C.

La juge du procès a formulé de judicieuses considérations sur la possibilité qu'une ordonnance de prélèvement génétique ait un effet nettement démesuré sur un adolescent. C'est une réalité à laquelle un juge ayant affaire à de jeunes contrevenants doit se montrer sensible, mais elle ne doit pas faire perdre de vue la réalité législative, à savoir que le législateur a considéré que l'intérêt public en ce qui concerne la protection de la société et la bonne administration de la justice l'emportait sur les droits des adolescents déclarés coupables d'une infraction primaire à la vie privée et à la sécurité de leur personne.

L'erreur de la juge du procès a consisté, à mon avis, à fonder sa conclusion sur des considérations générales au sujet de l'effet, plutôt que sur la preuve établissant à quel point l'effet sur le jeune contrevenant est démesuré en l'espèce. La juge a essentiellement fusionné le critère applicable aux infractions primaires et le critère applicable aux infractions secondaires et a fait de l'ordonnance que le législateur a voulue obligatoire par présomption une ordonnance présumée inapplicable aux jeunes contrevenants, en remplaçant l'exigence relative à la *preuve* de l'effet nettement démesuré par une *présomption* de nette proportionnalité.

Il s'agit ici d'un incident de violence familiale comportant l'utilisation d'une arme. Même si l'arme est un stylo, il n'en demeure pas moins que le crime commis constitue une infraction primaire, donc régie par l'al. 487.051(1)*a*). L'agression a eu lieu au cours d'une querelle qui s'intensifiait et qui a atteint son paroxysme lorsque R.W.C. a asséné à sa mère des coups de poing répétés à la tête. Sans

the injuries sustained by the mother might have been far more serious.

The trial judge made an express finding of fact that there was the potential for future violence if not addressed by remedial means. The record amply supports this finding. It is this very potential that the DNA data bank order is meant to address in the case of primary designated offences.

The denial of an otherwise mandatory order must have a factual underpinning. I agree with Bateman J.A. of the Court of Appeal that the youth court judge lacked such a foundation, concluding:

> The judge, in my view, lacked an evidentiary foundation upon which to base a denial of the presumptively mandatory order. In declining to order the sample, the judge relied upon the fact that this was a first-time offender who was only 13 years old at the time of the offence; that the stabbing of the mother with the pen was not typical of the primary designated offences; and that there was no identifiable risk of recidivism. The judge fell into error, in my respectful view, when, in the absence of evidence, she speculated about the impact of the sample taking upon the psyche of this young offender . . . .
>
> There was no evidence about R.W.C.'s psychological, emotional or mental health, nor his level of development or understanding or appreciation of the offence committed. In particular, there was nothing before the court which addressed this young offender's reaction to or anticipation of the prospect of the taking of the DNA. . . .

((2004), 222 N.S.R. (2d) 41, 2004 NSCA 30, at paras. 13-14)

For these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Fish and Abella JJ. I agree with Abella J. that the test set out in s. 487.051(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ought to operate in the same way for

l'intervention d'un membre de la famille, la mère de R.W.C. aurait pu subir des blessures bien plus graves.

99 La juge du procès a conclu expressément qu'il y avait possibilité de violence plus tard si l'on ne prenait pas de mesures correctrices. Le dossier étaye largement cette conclusion. C'est exactement cette possibilité que les ordonnances de prélèvement génétique visent à enrayer dans le cas des infractions primaires.

100 Le refus de rendre une ordonnance obligatoire doit reposer sur des faits. Je partage l'opinion du juge Bateman, de la Cour d'appel, que la décision de la juge du tribunal pour adolescents ne s'appuyait pas sur un tel fondement :

> [TRADUCTION] À mon avis, la preuve ne permettait pas à la juge de refuser de rendre une ordonnance présumée obligatoire. La juge a refusé d'ordonner le prélèvement de l'échantillon parce qu'il s'agissait de la première infraction du contrevenant, commise alors qu'il n'avait que 13 ans, que frapper sa mère avec un stylo ne correspondait pas aux infractions primaires habituelles et qu'il n'existait pas de risque prévisible de récidive. À mon avis, la juge a commis une erreur en émettant des hypothèses au sujet de l'effet d'un prélèvement sur l'état psychique du jeune contrevenant en cause, sans disposer d'éléments de preuve . . .
>
> Il n'existait aucune preuve relative à la santé psychologique, émotionnelle ou mentale de R.W.C., à son niveau de développement ou à sa compréhension ou perception de l'infraction commise. En particulier, la cour ne disposait d'aucun élément de preuve concernant la réaction ou les impressions du jeune contrevenant en cause devant l'éventualité du prélèvement. . .

((2004), 222 N.S.R. (2d) 41, 2004 NSCA 30, par. 13-14)

101 Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

102 LE JUGE BASTARACHE (dissident) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Fish et Abella et je conviens avec la juge Abella que le critère formulé au par. 487.051(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, doit

adults and young persons. This test states that in the case of a primary designated offence a court is not required to make a DNA order if it is satisfied that the offender has established that the impact on his or her privacy and security of the person would be grossly disproportionate to the public interest in the protection of society and the proper administration of justice, which is to be achieved through the early detection, arrest and conviction of offenders. Notwithstanding my agreement with Abella J. on this issue, there is one issue on which she and I part company. I do not believe that an offender's criminal record can be considered in the course of an assessment under s. 487.051(2) of the impact of a DNA order on an offender's privacy and security of the person and I offer three reasons in support of my position.

103 First, the only reference to an offender's criminal record in s. 487.051 is found in subs. (3). This subsection provides that in deciding whether to make a DNA order in the case of a secondary designated offence a court must consider "the criminal record of the person or young person, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission and the impact such an order would have on the person's or young person's privacy and security of the person". The fact that Parliament has explicitly directed a court to consider an offender's criminal record when deciding to make a DNA order for a secondary designated offence but has said nothing about whether this factor also ought to be considered when deciding whether the exception to otherwise mandatory DNA orders for primary designated offences set out in s. 487.051(2) applies leads me to believe that Parliament intended for an offender's criminal record to be considered only in the former case and not in the latter.

104 Of course, it can be argued that while s. 487.051(3) provides that in deciding to make a DNA order in the case of a secondary offence the court *must* consider the criminal record of the person or young person, as well as the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission and the impact of a DNA order on the person's or young person's privacy and security of the person,

s'appliquer de la même façon aux adultes et aux adolescents. Selon ce critère, dans le cas des infractions primaires, le tribunal n'est pas tenu de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique s'il est convaincu que le contrevenant a établi qu'elle aurait sur sa vie privée et la sécurité de sa personne un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société et la bonne administration de la justice, que visent à assurer la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants. Toutefois, je diffère d'avis avec elle sur un point : j'estime que le casier judiciaire n'entre pas dans les facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer l'effet de l'ordonnance de prélèvement génétique sur la vie privée d'un contrevenant et la sécurité de sa personne sous le régime du par. 487.051(2). Trois raisons fondent ma conclusion à cet égard.

Premièrement, à l'art. 487.051, le casier judiciaire n'est mentionné qu'au par. (3), lequel énonce que, pour décider s'il rend ou non l'ordonnance de prélèvement génétique dans le cas d'une infraction secondaire, le tribunal prend en compte « l'effet qu'elle aurait sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration ». Le fait que le législateur ait explicitement prescrit au tribunal de prendre en compte le casier judiciaire dans le cas d'une infraction secondaire, mais qu'il n'ait pas précisé s'il fallait également tenir compte de ce facteur pour décider de l'application de l'exception prévue au par. 487.051(2) quant à l'ordonnance de prélèvement autrement obligatoire dans le cas des infractions primaires m'amène à penser qu'il voulait que le casier judiciaire du contrevenant soit pris en considération seulement dans le premier cas et non dans le second.

Bien sûr, on peut faire valoir que, même si le par. 487.051(3) dispose que le tribunal, pour décider s'il rend ou non l'ordonnance de prélèvement génétique dans le cas d'une infraction secondaire, *doit* prendre en compte le casier judiciaire de l'intéressé, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration, ainsi que l'effet de l'ordonnance sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa

nowhere in the statutory regime does it explicitly say that a court *may not* consider the first three of these factors in deciding whether the exception to otherwise mandatory DNA orders for primary designated offences set out in s. 487.051(2) applies (obviously, the last factor in s. 487.051(3) — i.e., the impact of the order on the offender's privacy and security of the person — cannot possibly be a "factor to consider" under the test in s. 487.051(2) since it is already an integral part of the test itself). It is certainly true that the statute does not expressly prohibit a court from considering these three factors from s. 487.051(3) in the course of an assessment under s. 487.051(2); however, in my view, the manner in which s. 487.051 is drafted leads me to conclude that a court is in fact so prohibited. Let me explain.

Section 487.051(2) provides that in the case of a primary designated offence a court is not required to make a DNA order if it is satisfied that the person or young person has established that the impact on his or her privacy or security of the person would be grossly disproportionate to the public interest in the protection of society and the proper administration of justice, which is to be achieved through the early detection, arrest and conviction of offenders. In contrast, s. 487.051(3) provides that in deciding whether to make a DNA order in the case of a secondary designated offence a court must consider the criminal record of the person or young person, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, *as well as* the impact such an order would have on the person's or young person's privacy and security of the person. This manner of legislative drafting begs the question: if we are to believe that Parliament intended that in the course of an assessment under s. 487.051(2) a court is to consider the criminal record of the person or young person, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, *in addition to* the impact such an order would have on the person's or young person's privacy and security of the person, why would it only expressly mention this last factor in the actual provision? This is especially curious given the fact that in the very next subsection (s. 487.051(3)) Parliament does

personne, le régime législatif ne précise nulle part que le tribunal *ne peut pas* prendre en compte les trois premiers facteurs pour décider de l'application de l'exception prévue au par. 487.051(2) quant à l'ordonnance de prélèvement autrement obligatoire dans le cas des infractions primaires (clairement, le facteur de l'effet de l'ordonnance sur la vie privée du contrevenant et la sécurité de sa personne mentionné au par. 487.051(3) ne peut constituer un facteur à « prendre en compte » dans l'application du critère formulé au par. 487.051(2) puisqu'il fait déjà partie intégrante du critère lui-même). Il est vrai que le *Code* n'interdit pas expressément au tribunal de prendre en considération les trois facteurs énumérés au par. 487.051(3) dans l'évaluation prévue au par. 487.051(2), mais la formulation de l'art. 487.051 me porte à conclure que cette interdiction existe en fait. Voici pourquoi.

105 Le paragraphe 487.051(2) dispose que, dans le cas d'une infraction primaire, le tribunal n'est pas tenu de rendre l'ordonnance de prélèvement génétique s'il est convaincu que l'intéressé a établi qu'elle aurait, sur sa vie privée et la sécurité de sa personne, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société et la bonne administration de la justice, que visent à assurer la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants. Par contre, le par. 487.051(3) prévoit que, pour décider s'il rend ou non l'ordonnance dans le cas d'une infraction secondaire, le tribunal doit prendre en compte le casier judiciaire de l'intéressé, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration, *ainsi que* l'effet qu'aurait l'ordonnance sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa personne. Cette formulation nous amène à la question suivante : s'il faut supposer que, pour l'évaluation prévue au par. 487.051(2), le législateur a voulu que le tribunal tienne compte du casier judiciaire, de la nature de l'infraction et des circonstances de sa perpétration *en plus de* l'effet que l'ordonnance aurait sur la vie privée de l'intéressé ou la sécurité de sa personne, pourquoi n'a-t-il mentionné expressément ce dernier facteur que dans la disposition elle-même? L'omission est d'autant plus curieuse que dans la disposition qui suit immédiatement (le par. 487.051(3)), il énumère effectivement tous ces

in fact mention all of these factors, *including* the impact such an order would have on the person's or young person's privacy and security of the person, as factors to consider in deciding to make DNA orders for secondary designated offences. The way in which Parliament has drafted these two adjacent subsections leads me to conclude that Parliament intended that the criminal record of the person or young person, along with the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, should only be considered in deciding whether to make a DNA order in the case of a secondary designated offence. To interpret s. 487.051 otherwise, in my opinion, would be to re-write this clear statutory provision.

106 Moreover, in s. 487.051(3) Parliament lists the criminal record of the person or young person, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission and the impact a DNA order would have on the person's or young person's privacy and security of the person as distinct factors without any indication that they are to be connected in any way. I take this to mean that Parliament intended for these factors to be considered separately from one another. Therefore, since Parliament lists only the last factor from s. 487.051(3) in s. 487.051(2) — i.e., the impact of a DNA order on the person's or young person's privacy and security of the person — I am of the view that it intended for only this factor and no other from s. 487.051(3) to be considered in the course of an assessment under s. 487.051(2). In my respectful view, to argue, as Abella J. does in her reasons (at para. 89), that an offender's criminal record can "relate to the question of impact [of a DNA order on an] offender's privacy and security of the person" and therefore can be considered in the course of an assessment under s. 487.051(2) even though it is not expressly mentioned, is to ignore Parliament's intent for an offender's criminal record and the impact of a DNA order on his or her privacy and security of the person, as well as the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, to be treated as distinct considerations.

107 The second reason why I am opposed to considering an offender's criminal record in the

éléments, *y compris* l'effet que l'ordonnance aurait sur la vie privée de l'intéressé ou la sécurité de sa personne, comme facteurs à prendre en compte pour décider s'il y a lieu ou non de rendre l'ordonnance de prélèvement dans le cas d'une infraction secondaire. Le libellé de ces deux dispositions consécutives me fait conclure que le législateur voulait que le casier judiciaire du contrevenant de même que la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration ne soient pris en considération à l'égard de l'ordonnance de prélèvement que dans le cas d'une infraction secondaire. Interpréter autrement l'art. 487.051 équivaudrait, à mon avis, à récrire cette disposition législative claire.

En outre, au par. 487.051(3), le législateur énumère l'effet que l'ordonnance de prélèvement génétique aurait sur la vie privée de l'intéressé et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration comme étant des facteurs distincts, sans aucun lien entre eux. Il signifie par là, selon moi, que ces facteurs doivent être examinés indépendamment les uns des autres. En conséquence, puisqu'un seul des facteurs du par. 487.051(3) est mentionné au par. 487.051(2) — à savoir l'effet de l'ordonnance de prélèvement sur la vie privée de l'intéressé ou la sécurité de sa personne — j'estime que le législateur voulait que l'évaluation prévue au par. 487.051(2) ne fasse intervenir que ce facteur, et aucun des autres. À mon avis, affirmer, comme le fait la juge Abella au par. 89, que le casier judiciaire du contrevenant peut « se rapporte[r] à la question de l'effet [de l'ordonnance de prélèvement génétique] sur sa vie privée et la sécurité de sa personne » et, par conséquent, être pris en compte dans l'évaluation visée au par. 487.051(2) même s'il n'est pas expressément mentionné, c'est faire abstraction de l'intention du législateur voulant que le casier judiciaire du contrevenant et l'effet de l'ordonnance de prélèvement sur sa vie privée ou sur la sécurité de sa personne ainsi que la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration soient traités comme des facteurs distincts.

La deuxième raison pour laquelle j'estime que le casier judiciaire ne doit pas entrer dans

course of an assessment under s. 487.051(2) is that it would tend to blur the "sharp distinction", as Fish J. describes it (at para. 20), between the tests for making DNA orders for primary and secondary designated offences. In the case of a secondary designated offence, a court may only make a DNA order if it is satisfied that it would be in the best interests of the administration of justice to do so, taking into account the criminal record of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission and the impact a DNA order would have on the offender's privacy and security of the person. As is apparent, this test is highly contextual and discretionary. Crafting the test in this way makes good sense, because secondary offences are generally less serious than primary offences; therefore, it will not always be appropriate to make a DNA order when a person or young person commits one of them.

On the other hand, primary designated offences, which include murder and sexual offences, are the most serious offences in the *Criminal Code*: see *R. v. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (Ont. C.A.), at para. 3, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. xii. Accordingly, Parliament, in its wisdom, elected to make a DNA order mandatory when a person or young person commits one of these offences unless he or she establishes to the court's satisfaction that the impact of the order on his or her privacy and security of the person would be grossly disproportionate to the public interest in the protection of society and the proper administration of justice, which is to be achieved through the early detection, arrest and conviction of offenders. Obviously, this test affords the court much less discretion. Moreover, it is no longer a holistic inquiry that takes into account the circumstances of the offence and the offender, as is the case with the test for secondary designated offences; rather, this test involves a simple balancing of the impact of a DNA order on an offender's privacy and security of the person against the interest of the public in the early detection, arrest and conviction of offenders. And, as astutely noted by Krueger J. in

l'évaluation prévue au par. 487.051(2) est que l'introduction de ce facteur tendrait à estomper la « distinction nette » — pour reprendre le terme du juge Fish (par. 20) — entre les critères applicables aux infractions primaires et ceux applicables aux infractions secondaires en matière d'ordonnance de prélèvement. Dans le cas des infractions secondaires, le tribunal ne peut rendre l'ordonnance que s'il est convaincu que cela servirait au mieux l'administration de la justice, après avoir pris en considération l'effet que l'ordonnance aurait sur la vie privée du contrevenant et la sécurité de sa personne, son casier judiciaire, la nature de l'infraction et les circonstances de sa perpétration. De toute évidence, le critère est de nature éminemment contextuelle et discrétionnaire. Il est logique de le concevoir dans cette optique, car les infractions secondaires sont généralement moins graves que les infractions primaires; une ordonnance de prélèvement génétique ne serait donc pas toujours appropriée, que le contrevenant soit un adolescent ou un adulte.

Par contre les infractions primaires, dont le meurtre et les infractions sexuelles, sont les plus graves du *Code criminel* : voir *R. c. Briggs* (2001), 157 C.C.C. (3d) 38 (C.A. Ont.), par. 3, autorisation d'appel refusée, [2001] 2 R.C.S. xii. Dans sa sagesse, le législateur a décidé que la personne, qu'il s'agisse d'un adulte ou d'un adolescent, qui commet l'une de ces infractions fera obligatoirement l'objet d'une ordonnance de prélèvement génétique à moins d'établir à la satisfaction du tribunal que cette mesure aurait, sur sa vie privée et la sécurité de sa personne, un effet nettement démesuré par rapport à l'intérêt public en ce qui touche la protection de la société et la bonne administration de la justice, que visent à assurer la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants. Ce critère laisse manifestement beaucoup moins de latitude aux tribunaux. En outre, il ne donne pas lieu, comme dans le cas des infractions secondaires, à un examen global qui prend en compte les circonstances de la perpétration de l'infraction et la situation du contrevenant, mais comporte simplement la mise en balance de l'effet de l'ordonnance de prélèvement sur la vie privée du contrevenant et la

108

R. v. B.V.C. (2003), 233 Sask. R. 270, 2003 SKQB 219, this particular public interest is very high and "does not vary with the age or the criminal record of the offender. Nor does it depend upon the circumstances of the offence. As between primary and secondary offences it remains the same" (para. 10). Accordingly, for primary designated offences, the only consideration that will vary from case to case is the impact that a DNA order will have on an offender's privacy and security of the person, and it is only when this impact would be grossly disproportionate to the very high public interest in the early detection, arrest and conviction of offenders that a court may avoid making a DNA order.

sécurité de sa personne et de l'intérêt du public en ce qui concerne la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants. Comme l'a judicieusement signalé le juge Krueger dans *R. c. B.V.C.* (2003), 233 Sask. R. 270, 2003 SKQB 219, l'intérêt public en la matière est très élevé et il [TRADUCTION] « ne varie pas en fonction de l'âge ou du casier judiciaire du contrevenant, pas plus qu'il ne change d'après les circonstances de l'infraction. Qu'il s'agisse d'infractions primaires ou d'infractions secondaires, il reste le même » (par. 10). Par conséquent, pour ce qui est des infractions primaires, le seul facteur qui peut varier d'un cas à l'autre est celui de l'effet de l'ordonnance sur la vie privée du contrevenant et la sécurité de sa personne, et ce n'est que lorsque cet effet est nettement démesuré par rapport à l'intérêt public très élevé en ce qui concerne la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants que le tribunal peut éviter de rendre l'ordonnance de prélèvement.

109 However, if a court is permitted to consider an offender's record in the course of an assessment under s. 487.051(2), this test for avoiding the otherwise mandatory DNA order for primary designated offences would become too similar to the test for making a DNA order in cases of secondary designated offences, because the former would be transformed from a simple balancing test between two factors (i.e., the impact of a DNA order on the offender's privacy and security of the person versus the public interest in the early detection, arrest and conviction of offenders) into a somewhat more contextual inquiry. In my opinion, this change would frustrate Parliament's attempt to make a clear distinction between the tests for making DNA orders for primary and secondary designated offences. At paragraph 87, Abella J. accepts that these tests are "completely different". I agree; however, I am also of the view that these tests should remain that way. Therefore, I am opposed to considering an offender's criminal record in the course of an assessment under s. 487.051(2).

Cependant, si le tribunal était autorisé à tenir compte du casier judiciaire du contrevenant dans l'évaluation prévue au par. 487.051(2), ce critère permettant d'échapper à l'ordonnance de prélèvement génétique obligatoire en cas d'infraction primaire ressemblerait trop au critère applicable aux infractions secondaires en matière d'ordonnance de prélèvement parce qu'il passerait de la simple pondération entre deux facteurs (à savoir, l'effet de l'ordonnance sur la vie privée du contrevenant et la sécurité de sa personne, d'une part, et l'intérêt public en ce qui concerne la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants, d'autre part) à un examen un peu plus contextuel. Selon moi, ce changement contrecarrerait la tentative du législateur d'établir une distinction claire entre les critères applicables aux infractions primaires et ceux applicables aux infractions secondaires pour ce qui est de l'ordonnance de prélèvement. Au paragraphe 87, la juge Abella reconnaît que ces critères sont « tout à fait différent[s] »; je partage cet avis, mais j'estime également qu'ils doivent le rester. En conséquence, je suis opposé à ce que l'évaluation effectuée sous le régime du par. 487.051(2) fasse intervenir l'examen du casier judiciaire d'un contrevenant.

The third reason why I am of the view that an offender's record ought not to be considered in the course of an assessment under s. 487.051(2) is that this factor does not raise any privacy or security of the person interests or concerns; therefore, it is not a relevant consideration in this context. For example, if an offender has a rare medical condition that would render the taking of DNA in any manner extraordinarily dangerous and/or painful, the fact that he or she also happens to have a criminal record does not change this fact.

In summary, for the three reasons set out above, it is my view that the clear statutory language of s. 487.051 indicates that an offender's criminal record should only be considered in determining whether to make a DNA order in the case of a secondary designated offence. It has no place in the course of an assessment under s. 487.051(2).

Despite my difference of opinion with Abella J., I am still in agreement with her conclusion that, notwithstanding the special principle and protections for young persons that are found in young offender legislation, the test set out in s. 487.051(2) of the *Criminal Code* ought to operate in the same way for adults and young persons.

Appeal allowed, BASTARACHE, LEBEL, ABELLA *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service, Halifax.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General, Vancouver.

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

La troisième raison pour laquelle j'estime qu'il ne doit pas être tenu compte du casier judiciaire dans l'évaluation prévue au par. 487.051(2) est que ce facteur ne se rapporte d'aucune manière à la vie privée du contrevenant ou à la sécurité de sa personne et qu'il ne revêt donc aucune pertinence. Par exemple, si le contrevenant est atteint d'une affection rare rendant tout prélèvement d'ADN extrêmement dangereux ou douloureux, le fait qu'il ait aussi un casier judiciaire ne changerait rien. 110

En résumé, pour les raisons exposées ci-dessus, j'estime que le libellé clair de l'art. 487.051 indique que le casier judiciaire d'un contrevenant ne doit être pris en considération que pour décider s'il y a lieu ou non de rendre une ordonnance de prélèvement génétique dans le cas d'une infraction secondaire. Il ne joue aucun rôle dans l'évaluation prévue au par. 487.051(2). 111

À part cette divergence d'opinion, je souscris à la conclusion de la juge Abella que le critère prévu au par. 487.051(2) du *Code criminel* doit s'appliquer de la même façon aux adultes et aux adolescents malgré le principe particulier énoncé dans la législation concernant les jeunes contrevenants et la protection qu'elle leur offre. 112

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE, LEBEL, ABELLA *et* CHARRON *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant : Nova Scotia Legal Aid, Halifax.

Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service, Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

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

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

City of Montréal *Appellant*

v.

2952-1366 Québec Inc. *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: MONTRÉAL (CITY) *v.* 2952-1366 QUÉBEC INC.

Neutral citation: 2005 SCC 62.

File No.: 29413.

2004: October 14; 2005: November 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — By-laws — Validity — Nuisances — Loudspeaker set up by business in entrance to its club so that passers-by would hear sound of show under way inside — Business convicted under municipal by-law prohibiting noise produced by sound equipment that can be heard from outside — Scope of by-law — Whether by-law exceeding jurisdiction conferred on municipality by its enabling legislation — Charter of the city of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102, arts. 516, 517(l), 520(72) — By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3, art. 9(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Municipal by-law prohibiting noise produced by sound equipment that can be heard from outside — Whether by-law infringing freedom of expression — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3, art. 9(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Public property — Approach for application of s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms to public property.

Ville de Montréal *Appelante*

c.

2952-1366 Québec Inc. *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : MONTRÉAL (VILLE) *c.* 2952-1366 QUÉBEC INC.

Référence neutre : 2005 CSC 62.

N° du greffe : 29413.

2004 : 14 octobre; 2005 : 3 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Règlements — Validité — Nuisances — Haut-parleur installé par un commerçant dans l'entrée de son bar de façon à ce que le son du spectacle présenté à l'intérieur soit entendu par les passants — Commerçant condamné en vertu du règlement municipal prohibant le bruit produit au moyen d'appareils sonores lorsqu'il s'entend à l'extérieur — Portée du règlement — Le règlement outrepasse-t-il la compétence conférée à la municipalité par sa loi habilitante? — Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-1960, ch. 102, art. 516, 517l), 520 (72) — Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3, art. 9(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Règlement municipal prohibant le bruit produit au moyen d'appareils sonores lorsqu'il s'entend à l'extérieur — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3, art. 9(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propriété publique — Application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés à une propriété publique.

A business operating a club featuring female dancers in downtown Montréal set up, in the entrance to its establishment, a loudspeaker that amplified the music and commentary accompanying the show under way inside so that passers-by would hear them. The business was found guilty in the Municipal Court of an offence under s. 9(1) of the City of Montréal's *By-law concerning noise*, which provides that "the following noises, where they can be heard from the outside, are specifically prohibited: (1) noise produced by sound equipment, whether it is inside a building or installed or used outside". The Superior Court quashed the conviction on the basis that the By-law infringed the respondent's freedom of expression and that this infringement could not be justified. The Court of Appeal upheld that decision. It held that the City could not define an activity as a nuisance if it was not a nuisance and that the prohibition constituted an unjustified violation of the right to freedom of expression.

Held (Binnie J. dissenting): The appeal should be allowed. The municipal by-law is valid.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.: Article 9(1) of the By-law is not overbroad, and it applies only to sounds that stand out over the environmental noise. Although this provision, drafted using general language, is ambiguous, a contextual interpretation resolves the ambiguity and enables the scope of art. 9(1) to be determined. The history of the By-law shows that the lawmakers' purpose was to control noises that interfere with peaceful enjoyment of the urban environment. It is clear from the legislative purpose that the scope of art. 9(1) does not include sounds resulting solely from human activity that is peaceable and respectful of the municipal community. The immediate context of art. 9 supports this interpretation. It indicates that the concept of noise that adversely affects the enjoyment of the environment is implicit in art. 9 and that the activities prohibited under it are activities that produce noises that can be detected as separate from the environmental noise. [11] [16] [26] [34]

The City has the power to adopt art. 9(1) of the By-law by virtue of its power to define and regulate nuisances pursuant to arts. 517(*l*) and 520(72) of the *Charter of the city of Montreal, 1960*. Only an exercise of this regulatory power in bad faith or for improper or unreasonable purposes will justify judicial review. To control noise, the City did not establish an absolute prohibition, but chose to target certain types of sounds that are more likely to stand out over other environmental noise. This choice is of course consistent with its delegated power and in no way constitutes an

Un commerçant, qui exploite un bar avec spectacles de danseuses au centre-ville de Montréal, a installé dans l'entrée de son établissement un haut-parleur amplifiant la trame sonore du spectacle présenté à l'intérieur, pour que les passants l'entendent. Il est reconnu coupable en Cour municipale d'une infraction au par. 9(1) du *Règlement sur le bruit* de la ville de Montréal, selon lequel « est spécifiquement prohibé lorsqu'il s'entend à l'extérieur : (1) le bruit produit au moyen d'appareils sonores, qu'ils soient situés à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'ils soient installés ou utilisés à l'extérieur ». La Cour supérieure annule la déclaration de culpabilité au motif que le Règlement brime la liberté d'expression du commerçant et que cette atteinte ne peut être justifiée. La Cour d'appel confirme cette décision. Elle statue que la Ville ne peut définir comme nuisance une activité qui n'en est pas une et que la prohibition constitue une violation injustifiée du droit à la liberté d'expression.

Arrêt (le juge Binnie est dissident) : Le pourvoi est accueilli. Le règlement municipal est valide.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Charron : Le paragraphe 9(1) du Règlement n'a pas une portée trop large et ne couvre que les sons qui ressortent du bruit d'ambiance. Bien que cette disposition rédigée en termes généraux révèle des ambiguïtés, une interprétation contextuelle les résout et permet de cerner la portée du par. 9(1). L'historique du Règlement révèle que le but recherché par le législateur est le contrôle des bruits qui constituent une interférence avec la jouissance paisible de l'environnement urbain. Le recours à l'objectif législatif dicte d'exclure de la portée du par. 9(1) les sons qui ne constituent que le résultat de l'activité humaine paisible et respectueuse de la communauté municipale. Le contexte immédiat de l'art. 9 appuie cette interprétation. Il fait ressortir que la notion de bruit qui nuit à la jouissance de l'environnement est implicite à l'art. 9 et que les activités qui y sont prohibées sont celles qui produisent un bruit repérable distinctement du bruit d'ambiance. [11] [16] [26] [34]

La Ville a compétence pour adopter le par. 9(1) du Règlement en vertu de son pouvoir de définir et de réglementer les nuisances prévu aux par. 517*l*) et 520(72) de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960*. Seul un exercice de mauvaise foi, ou à des fins illégitimes ou déraisonnables, de ce pouvoir de réglementation justifiera la révision judiciaire. Pour contrôler le bruit, la Ville n'a pas créé de prohibition absolue, mais a choisi de cibler certains types de sons qui sont plus susceptibles de ressortir de l'ensemble des autres bruits ambiants. Ce choix s'inscrit naturellement dans son pouvoir délégué

unreasonable or improper exercise of that power. [41] [45] [48] [54]

Article 9(1) infringes s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The noise emitted by a loudspeaker onto the public street had expressive content, and the method and location of the expression did not exclude it from the scope of s. 2(*b*). The form of the expression is non-violent and the evidence did not establish that the method or location of the expression impedes the function of city streets or fails to promote the values that underlie the free expression guarantee. The ban on emitting amplified noise onto public streets constitutes a limit on free expression because it has the effect of restricting expression which promotes the value of self-fulfilment and human flourishing. [58] [60-68] [84-85]

While the conclusion that the expression on public property at issue in this case falls within the protected sphere of s. 2(*b*) is consistent with the divergent approaches set out in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, the test for the application of s. 2(*b*) to public property should be clarified and the following approach adopted. The basic question is whether the place is a public place where one would expect constitutional protection for free expression on the basis that expression in that place does not conflict with the purposes s. 2(*b*) is intended to serve — namely democratic discourse, truth finding and self-fulfilment. To answer this question, one should consider the historical or actual function of the place and whether other aspects of the place suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression. Applying this approach confirms the conclusion that the expression at issue falls within the scope of s. 2(*b*). [70] [74] [81]

Article 9(1) is justified under s. 1 of the *Canadian Charter*. The objective of combatting pollution of the environment by noise is pressing and substantial, and the impugned measure also meets the proportionality test. First, the limit on noise produced by sound equipment is rationally connected to the City's objective. Second, the measure impairs freedom of expression in a reasonably minimal way. Elected officials must be accorded a measure of latitude, particularly on environmental issues, where views and interest conflict and precision is elusive. Here, the City contended there was no other practical way to deal with the complex problem the City was facing. To regulate the volume of noise

et ne constitue nullement un exercice déraisonnable ou irrégulier de ce pouvoir. [41] [45] [48] [54]

Le paragraphe 9(1) contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le bruit émis dans la rue au moyen d'un haut-parleur avait un contenu expressif; le lieu et le mode d'expression n'excluaient pas cette activité expressive du champ de protection de l'al. 2*b*). La forme d'expression n'était pas violente et la preuve n'a pas établi que le mode d'expression et le lieu en cause faisaient obstacle à la fonction des rues de la municipalité ou ne favorisaient pas les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. L'interdiction d'émettre un bruit amplifié sur les voies publiques restreint la liberté d'expression parce qu'elle a pour effet de limiter une expression qui favorise des valeurs comme l'enrichissement et l'épanouissement personnels. [58] [60-68] [84-85]

Bien que la conclusion portant que l'expression sur une propriété publique en cause en l'espèce entre dans le champ de protection de l'al. 2*b*) concorde avec les différentes façons d'aborder cette question décrites dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, le critère servant à déterminer si l'al. 2*b*) s'applique à l'expression sur une propriété publique doit être précisé et la méthode suivante adoptée. La question fondamentale consiste à déterminer s'il s'agit d'un endroit public où l'on s'attendrait à ce que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle parce que l'expression, dans ce lieu, ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2*b*) est censé favoriser — soit le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel. Pour trancher cette question, il faut examiner la fonction historique ou réelle de l'endroit et les autres caractéristiques du lieu qui laissent croire que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. L'application de cette méthode confirme la conclusion que l'expression en cause entre dans le champ de protection de l'al. 2*b*). [70] [74] [81]

Le paragraphe 9(1) est justifié au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. L'objectif de la répression de la pollution par le bruit est urgent et réel et la mesure contestée satisfait au critère de la proportionnalité. Premièrement, la restriction concernant le bruit produit au moyen d'appareils sonores a un lien rationnel avec l'objectif de la Ville. Deuxièmement, cette mesure porte une atteinte raisonnablement minimale au droit à la liberté d'expression. Les représentants élus doivent bénéficier d'une certaine latitude, particulièrement dans le domaine de la protection de l'environnement, où les avis divergent, les intérêts s'opposent et la précision est inatteignable. La Ville a soutenu qu'aucun autre moyen

measurable by sound level meter would be unrealistic and would not achieve the City's goal of eliminating, subject to exception, a certain type of sound. Lastly, the prejudicial effects on free expression flowing from the regulation of noise produced by sound equipment that interferes with the peaceful use and enjoyment of the urban environment are proportionate to the beneficial effects of reducing noise pollution on the street and in the neighbourhood. [89-99]

Per Binnie J. (dissenting): Article 9(1), when construed in accordance with the modern "contextual" rules of statutory interpretation, still means what it says. It imposes a general ban on "noise produced by sound equipment". Anti-noise by-law measures are of three types. The first prohibits noise that exceeds objective measurable limits (e.g., a set level of decibels). The second prohibits noise by subjective criteria (e.g., noise that interferes with the quality of life). The third prohibits noise by source (e.g., sounding car horns in a hospital zone). The majority judgment converts a type 3 provision into a type 2 provision, an interpretation that contradicts the City's intent both as expressed in the By-law and as submitted to this Court in written and oral argument. Interpreted as the City intended it to be interpreted, art. 9(1) is *ultra vires*. [102-103]

On a grammatical reading, art. 9(1) imposes a general ban on noise classified only by source and includes noise which is not a nuisance. In this case, the context reinforces the ordinary grammatical meaning of the words used by the legislators and shows that there is no ambiguity in art. 9(1), latent or otherwise. While the courts cannot insist on a greater level of drafting precision than the subject matter permits, such indulgence is not applicable to this By-law, which shows in its own provisions other than art. 9(1) that a sensible level of precision can be achieved. The City could have employed level, place, type and source limitations, as well as qualitative standards in art. 9(1). There is a massive amount of municipal experience in Quebec crafting anti-noise by-laws which the City of Montréal must be taken to have known about. The City obviously intended to strike out in a new direction. The legislators clearly state that the prohibitions in art. 9(1) are "[i]n addition to the noise referred to in article 8" which prohibits, with respect to inhabited places, "disruptive noise whose sound pressure level is greater than the

pratique ne lui permettait vraiment de régler le problème complexe auquel elle faisait face. Réglementer l'intensité du bruit mesurable à l'aide de sonomètres n'est pas réaliste et ne permettrait pas à la Ville de réaliser son objectif d'éliminer, sauf exception, un certain type de son. Enfin, les effets préjudiciables sur la liberté d'expression de la réglementation du bruit produit au moyen d'appareils sonores qui interfère avec l'utilisation et la jouissance paisibles de l'environnement urbain sont proportionnés à son effet bénéfique de réduire la pollution par le bruit dans la rue et les environs. [89-99]

Le juge Binnie (dissident) : Le sens du par. 9(1), interprété selon les règles modernes d'interprétation contextuelle des lois et règlements, est exactement celui exprimé par son libellé. Il impose une interdiction générale du « bruit produit au moyen d'appareils sonores ». Les mesures réglementaires antibruit sont de trois types. Le premier consiste à interdire le bruit qui excède une limite objective mesurable (p. ex. un niveau prescrit de décibels). Le deuxième, à interdire le bruit en fonction d'un critère subjectif (p. ex. le bruit qui interfère avec la qualité de vie). Le troisième, à interdire le bruit émanant d'une source en particulier (p. ex. le son d'un klaxon dans une zone d'hôpital). L'opinion de la majorité transforme une mesure du type 3 en une mesure du type 2, une interprétation contraire à l'intention de la Ville, à la fois telle qu'elle l'a exprimée dans le Règlement et telle qu'elle l'a présentée à la Cour dans son argumentation écrite et sa plaidoirie. Interprété tel que la Ville voulait qu'il soit interprété, le par. 9(1) est *ultra vires*. [102-103]

Suivant son sens grammatical, le par. 9(1) impose une interdiction générale qui repose exclusivement sur la source du bruit et inclut le bruit qui n'est pas une nuisance. En l'espèce, le contexte renforce le sens grammatical ordinaire des termes employés par le législateur et révèle que le par. 9(1) ne comporte aucune ambiguïté, latente ou autre. Bien que les tribunaux ne puissent exiger dans la formulation d'un texte législatif un degré de précision plus élevé que ne le permet son objet, cette indulgence ne s'applique pas au Règlement, dont les dispositions mêmes, hormis le par. 9(1), démontrent qu'il est possible d'atteindre un niveau de précision judicieux et raisonnable. La Ville aurait pu introduire dans le par. 9(1) des limites touchant l'intensité, le lieu, le type et la source du bruit, ainsi que des normes qualitatives. Il y a profusion d'antécédents en matière de formulation de règlements municipaux antibruit au Québec dont il faut présumer que la Ville de Montréal était au courant. La Ville voulait de toute évidence emprunter un chemin inédit. Le législateur indique clairement que le par. 9(1) prohibe le bruit qui y est décrit, « [o]utre

maximum standardized noise level determined by ordinance". This can only mean that in art. 9(1) the "noise produced by sound equipment" need not be disruptive, need not rise to the level fixed by ordinance and need not occur in an inhabited place. The City is entitled to have the validity of that new direction considered by the Court, rather than have its enactment essentially modified to reflect the legislative model the City evidently wished to depart from. [115] [117] [122] [124] [139] [143]

To read words into art. 9(1), and then to read other words out, then to read up a phrase to require an "essential connexion with a building" and finally to read down the effect of s. 9(1), goes beyond what a court is authorized to do by way of interpretation and amounts to impermissible judicial amendment. While such radical surgery is sometimes done as a matter of constitutional remedy in a proper case, here it is being imposed at the prior stage of statutory interpretation when the Court's mandate is simply to ascertain the intention of the legislators, not to remedy wrongs. [110] [147]

Article 9(1) is *ultra vires* and oppressive. The legislative power to define and prohibit nuisances conferred to City Hall by the *Charter of the city of Montréal, 1960* does not extend to defining some activity or thing as a nuisance "if it has no harmful qualities, causes no injury and hurts no one". Noise is not by nature a nuisance. There must therefore be a specification of abuse. Even if art. 9(1) were *intra vires* the City's legislative power to define and prohibit nuisances, it would be a patently unreasonable exercise of it. Instead of declaring that the legislators cannot mean what they said in art. 9(1), it would be more respectful of the Court's place in the constitutional scheme to send the defective provision back to the legislators for consideration and possible re-enactment in modified form. [150] [157-158] [160-161] [165]

Article 9(1) infringes freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter* and this infringement is not justified. Reliance on prosecutorial discretion is not a solution to the problem of overbreadth and overinclusiveness of art. 9(1) because such discretion is not governed by criteria "prescribed by law". Article 9(1)

le bruit mentionné à l'article 8 » qui interdit, à l'égard des lieux habités, « [l]'émission d'un bruit perturbateur d'un niveau de pression acoustique supérieur au niveau maximal de bruit normalisé fixé par ordonnance ». Une seule interprétation est possible : le « bruit produit au moyen d'appareils sonores » visé au par. 9(1) ne doit pas nécessairement être perturbateur, ne doit pas nécessairement atteindre le niveau fixé par ordonnance, et ne doit pas nécessairement toucher un lieu habité. La Ville a le droit d'obtenir l'opinion de la Cour sur la validité de cette nouvelle façon de faire, plutôt que de voir la Cour modifier essentiellement son règlement pour le faire concorder avec le modèle dont la Ville voulait de toute évidence se démarquer. [115] [117] [122] [124] [139] [143]

Le fait d'ajouter des mots au par. 9(1), puis d'en supprimer d'autres, d'accentuer le sens de certains termes pour exiger un « lien essentiel avec un bâtiment » et, enfin, d'atténuer l'effet du par. 9(1) va au-delà de ce qu'un tribunal peut faire lorsqu'il interprète un texte législatif et constitue une modification judiciaire inadmissible. Il arrive que les tribunaux procèdent à un remodelage aussi radical d'un texte inconstitutionnel à titre de réparation lorsque la situation s'y prête, mais, en l'occurrence, ce remodelage est imposé à l'étape préliminaire de l'interprétation, alors que la mission de la Cour consiste simplement à déterminer l'intention du législateur et non à remédier à un préjudice. [110] [147]

Le paragraphe 9(1) est *ultra vires* et abusif. Le pouvoir législatif de définir et de prohiber les « nuisances » conféré au conseil municipal par la *Charte de la Ville de Montréal, 1960* ne lui permet pas de qualifier une activité ou une chose de nuisance « lorsque cette chose n'a aucun caractère nuisible, ne fait du tort, du mal à personne ». Le bruit n'est pas par nature une nuisance. Il faut donc en préciser le caractère abusif. Même si le par. 9(1) se situait dans les limites de la compétence législative de la Ville de définir et de prohiber les nuisances, il constituerait un exercice manifestement déraisonnable de ce pouvoir. Plutôt que d'affirmer que le législateur ne peut avoir voulu dire ce qu'il a dit au par. 9(1), il serait plus respectueux du rôle dévolu à la Cour dans notre régime constitutionnel de renvoyer la disposition lacunaire au conseil municipal pour qu'il l'examine et, éventuellement, en édicte une nouvelle version. [150] [157-158] [160-161] [165]

Le paragraphe 9(1) porte atteinte à la liberté d'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne* et cette atteinte n'est pas justifiée. S'en remettre au pouvoir discrétionnaire de la poursuite n'est pas une solution au problème de la portée excessive du par. 9(1) parce que ce pouvoir n'est régi par aucun critère prescrit « par une

is also a disproportionate response to the legitimate problem of noise pollution because it goes beyond what could be considered minimal impairment of the expressive rights of Montrealers. The status of the defence of *de minimis* from which potential offenders might hope to benefit is not clear in Canada and the permit procedure does little to relieve from the bad effects of the prohibition. Article 9(1) cannot be justified just because there are other ways in which the accused could have advertised its wares. The key issue is not the effects of the infringing law in relation to a particular accused, but whether applied to Montrealers generally the means chosen by the legislators are proportionate to the City's legislative objective. [166-174]

règle de droit ». Le paragraphe 9(1) constitue en outre une réponse disproportionnée au problème bien réel de la pollution sonore en ce qu'il va au-delà de ce qui pourrait être considéré comme une atteinte minimale à la liberté d'expression des Montréalais. Il n'est pas certain que l'exception fondée sur le principe *de minimis*, dont certains délinquants potentiels pourraient espérer bénéficier, s'applique au Canada et la procédure d'obtention de permis n'atténue guère les effets néfastes de l'interdiction. Le simple fait que l'accusée disposait d'autres moyens de promouvoir ses spectacles ne peut justifier le par. 9(1). La question déterminante n'est pas de savoir quels sont les effets de la loi attentatoire dans le cas d'un accusé en particulier, mais si les mesures choisies par le législateur, appliquées aux Montréalais en général, sont proportionnées à l'objectif législatif de la Ville. [166-174]

Cases Cited

Cited by McLachlin C.J. and Deschamps J.

Applied and explained: *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; **referred to:** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Cheema v. Ross* (1991), 82 D.L.R. (4th) 213; *R. v. Luciano* (1986), 34 M.P.L.R. 233; *R. v. Hadden*, [1983] 3 W.W.R. 661, aff'd [1984] 1 W.W.R. 384; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *McBratney v. McBratney* (1919), 59 S.C.R. 550; *Canadian Fishing Co. v. Smith*, [1962] S.C.R. 294; *Sidmay Ltd. v. Wehttam Investments Ltd.*, [1968] S.C.R. 828; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275; *Demers v. St-Laurent (Ville de)*, [1997] R.J.Q. 1892; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Hamilton (City of) v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Montréal (City of) v. Beauvais* (1909), 42 S.C.R. 211; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Juneau v. Québec (Ville de)*, [1991] R.J.Q. 2781; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Saint-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875; *Laval (Ville) v. Prince*, [1996] Q.J. No. 58 (QL); *Sablières Laurentiennes Ltée v. Ste-Adèle (Ville de)*, [1989] R.L. 486; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Morrison v. Kingston* (1937), 69 C.C.C. 251; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084;

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et la juge Deschamps

Arrêt appliqué et expliqué : *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; **arrêts mentionnés :** *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Cheema c. Ross* (1991), 82 D.L.R. (4th) 213; *R. c. Luciano* (1986), 34 M.P.L.R. 233; *R. c. Hadden*, [1983] 3 W.W.R. 661, conf. par [1984] 1 W.W.R. 384; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *McBratney c. McBratney* (1919), 59 R.C.S. 550; *Canadian Fishing Co. c. Smith*, [1962] R.C.S. 294; *Sidmay Ltd. c. Wehttam Investments Ltd.*, [1968] R.C.S. 828; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275; *Demers c. St-Laurent (Ville de)*, [1997] R.J.Q. 1892; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Hamilton (City of) c. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Montreal (City of) c. Beauvais* (1909), 42 R.C.S. 211; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Juneau c. Québec (Ville de)*, [1991] R.J.Q. 2781; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Saint-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875; *Laval (Ville) c. Prince*, [1996] A.Q. nº 58 (QL); *Sablières Laurentiennes Ltée c. Ste-Adèle (Ville de)*, [1989] R.L. 486; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Morrison c. Kingston* (1937), 69 C.C.C. 251; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S.

MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson (1994), 89 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Cited by Binnie J. (dissenting)

Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée, [1985] 1 S.C.R. 831; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *R. v. L'Heureux*, [1996] Q.J. No. 2135 (QL); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Anctil v. Cour municipale de Ville de La Pocatière*, [1973] C.S. 238; *Laval (Ville) v. Prince*, [1996] Q.J. No. 58 (QL); *Métabetchouan-Lac-à-La-Croix (Ville de) v. Restaurant-Bar Chez Miville inc.*, Sup. Ct. Alma, No. 160-36-000006-995, May 8, 2000; *Baie-Comeau (Ville) v. Bar le Broadway*, 1999 CarswellQue 1472; *Beloeil (Ville) v. Pergola 2000*, [2003] Q.J. No. 12782 (QL); *Nutrichef Ltée v. Brossard (Ville)*, Sup. Ct. Longueuil, No. 505-36-000006-876, April 12, 1988; *Sévigny v. Alimentation G. F. Robin inc.*, SOQUIJ AZ-99021251; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Kirkland (Ville) v. Phares* (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 314; *Saint-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875; *Sablières Laurentiennes Ltée v. Ste-Adèle (Ville de)*, [1989] R.L. 486; *Sambault v. Mercier (Corp. mun. de Ville)*, [1983] C.S. 147; *Beach v. Perkins (Municipalité de)*, [1975] C.S. 85; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend and consolidate the provisions of the Ordinance to incorporate the City and Town of Montreal, S. Prov. C. 1851, 14 & 15 Vict., c. 128, s. LVIII.

1084; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1994), 89 C.C.C. (3d) 217; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée, [1985] 1 R.C.S. 831; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *R. c. L'Heureux*, [1996] A.Q. nº 2135 (QL); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Anctil c. Cour municipale de Ville de La Pocatière*, [1973] C.S. 238; *Laval (Ville) c. Prince*, [1996] A.Q. nº 58 (QL); *Métabetchouan-Lac-à-La-Croix (Ville de) c. Restaurant-Bar Chez Miville inc.*, C.S. Alma, nº 160-36-000006-995, 8 mai 2000; *Baie-Comeau (Ville) c. Bar le Broadway*, 1999 CarswellQue 1472; *Beloeil (Ville) c. Pergola 2000*, [2003] J.Q. nº 12782 (QL); *Nutrichef Ltée c. Brossard (Ville)*, C.S. Longueuil, nº 505-36-000006-876, 12 avril 1988; *Sévigny c. Alimentation G. F. Robin inc.*, SOQUIJ AZ-99021251; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19; *Kirkland (Ville) c. Phares* (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 314; *Saint-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875; *Sablières Laurentiennes Ltée c. Ste-Adèle (Ville de)*, [1989] R.L. 486; *Sambault c. Mercier (Corp. mun. de Ville)*, [1983] C.S. 147; *Beach c. Perkins (Municipalité de)*, [1975] C.S. 85; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

Acte pour amender et consolider les dispositions de l'ordonnance pour incorporer la cité et ville de Montréal, S. Prov. C. 1851, 14 & 15 Vict., ch. 128, art. LVIII.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*).

Act to revise and consolidate the charter of the city of Montreal, S.Q. 1899, c. 58, art. 299, para. 1, 299, para. 2(7), 299, para. 2(12), 300(50).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*).
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, arts. 3, 9.1.
Charter of the city of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102, arts. 516, 517(*l*), 520(72).
City of Montréal, *By-law concerning noise*, R.B.C.M. 1994, c. B-3, arts. 1 "disruptive noise", "environmental noise", "noise with audible pure sounds", 2, 6(3), 8, 9, 10, 11, 13, 20.
City of Montréal, By-law No. 1448, *By-law concerning noise and to repeal, in whole or in part, certain by-laws*, August 18, 1937, art. 5.
City of Montréal, By-law No. 4996, *By-Law concerning noise*, June 21, 1976, art. 15.1.1.
City of Montréal, *By Law to Preserve Public Peace and Good Order* (in *Charter and By-Laws of the City of Montreal* (1865), c. 23), s. 3.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 976.
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 41.1.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Giroux, Lorne. "Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance". Dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1999, 299.
L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. II. Montréal: SOREJ, 1984.
Langlois, Denis. "Le bruit et la fureur: les réglementations municipale et provinciale en matière de bruit". Dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992, 163.
Moon, Richard. *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*. Toronto: University of Toronto Press, 2000.
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
Nouveau Larousse Encyclopédique, vol. 1. Paris: Larousse, 2001, "*bruit*".

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Fish and Chamberland JJ.A. and Letarte J. (*ad hoc*)), [2002] R.J.Q. 2986, 217 D.L.R. (4th) 674, 167 C.C.C. (3d) 356, [2002] Q.J. No. 3376 (QL), affirming a decision of Boilard J.,

Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-60, ch. 102, art. 516, 517*l*), 520(72).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 3, 9.1.
Cité de Montréal, *Règlement pour pourvoir au maintien de la Paix Publique et du bon ordre* (dans *Charte et Règlements de la Cité de Montréal* (1865), ch. 23), sec. 3.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 976.
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 41.1.
Loi revisant et refondant la charte de la cité de Montréal, S.Q. 1899, ch. 58, art. 299, al. 1, 299, al. 2(7), 299, al. 2(12), 300(50).
Ville de Montréal, Règlement n° 1448, *Règlement concernant le bruit et abrogeant, en tout ou en partie, certains règlements*, 18 août 1937, art. 5.
Ville de Montréal, Règlement n° 4996, *Règlement sur le bruit*, 21 juin 1976, art. 15.1.1.
Ville de Montréal, *Règlement sur le bruit*, R.R.V.M. 1994, ch. B-3, art. 1 « bruit comportant des sons purs audibles », « bruit d'ambiance », « bruit perturbateur », 2, 6(3), 8, 9, 10, 11, 13, 20.

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Giroux, Lorne. « Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance ». Dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999, 299.
L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. II. Montréal : SOREJ, 1984.
Langlois, Denis. « Le bruit et la fureur : les réglementations municipale et provinciale en matière de bruit ». Dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992, 163.
Moon, Richard. *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*. Toronto : University of Toronto Press, 2000.
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.
Nouveau Larousse Encyclopédique, vol. 1. Paris : Larousse, 2001, « bruit ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Fish, Chamberland et Letarte (*ad hoc*)), [2002] R.J.Q. 2986, 217 D.L.R. (4th) 674, 167 C.C.C. (3d) 356, [2002] J.Q. n° 3376 (QL), qui a confirmé une décision du juge Boilard,

[2000] Q.J. No. 7289 (QL), reversing a judgment of the Montréal Municipal Court, [1999] Q.J. No. 2890 (QL). Appeal allowed, Binnie J. dissenting.

Serge Barrière, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

Daniel Paquin, as *amicus curiae*.

Shaun Nakatsuru, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND DESCHAMPS J. —

1. Introduction

This appeal concerns the power of the city of Montréal ("City") to prohibit noise produced in the street by a loudspeaker located in the entrance of an establishment. Two arguments are raised, one based on the limits on the power to regulate and the other on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"). For the reasons that follow, these arguments must be rejected.

In light of its scope, art. 9(1) of the *By-law concerning noise*, R.B.C.M. 1994, c. B-3 ("By-law"), was validly adopted by the City pursuant to its regulatory powers. Although this provision limits the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter*, the limit is reasonable and can be justified within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter*.

2. Origins of the Case

The respondent operates a club featuring female dancers in a commercial zone of downtown Montréal, in a building fronting Ste-Catherine Street. To attract customers and compete with a similar establishment located nearby, the respondent set up, in the main entrance to its club, a loudspeaker that amplified the music and commentary accompanying the show under way inside so that

[2000] J.Q. nº 7289 (QL), qui avait infirmé un jugement de la Cour municipale de Montréal, [1999] J.Q. nº 2890 (QL). Pourvoi accueilli, le juge Binnie est dissident.

Serge Barrière, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimée.

Daniel Paquin, en qualité d'*amicus curiae*.

Shaun Nakatsuru, pour l'intervenant.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Charron a été rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LA JUGE DESCHAMPS —

1. Introduction

Le pouvoir de la Ville de Montréal (« Ville ») de prohiber le bruit produit dans la rue par un haut-parleur installé dans l'entrée d'un établissement est mis en cause. Deux arguments sont soulevés. L'un est fondé sur les limites au pouvoir de réglementation, l'autre sur la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »). Pour les motifs qui suivent, ces arguments sont rejetés. 1

Compte tenu de sa portée, le par. 9(1) du *Règlement sur le bruit*, R.R.V.M. 1994, ch. B-3 (« Règlement »), a été validement adopté par la Ville en vertu de ses pouvoirs réglementaires. Bien que cette disposition limite la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne*, cette limite est raisonnable et justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*. 2

2. Origines du litige

L'intimée exploite un bar avec spectacles de danseuses au centre-ville de Montréal, dans un édifice faisant front sur la rue Ste-Catherine, dans une zone commerciale. Afin d'attirer la clientèle et pour faire concurrence à un établissement semblable situé à proximité, elle a installé dans l'entrée principale de son local un haut-parleur qui amplifie la trame sonore du spectacle présenté à 3

passers-by would hear them. Around midnight on May 14, 1996, a police officer on patrol on Ste-Catherine Street heard the music from a nearby intersection. The respondent was charged with producing noise that could be heard outside using sound equipment, in violation of arts. 9(1) and 11 of the By-law. These provisions read as follows:

9. In addition to the noise referred to in article 8, the following noises, where they can be heard from the outside, are specifically prohibited:

(1) noise produced by sound equipment, whether it is inside a building or installed or used outside;

. . .

11. No noise specifically prohibited under articles 9 or 10 may be produced, whether or not it affects an inhabited place.

4 Summoned before the Municipal Court, the respondent contested the charge on the ground that arts. 9(1) and 11 of the By-law were invalid. According to the respondent, the City, in adopting these provisions, exceeded its delegated power in respect of nuisances because the provisions defined as a nuisance an activity that was not a nuisance. The respondent also alleged that the provisions infringed its freedom of expression and that the infringement could not be justified.

5 Judge Massignani of the Municipal Court ruled that the noise emitted by the respondent's establishment constituted a nuisance, that the city council had the power to define and prohibit nuisances under art. 520(72) of the *Charter of the city of Montreal, 1960*, S.Q. 1959-60, c. 102 ("Charter of the City"), and that neither the purpose nor the effect of the By-law was to restrict freedom of expression ([1999] Q.J. No. 2890 (QL)). In the Superior Court, Boilard J. quashed the conviction on the basis that the impugned provisions infringed the respondent's freedom of expression; in his view, the By-law impaired the underlying value of self-fulfilment, and this infringement could not be justified ([2000] Q.J. No. 7289 (QL)). The majority of the Court of Appeal upheld the decision to quash the conviction

l'intérieur, pour que les passants l'entendent. Le 14 mai 1996, vers minuit, un policier patrouille la rue Ste-Catherine et entend la musique depuis une intersection avoisinante. L'intimée est accusée d'avoir produit du bruit audible de l'extérieur au moyen d'appareils sonores, en violation du par. 9(1) et de l'art. 11 du Règlement. Ces articles se lisent comme suit :

9. Outre le bruit mentionné à l'article 8, est spécifiquement prohibé lorsqu'il s'entend à l'extérieur :

1° le bruit produit au moyen d'appareils sonores, qu'ils soient situés à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'ils soient installés ou utilisés à l'extérieur;

. . .

11. L'émission, touchant ou non un lieu habité, d'un bruit spécifiquement prohibé aux articles 9 ou 10, est interdite.

Assignée devant la Cour municipale, l'intimée conteste l'accusation pour le motif que le par. 9(1) et l'art. 11 du Règlement sont invalides. Selon elle, en les adoptant, la Ville a outrepassé sa compétence déléguée en matière de nuisances parce que ces dispositions définissent comme une nuisance une activité qui n'en est pas une. Elle allègue aussi qu'elles portent atteinte à sa liberté d'expression et que cette atteinte est injustifiable.

Le juge Massignani de la Cour municipale conclut que le bruit émis par l'établissement de l'intimée constitue une nuisance, que le conseil municipal détient le pouvoir de définir et de prohiber les nuisances selon le par. 520(72) de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960*, S.Q. 1959-60, ch. 102 (« Charte de la Ville »), et que le Règlement n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre la liberté d'expression ([1999] J.Q. n° 2890 (QL)). En Cour supérieure, le juge Boilard annule la déclaration de culpabilité au motif que les dispositions contestées briment la liberté d'expression de l'intimée; il estime que le Règlement porte atteinte à la valeur sous-jacente de l'épanouissement personnel, et que cette atteinte ne peut être justifiée ([2000] J.Q. n° 7289 (QL)). La Cour d'appel, à la majorité, confirme

([2002] R.J.Q. 2986). Writing for the majority, Fish J.A., as he then was, concluded that the City had not shown the prohibited activity to be contrary to peace and order. He was also of the view that the City could not define an activity as a nuisance if it was not a nuisance and that the prohibition constituted an unjustified violation of the right to freedom of expression. Chamberland J.A., dissenting, would have set aside the Superior Court's judgment because the City had the authority to adopt the provisions in issue pursuant to its powers to ensure peace and public order within its territory and to regulate nuisances. In his view, the infringement of the respondent's freedom of expression was justified, since there were no less-restrictive ways for the City to achieve its objective of eliminating noises that are harmful to the urban soundscape.

The debate is now before this Court. We will first address the administrative law argument before turning to the constitutional argument.

3. Analysis

3.1 *Does the City Have the Power to Adopt Article 9(1) of the By-law?*

A two-stage analysis must be carried out to establish whether the City has the power to adopt art. 9(1) of the By-law. First, the scope of the provision must be defined. Second, it must be determined whether the City's power includes the authority to adopt such a provision.

We find art. 9(1) of the By-law to be valid. Our analysis will be based on our interpretation of the provision. The points on which we disagree with Binnie J., dissenting, explain how he arrives at a different result. We will begin by delimiting the scope of the impugned provision before considering the submissions based on the scope of the regulatory power.

3.1.1 Scope of Article 9(1) of the By-law

As this Court has reiterated on numerous occasions, "[t]oday there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read

l'annulation de la déclaration de culpabilité ([2002] R.J.Q. 2986). Le juge Fish, siégeant alors à la Cour d'appel et exprimant l'opinion majoritaire, conclut que la Ville n'a pas démontré que l'activité prohibée est contraire à la paix et à l'ordre publics. Il est aussi d'avis que la Ville ne peut définir comme une nuisance une activité qui n'en est pas une et que la prohibition constitue une violation injustifiée du droit à la liberté d'expression. Le juge Chamberland, dissident, infirmerait le jugement de la Cour supérieure parce que la Ville est autorisée à adopter les dispositions en question en vertu de son pouvoir en matière d'ordre et de paix sur son territoire et en vertu de son pouvoir de réglementer les nuisances. Selon le juge Chamberland, l'atteinte à la liberté d'expression de l'intimée serait justifiable puisqu'il n'existe pas de moyen moins contraignant qui puisse permettre à la Ville de réaliser son objectif d'éliminer les bruits nuisibles à l'environnement sonore urbain.

Le débat est repris devant notre Cour. L'argument fondé sur le droit administratif sera étudié d'abord, puis nous traiterons de l'argument constitutionnel. 6

3. Analyse

3.1 *La Ville a-t-elle compétence pour adopter le par. 9(1) du Règlement?*

Une analyse en deux étapes s'impose afin d'établir si la Ville a compétence pour adopter le par. 9(1) du Règlement. Premièrement, nous devons définir la portée de ce paragraphe. Deuxièmement, nous devons déterminer si la compétence de la Ville inclut le pouvoir d'adopter une telle disposition. 7

Nous concluons que le par. 9(1) du Règlement est valide. L'interprétation de cette disposition détermine notre analyse. Nos divergences de vue avec le juge Binnie, dissident, expliquent le résultat différent auquel il parvient. Nous délimiterons d'abord la portée de la disposition contestée avant d'examiner les arguments fondés sur l'étendue du pouvoir de réglementation. 8

3.1.1 Portée du par. 9(1) du Règlement

Comme notre Cour l'a maintes fois répété : [TRADUCTION] « Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une 9

in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26). This means that, as recognized in *Rizzo & Rizzo Shoes* "statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone" (para. 21).

10 Words that appear clear and unambiguous may in fact prove to be ambiguous once placed in their context. The possibility of the context revealing a latent ambiguity such as this is a logical result of the modern approach to interpretation. The fact that a municipal by-law is in issue rather than a statute does not alter the approach to be followed in applying the modern principles of interpretation: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 24.

11 Binnie J. concludes that the provision is unlawful for being overbroad. We do not share his view regarding the scope of the By-law. Even though he discusses the recognized principles of interpretation, Binnie J. bases his analysis on the premise that art. 9(1) of the By-law is clear and unambiguous.

12 In our view, although it appears to be clear, the provision is in fact ambiguous. In interpreting legislation, the guiding principle is the need to determine the lawmakers' intention. To do this, it is not enough to look at the words of the legislation. Its context must also be considered.

13 Although he claims to follow the modern approach to the interpretation of legislative provisions, Binnie J. actually relies on the literal interpretation advocated by counsel for the City when questioned at the hearing. In our view, the Court must not limit itself to the submissions of counsel for the appellant. There are by-laws like this one in force across Canada. Several have already been reviewed by appellate courts from angles that

loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87; voir aussi *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26). Cela signifie que, comme on le reconnaît dans *Rizzo & Rizzo Shoes*, « l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » (par. 21).

Des mots en apparence clairs et exempts d'ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte. La possibilité que le contexte révèle une telle ambiguïté latente découle logiquement de la méthode moderne d'interprétation. Qu'il s'agisse d'un règlement municipal plutôt que d'une loi ne modifie pas l'approche imposée par les règles modernes d'interprétation : P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 31.

Le juge Binnie conclut à l'illégalité de la disposition en raison de sa portée trop large. Nous ne partageons pas son opinion sur la question de la portée du Règlement. Malgré son énoncé des principes d'interprétation reconnus, le juge Binnie fonde son analyse sur la prémisse que le par. 9(1) du Règlement est clair et exempt d'ambiguïté.

À notre avis, malgré sa clarté apparente, le paragraphe souffre d'ambiguïté. La règle directrice qui guide l'interprétation d'une loi est la recherche de l'intention du législateur. Pour la trouver il ne suffit pas de regarder le texte de la loi. Il faut aussi considérer son contexte.

Bien qu'il affirme appliquer la méthode moderne d'interprétation des dispositions législatives, le juge Binnie s'en remet en fait à l'interprétation littérale à laquelle l'avocat de la Ville a adhéré lorsqu'il a été interrogé à l'audience. À notre avis, la Cour ne doit pas se limiter à la plaidoirie de l'avocat de l'appelante. Des règlements de ce type sont en vigueur partout au Canada. Plusieurs ont déjà fait l'objet d'un examen judiciaire par des cours d'appel

mirror in many respects the arguments raised in the case at bar: *Cheema v. Ross* (1991), 82 D.L.R. (4th) 213 (B.C.C.A.); *R. v. Luciano* (1986), 34 M.P.L.R. 233 (Ont. C.A.); *R. v. Hadden*, [1983] 3 W.W.R. 661 (Sask. Q.B.), aff'd [1984] 1 W.W.R. 384 (Sask. C.A.).

What must be done in the case at bar is not to read down art. 9(1), but to determine whether, on a proper interpretation of the provision, it is limited to prohibiting noises that interfere with the peaceful enjoyment of the urban environment. In our view, taking the wording of the provision into account together with its purpose and its context, as is required by the established principles of statutory interpretation, resolves its ambiguity and enables its scope to be determined. Soft and inoffensive sounds are not prohibited, as Binnie J. contends.

3.1.1.1 *Wording of Article 9(1) of the By-law*

Any act of communication presupposes two distinct but inseparable components: text and context (Côté, at p. 280). Some spheres of government activity are more conducive to precisely worded texts, while others lend themselves more to general language. The use of general language in environmental matters was approved by the Court in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, and *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213. The subject matter does not lend itself well to precise language. In the interpretation process, the more general the wording adopted by the lawmakers, the more important the context becomes. The contextual approach to interpretation has its limits. Courts perform their interpretative role only when the two components of communication converge toward the same point: the text must lend itself to interpretation, and the lawmakers' intention must be clear from the context.

The wording of art. 9(1) is ambiguous. The words used are very general. What exactly is a "noise"? Is it a sound that could disturb the public peace? Or is it any sound that can be imagined? What does "can be heard from the outside" mean? Is a connection with a building necessary? Or would a cellular

sous des angles qui rejoignent à plusieurs égards les arguments soulevés en l'espèce : *Cheema c. Ross* (1991), 82 D.L.R. (4th) 213 (C.A.C.-B.); *R. c. Luciano* (1986), 34 M.P.L.R. 233 (C.A. Ont.); *R. c. Hadden*, [1983] 3 W.W.R. 661 (B.R. Sask.), conf. par [1984] 1 W.W.R. 384 (C.A. Sask.).

14 En l'espèce, il s'agit, non de faire une interprétation atténuée, mais plutôt de déterminer si, selon une interprétation juste du par. 9(1), cette disposition se limite à interdire les bruits qui interfèrent avec la jouissance paisible de l'environnement urbain. À notre avis, la prise en compte du libellé de la disposition ainsi que de son objectif et de son contexte, comme l'exigent les principes établis d'interprétation des lois, résout l'ambiguïté et permet de cerner la portée de la disposition. Les bruits doux et inoffensifs ne sont pas interdits comme le soutient le juge Binnie.

3.1.1.1 *Le texte du par. 9(1) du Règlement*

15 Tout acte de communication suppose deux éléments distincts indissociables : le texte et le contexte (Côté, p. 355). Certains domaines de l'activité gouvernementale sont plus propices à des textes précis, d'autres à des textes généraux. L'utilisation d'expressions générales en matière environnementale a été approuvée par la Cour dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, et *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213. Le sujet se prête mal à un langage précis. Dans l'exercice d'interprétation, plus le texte choisi par le législateur sera général, plus le contexte sera important. L'exercice d'interprétation contextuelle comporte ses limites. Le tribunal n'endosse son rôle d'interprète que lorsque les deux éléments de la communication convergent vers une même direction : le texte s'y prête et l'intention du législateur se dégage clairement du contexte.

16 Le texte du par. 9(1) révèle des ambiguïtés. Les mots utilisés sont très généraux. Qu'est-ce exactement qu'un « bruit »? Est-ce un son susceptible de déranger la paix publique? Ou est-ce tout son qu'on puisse imaginer? Que veux dire « s'entend à l'extérieur »? Un lien avec un bâtiment est-il nécessaire?

telephone constitute sound equipment? The general language used by the lawmakers can be interpreted in many ways. This ambiguity can be resolved only by reviewing the context of art. 9(1).

3.1.1.2 *Context of Article 9(1) of the By-Law*

17 Having identified the ways in which the wording of art. 9(1) is ambiguous, we must now consider its context. The context of legislation involves a number of factors. The overall context in which a provision was adopted can be determined by reviewing its legislative history and inquiring into its purpose. The immediate context of art. 9(1) can be determined by analysing the By-law itself. This review will enable us to determine whether the City has the power to adopt the impugned provision. We will accordingly address each of these contextual indicia: history, purpose and the By-law itself.

18 We will begin our contextual analysis with the history of the By-law. Noise affects city dwellers in their everyday lives and was one of the earliest concerns of municipal governments. It has long been recognized that noise falls within the jurisdiction over nuisances: D. Langlois, "Le bruit et la fureur: les réglementations municipale et provinciale en matière de bruit", in *Développements récents en droit municipal* (1992), 163. The regulation of noise has even been characterized as a primary focus of the municipal control of nuisances: L. Giroux, "Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance", in *Développements récents en droit de l'environnement* (1999), 299, at p. 303.

19 The City has had the authority to regulate nuisances since before Confederation. At that time, it could adopt by-laws "[f]or the good rule, peace, welfare . . . and for the prevention and suppression of all nuisances" (*Act to amend and consolidate the provisions of the Ordinance to incorporate the City and Town of Montreal*, S. Prov. C. 1851, 14 & 15 Vict., c. 128, s. LVIII). Noises were specifically regulated by reference to the preservation of public peace and good order ("No person shall

Ou est-ce qu'un téléphone cellulaire constituerait un appareil sonore? Les termes généraux utilisés par le législateur permettent des interprétations diverses. Cette ambiguïté ne peut être résolue que par une étude contextuelle du par. 9(1).

3.1.1.2 *Le contexte du par. 9(1) du Règlement*

Ayant identifié les ambiguïtés qui se dégagent du texte du par. 9(1), il nous faut donc considérer son contexte. Le contexte d'une loi comprend plusieurs éléments. L'historique d'une disposition et la recherche de l'objectif de la réglementation permettent de cerner le contexte global dans lequel la disposition est adoptée. L'analyse du Règlement lui-même permet de cerner le contexte immédiat du par. 9(1). Cet examen permet de déterminer si la Ville a le pouvoir d'adopter la disposition contestée. Nous aborderons donc chacun de ces indices contextuels : l'historique, l'objectif, et le Règlement lui-même.

Nous commençons notre analyse contextuelle avec l'historique de la réglementation. Le bruit touche les citadins dans leur quotidien et les municipalités s'y sont très tôt intéressées. L'assujettissement du bruit à la compétence sur les nuisances est depuis longtemps reconnu : D. Langlois, « Le bruit et la fureur : les réglementations municipale et provinciale en matière de bruit », dans *Développements récents en droit municipal* (1992), 163. La réglementation du bruit est même qualifiée de champ de prédilection du contrôle municipal des nuisances : L. Giroux, « Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance », dans *Développements récents en droit de l'environnement* (1999), 299, p. 303.

La Ville a été habilitée à réglementer les nuisances dès l'époque pré-confédérative. Elle pouvait alors adopter des règlements « [p]our le bon ordre, la paix, le bien-être [. . .] et pour la prévention et la suppression de toutes nuisances » (*Acte pour amender et consolider les dispositions de l'ordonnance pour incorporer la cité et ville de Montréal*, S. Prov. C. 1851, 14 & 15 Vict., ch. 128, art. LVIII). Les bruits ont ainsi été réglementés spécifiquement en référence à la protection de la paix

wilfully . . . use . . . any bell, horn, or bugle, or other sounding instrument", *By-Law to Preserve Public Peace and Good Order* (in *Charter and By-laws of the City of Montreal* (1865), c. 23), s. 3). In 1899, in addition to its general power to maintain peace and order (*Act to revise and consolidate the charter of the city of Montreal*, S.Q. 1899, c. 58, art. 299, para. 1, and art. 299, para. 2(7)) and its power to prohibit nuisances (art. 299, para. 2(12)), the City was given the power to define what constituted a nuisance (art. 300(50)).

The first by-law encompassing all the provisions respecting noise was passed in 1937: *By-law concerning noise and to repeal, in whole or in part, certain by-laws* (By-law 1448, August 18, 1937). Article 5 of By-law 1448 prohibited sounds produced by sound equipment and projected outside buildings toward streets or public places. Given the time when the provision was adopted and the fact that it concerned sounds projected from a building into a public space, it is reasonable to conclude that the equipment to which the provision applied was equipment connected with the building. The purpose of the provision was apparently to prohibit sounds produced by equipment located inside a building at a volume such that a court could conclude that the person in control of the building intended the sounds to be heard by people in public spaces. The purpose of the prohibition was to preserve the peaceful nature of public spaces.

Article 5 of By-law 1448 was clearly the predecessor of art. 15.1.1 of the *By-law concerning noise* of 1976 (By-law 4996, June 21, 1976), which prohibited noise produced by an apparatus emitting sound outside a building. This provision, which was drafted more concisely, targeted equipment projecting sounds outside buildings. Article 15.1.1 of By-law 4996 is the predecessor of art. 9 of the By-law at issue in the instant case.

As can be seen from this brief overview of the By-law's historical background, the City has been regulating noise for over a hundred years. Although the wording has been modified over the years, all

publique et au bon ordre (« Personne [. . .] de propos délibéré [. . .] ne se servira lui-même d'aucune cloche, cor ou trompette ou autre instrument résonnant », *Règlement pour pourvoir au maintien de la Paix Publique et du bon ordre* (dans *Charte et Règlements de la Cité de Montréal* (1865), ch. 23), sec. 3). En 1899, en plus de son pouvoir général d'assurer la paix et l'ordre (*Loi révisant et refondant la charte de la cité de Montréal*, S.Q. 1899, ch. 58, art. 299, al. 1, et art. 299, al. 2(7)) et de celui de prohiber les nuisances (art. 299, al. 2(12)), la Ville a été dotée du pouvoir de définir ce qu'est une nuisance (art. 300(50)).

20 Le premier règlement englobant toutes les dispositions sur le bruit est adopté en 1937 : *Règlement concernant le bruit et abrogeant, en tout ou en partie, certains règlements* (Règlement n° 1448, 18 août 1937). L'article 5 du Règlement n° 1448 prohibe les sons produits par un appareil sonore et projetés à l'extérieur d'un édifice, vers les rues ou places publiques. En raison de l'époque à laquelle cette disposition est adoptée et du fait qu'il s'agit de sons projetés d'un édifice vers un espace public, il est permis de conclure que les appareils alors visés sont ceux qui sont rattachés à l'édifice. Le but recherché paraît de toute évidence être de prohiber les sons produits par un appareil situé à l'intérieur d'un édifice, à un volume tel qu'un tribunal puisse conclure que l'exploitant de l'édifice cherchait à les faire entendre par les occupants des espaces publics. La prohibition vise à préserver le caractère paisible des espaces publics.

21 L'article 5 du Règlement n° 1448 est clairement à l'origine de l'art. 15.1.1 du *Règlement sur le bruit* de 1976 (Règlement n° 4996, 21 juin 1976) qui prohibe le bruit provenant d'un appareil sonore qui diffuse à l'extérieur des bâtiments. Rédigée plus sobrement, la disposition cible les appareils qui projettent des sons à l'extérieur des édifices. L'article 15.1.1 du Règlement n° 4996 est à la source de l'art. 9 du Règlement ici contesté.

22 Ce rapide survol de l'historique de la réglementation permet de constater que la Ville réglemente les bruits depuis plus de cent ans. La formulation de la disposition a été modifiée au cours des ans,

the provisions adopted since 1937 have had as their purpose the elimination of sounds emitted by sound equipment inside or outside a building at a volume such that they are audible and thus interfere with citizens' peaceful enjoyment of public spaces. The underlying objective of all these by-laws has been to preserve the peaceful nature of public spaces.

23 Having considered the historical context of art. 9(1) of the By-law, we will now turn to its purpose. Identifying the purpose of a regulation can be helpful in determining the meaning of a given word or expression. The Court has frequently done so to extend or restrict the apparent or literal scope of a provision: *McBratney v. McBratney* (1919), 59 S.C.R. 550; *Canadian Fishing Co. v. Smith*, [1962] S.C.R. 294; *Sidmay Ltd. v. Wehttam Investments Ltd.*, [1968] S.C.R. 828; *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275; *Rizzo & Rizzo Shoes*. Moreover, the Quebec Court of Appeal engaged in the same exercise in *Demers v. Saint-Laurent (Ville de)*, [1997] R.J.Q. 1892, when it concluded that [TRANSLATION] "the 'nuisance' referred to in s. 76 [of the *Environment Quality Act*, R.S.Q., c. Q-2] is limited to nuisances that are likely to affect the life, health, safety or welfare of the community" (p. 1895).

24 This approach is consistent with the approach to be followed in analysing a word or expression containing a latent ambiguity. "Noise" is one such word. The definitions of "noise" in dictionaries are broad, although they tend to mention that the word is often, but not necessarily, used in respect of unpleasant sounds. In French, the word "*bruit*" has an even broader meaning. It is defined as a [TRANSLATION] "[c]ombination of sounds produced by vibrations that can be perceived by hearing" (*Nouveau Larousse Encyclopédique* (2001), vol. 1, at p. 233). Hence, noise in itself is not necessarily a nuisance, but there is no contesting that it can be a nuisance.

25 The general expressions used in art. 9(1), namely "noise" and "can be heard from the outside", have

mais les dispositions adoptées depuis 1937 visent l'élimination des sons qui émanent d'un appareil sonore, qui proviennent d'un édifice ou de l'extérieur d'un édifice, à un volume tel qu'ils puissent être entendus et donc interférer avec la jouissance paisible des espaces communs par les citoyens. Le but qui sous-tend tous ces règlements est de préserver le caractère paisible des espaces publics.

Ayant considéré le contexte historique du par. 9(1) du Règlement, nous nous tournons maintenant vers son objectif. L'identification de l'objectif de la réglementation est utile pour circonscrire le sens d'un mot ou d'une expression. La Cour y a eu fréquemment recours pour étendre ou restreindre la portée apparente ou littérale d'une disposition : *McBratney c. McBratney* (1919), 59 R.C.S. 550; *Canadian Fishing Co. c. Smith*, [1962] R.C.S. 294; *Sidmay Ltd. c. Wehttam Investments Ltd.*, [1968] R.C.S. 828; *Berardinelli c. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 275; *Rizzo & Rizzo Shoes*. C'est d'ailleurs à cet exercice qu'a eu recours la Cour d'appel du Québec dans *Demers c. Saint-Laurent (Ville de)*, [1997] R.J.Q. 1892, lorsqu'elle a déterminé que « la "nuisance" à laquelle réfère l'art. 76 de la [*Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., ch. Q-2] se limite aux nuisances qui sont de nature à porter atteinte à la vie, à la santé, la sécurité ou le bien-être de la communauté » (p. 1895).

Cette approche rejoint le raisonnement sous-jacent à l'analyse des mots et expressions comportant une ambiguïté latente. Le mot « bruit » est un de ces mots. Le bruit est défini en français comme un « [e]nsemble des sons produits par des vibrations, perceptibles par l'ouïe » (*Nouveau Larousse Encyclopédique* (2001), vol. 1, p. 233). Ce mot a une portée très vaste. Les dictionnaires anglais attribuent aussi un sens large à son équivalent « *noise* », tout en mentionnant qu'il est souvent, mais pas toujours, utilisé pour désigner un son désagréable. Le bruit en lui-même n'est donc pas nécessairement une nuisance, et pourtant il est incontestable qu'il peut constituer une nuisance.

Les termes généraux employés au par. 9(1), soit les termes « bruit » et « qui s'entend de

an "open texture" (Côté, at p. 279), and their meaning is affected both by the underlying legislative objective and by their legal environment. The legal environment includes "all ideas related to the wording that Parliament can reasonably consider to be sufficiently common knowledge as to obviate mention in the enactment" (Côté, at p. 281).

l'extérieur », ont une « texture ouverte » (Côté, p. 353) et sont modulés tant par l'objectif législatif qui les sous-tend que par l'environnement légal dans lequel ils se trouvent. Cet environnement légal comprend « toutes les idées liées au texte que le législateur peut présumer suffisamment connues des justiciables pour se dispenser d'avoir à les exprimer » (Côté, p. 356).

It is in no municipality's interest to place limits on activities engaged in by citizens that do not in any way interfere with their fellow citizens' peaceful enjoyment. The purpose pursued by the municipality can only be to protect against noise pollution. This purpose gives content to the general language of the provision and makes the implicit component of legal communication explicit. In the case at bar, it is clear from the legislative purpose that the scope of art. 9(1) of the By-law does not include sounds resulting solely from human activity that is peaceable and respectful of the municipal community. This interpretation is the same as the one that flows from our historical analysis of the provision.

26 Aucune municipalité n'a intérêt à limiter les citoyens dans des activités qui n'interfèrent en rien avec la jouissance paisible de leurs concitoyens. L'objectif de la municipalité ne peut être que la protection contre la pollution sonore. Cet objectif permet de donner un contenu aux termes généraux de la disposition et d'expliciter l'élément implicite de la communication légale. En l'espèce, le recours à l'objectif législatif dicte d'exclure de la portée du par. 9(1) du Règlement les sons qui ne constituent que le résultat de l'activité humaine paisible et respectueuse de la communauté municipale. Cette interprétation est aussi celle dictée par notre analyse historique de la disposition.

Bearing the legislative purpose in mind, we must now consider the By-law itself. The immediate context of the impugned provision, namely the other provisions of the By-law, is as important as its overall context. On this point, it should be noted that Quebec's *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, entrenches the rule of contextual interpretation and specifies how it is to be applied:

27 Ayant à l'esprit l'objectif législatif, il importe maintenant d'examiner le Règlement lui-même. Le contexte immédiat de la disposition contestée, soit les autres dispositions du Règlement, est tout aussi important que le contexte global. À ce sujet, il est pertinent de noter que la *Loi d'interprétation* du Québec, L.R.Q., ch. I-16, consacre la règle de l'interprétation contextuelle et en précise la mécanique :

41.1 The provisions of an Act are construed by one another, ascribing to each provision the meaning which results from the whole Act and which gives effect to the provision.

41.1 Les dispositions d'une loi s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble et qui lui donne effet.

Thus, the immediate context thus also serves to clarify the scope or meaning of a word, expression or provision.

Le contexte immédiat permet donc aussi de préciser la portée ou le sens d'un mot, d'une expression ou d'une disposition.

In art. 9, the provision at issue in the instant case, the two words or expressions requiring interpretation, "noise" and "where they can be heard from the outside", are framed by their context, which enables their meaning to be determined.

28 Dans l'art. 9 ici contesté, les deux mots ou expressions qui portent à interprétation, « bruit » et « lorsqu'il s'entend à l'extérieur », sont encadrés par leur contexte qui permet d'en cerner le sens.

29 The noise to which art. 9 applies is already qualified as being (1) produced by sound equipment, (2) inside a building or installed or used outside it and (3) audible from the outside. These three characteristics are cumulative.

30 Does the provision cover all noises produced by sound equipment that are heard from the outside? Obviously not, since this would not cover all three characteristics. The example given by Binnie J. of noise from a cellular phone is therefore outside the scope of art. 9(1), since it disregards the essential connection with a building, and therefore with the very text on which he claims to rely. An interpretation that did not take this connection into account would make the words "whether it is inside a building or installed or used outside" unnecessary, contrary to the principle of interpretation known as the rule of effectivity (Côté, at p. 277; s. 41.1 of the *Interpretation Act*). If the lawmakers went to the trouble of specifying the location of the sound equipment in relation to the building in art. 9(1) of the By-law, their intention was not to prohibit all noise produced by sound equipment without regard for this connection.

31 Other provisions of the By-law are also helpful in determining the lawmakers' intention. The By-law (reproduced in the Appendix) contains a number of definitions that permit various types of noises to be identified. For example, a "noise with audible pure sounds" is defined as a "disruptive noise whose sound energy is concentrated around certain frequencies". The expression "disruptive noise" is found in most of the definitions of types of noise. This explicit reference to the concept of disruption is consistent with the purpose identified above. The expression "disruptive noise" is itself defined as "a noise that can be detected as separate from the environmental noise and considered as a source for analysis purposes, and includes a noise defined as such in this article". "Environmental noise" is the norm against which disruptive noise can be measured. "Environmental noise" is "a combination of usual noises from various sources, including noises that are exterior in origin, more or less regular in character, that can be detected within a given

Le bruit visé à l'art. 9 est déjà qualifié comme celui qui (1) provient d'un appareil sonore, (2) situé à l'intérieur d'un bâtiment ou installé ou utilisé à l'extérieur du bâtiment, et qui (3) est audible de l'extérieur. Ces trois caractéristiques sont cumulatives.

La disposition contestée couvre-t-elle tous les bruits provenant d'un appareil sonore qui sont entendus à l'extérieur? Non, évidemment, puisque cela ne couvre pas les trois caractéristiques. L'exemple donné par le juge Binnie du bruit d'un cellulaire est donc exclu de la portée du par. 9(1) puisqu'il fait abstraction du lien essentiel avec un bâtiment, donc du texte même sur lequel il prétend s'appuyer. Une interprétation qui ne tient pas compte de ce lien aurait pour effet de rendre les termes « qu'ils soient situés à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'ils soient installés ou utilisés à l'extérieur » inutiles, contrairement au principe interprétatif de l'effet utile (Côté, p. 350; art. 41.1 de la *Loi d'interprétation*). Si le législateur a pris la peine de spécifier l'emplacement de l'appareil sonore par rapport au bâtiment au par. 9(1) du Règlement, c'est qu'il n'avait pas l'intention de prohiber tous les bruits produits par des appareils sonores sans égard à ce lien.

D'autres dispositions du Règlement aident aussi à cerner l'intention du législateur. Le Règlement (reproduit en annexe) comporte plusieurs définitions qui permettent d'identifier différents types de bruits. Ainsi, un « bruit comportant des sons purs audibles » est défini comme « un bruit perturbateur dont l'énergie acoustique est concentrée autour de certaines fréquences ». La notion de « bruit perturbateur » est d'ailleurs présente dans la majorité des définitions des différents bruits. Ce renvoi explicite à la notion de perturbation est cohérent avec l'objectif identifié plus tôt. L'expression « bruit perturbateur » est elle-même définie comme « un bruit repérable distinctement du bruit d'ambiance et considéré comme source aux fins d'analyse, et comprend un bruit défini comme tel au présent article ». Le « bruit d'ambiance » est la norme à laquelle le bruit perturbateur peut être mesuré. Le « bruit d'ambiance » est « un ensemble de bruits habituels de diverses provenances, y compris des bruits d'origine extérieure, à caractère plus ou moins régulier

period, excluding any disruptive noise". Thus, the main characteristic of disruptive noise is that it stands out from environmental noise. Disruptive noise is noise that interferes with the peaceful use of urban spaces, and is distinguished from noise in the literal sense.

This concept of disruptive noise reappears in the provisions specific to noise in inhabited places, which are found in a section that includes arts. 9 and 11. Although the expression is not explicitly mentioned in art. 9, it is nevertheless integral to the provision. It should be noted that all the noises referred to in art. 9 entail some form of auditory interference. They are disruptive noises within the meaning of the By-law and do not need to be specifically identified as such (para. (2), siren; para. (3), percussion; para. (4), cries; etc.). It would be contrary to the principles of interpretation to disregard this undeniable contextual element by interpreting art. 9(1) in the abstract.

It follows that to apply art. 9(1) to all noises produced by sound equipment even if they do not interfere with the urban environment is inconsistent with the provision's immediate context. All the noises covered by the prohibition under art. 9 have a disruptive effect on the urban environment, in accordance with the definition in the By-law. All these noises can be detected as separate from the environmental noise. A noise produced by sound equipment inside or outside a building can be heard from the outside only if it stands out from the environmental noise. The only acceptable interpretation is one that takes the context into account. Although disruption is not expressly mentioned in art. 9, this is because, in view of the types of noises to which the provision applies, it was considered unnecessary to refer explicitly to disruptive noise in each paragraph.

The historical and purposive analysis of the provision enabled us to determine that the lawmakers' purpose was to control noises that interfere with peaceful enjoyment of the urban environment. The immediate context of art. 9 indicates that the concept of noise that adversely affects the enjoyment

et repérables dans un temps déterminé en dehors de tout bruit perturbateur ». La première caractéristique du bruit perturbateur est donc de se distinguer du bruit d'ambiance. Le bruit qui perturbe rejoint le bruit qui interfère avec l'utilisation paisible de l'espace urbain et se distingue du bruit pris dans un sens littéral.

32 Cette notion de bruit perturbateur est reprise dans les dispositions particulières au bruit dans les lieux habités, section qui inclut les art. 9 et 11. Bien que l'expression ne soit pas mentionnée de façon expresse à l'art. 9, elle en fait néanmoins partie intégrante. En effet, on remarque que tous les bruits ciblés à l'art. 9 comportent une interférence auditive. Ce sont des bruits perturbateurs au sens du Règlement sans qu'il soit nécessaire d'ajouter cette précision (par. 2, sirène; par. 3, percussion; par. 4, cris; etc.). Il serait contraire aux principes interprétatifs de faire abstraction de cet élément contextuel indéniable en interprétant le par. 9(1) de façon abstraite.

33 Il s'ensuit qu'appliquer le par. 9(1) à tous les bruits provenant d'appareils sonores, même s'ils n'ont pas pour effet de causer une interférence avec l'environnement urbain, est incompatible avec le contexte immédiat de la disposition. Tous les bruits ciblés par l'interdiction de l'art. 9 ont un effet perturbateur sur l'environnement urbain selon la définition qui en est donnée au Règlement. Tous ces bruits sont repérables distinctement du bruit d'ambiance. Si le bruit produit par un appareil sonore situé à l'intérieur ou à l'extérieur d'un bâtiment peut être entendu de l'extérieur, c'est qu'il se distingue du bruit d'ambiance. Seule une interprétation qui tient compte du contexte peut être retenue. Si la notion de perturbation n'est pas expressément mentionnée à l'art. 9, c'est qu'en raison des bruits ciblés, il n'a pas été jugé utile de la reprendre explicitement à chaque paragraphe.

34 L'analyse historique et téléologique a permis de déterminer que le but recherché par le législateur est le contrôle des bruits qui constituent une interférence avec la jouissance paisible de l'environnement urbain. Le contexte immédiat de l'art. 9 permet de faire ressortir que la notion de bruit qui

of the environment is implicit in art. 9 and that the activities prohibited under it are activities that produce noises that can be detected as separate from the environmental noise. This delimitation of the By-law's scope does not, as Binnie J. claims, constitute a judicial amendment that is inconsistent with the plain meaning of the provision. Rather, it is the result of a judicious interpretation that resolves the provision's ambiguity in accordance with the modern approach to interpretation.

35 Although art. 11 is mentioned in the pleadings, the parties did not address it specifically. Its scope is essentially linked to that of art. 9 and need not be discussed separately. All that remains to be determined is whether the City had the power to pass the By-law.

3.1.2 Power of the City to Adopt Article 9(1) of the By-law

36 It is not in dispute that the City has the power to define and prohibit nuisances. In adopting art. 9(1) of the By-law, the City was targeting noises that constitute a nuisance. We accordingly conclude that the City had the power to adopt art. 9(1) of the By-law.

37 In the Court of Appeal, the respondent successfully argued, based on a literal reading of this provision, that the City did not have the power to adopt it. Fish J.A. was of the view that the City could not [TRANSLATION] "argue that all amplified noise heard from outside, regardless of its nature or volume and of the time, the place or the presence of listeners, is in itself a nuisance" (para. 41). In his opinion, since the City [TRANSLATION] "does not have the power to define and prohibit nuisances that are not in fact nuisances, it has the authority to prohibit noise only if it reasonably delimits the cases in which noise will actually constitute a nuisance" (para. 49).

38 In our opinion, this approach fails to take into consideration the principles of the interpretation of legislation, according to which a contextual approach is required. It is no more than a literal analysis of the By-law. It also collapses a

nuit à la jouissance de l'environnement est implicite à l'art. 9 et que les activités qui y sont prohibées sont celles qui produisent un bruit repérable distinctement du bruit d'ambiance. Cette détermination de la portée du Règlement ne constitue pas, comme le prétend le juge Binnie, une modification judiciaire contraire au sens littéral de cette disposition, mais résulte plutôt d'une interprétation juste qui permet d'en résoudre l'ambiguïté selon la méthode d'interprétation moderne.

Même si l'art. 11 est mentionné aux actes de procédure, les parties n'en traitent pas spécifiquement. Sa portée est essentiellement liée à celle de l'art. 9 et il n'y a pas lieu d'en discuter de façon distincte. Reste à déterminer si la Ville avait le pouvoir d'adopter le Règlement.

3.1.2 Le pouvoir de la Ville d'adopter le par. 9(1) du Règlement

Il n'est pas contesté que la Ville a le pouvoir de définir et de prohiber les nuisances. En adoptant le par. 9(1) du Règlement, la Ville visait des bruits qui constituent une nuisance. Ainsi, nous concluons que la Ville avait le pouvoir d'adopter le par. 9(1) du Règlement.

L'intimée, se basant sur une interprétation littérale de cette disposition, a plaidé avec succès en Cour d'appel que la Ville n'a pas le pouvoir de l'adopter. Le juge Fish s'est dit d'avis que la Ville ne pouvait « prétendre que tout bruit amplifié entendu à l'extérieur, quelle qu'en soit la nature ou le volume, sans égard à l'heure, à l'endroit ou à la présence d'auditeurs, est en soi une nuisance » (par. 41). Selon lui, puisque la Ville « n'a pas le pouvoir de définir et de prohiber des nuisances qui n'en sont pas, dans le cas du bruit, donc, elle n'est habilitée à le prohiber que si elle circonscrit raisonnablement les cas où le bruit constituera effectivement une nuisance » (par. 49).

À notre avis, cette façon d'aborder la question omet de prendre en considération les règles d'interprétation législative qui dictent une interprétation contextuelle. Elle est limitée à une analyse littérale du Règlement. Elle escamote aussi la distinction

distinction between the existence of the power to regulate and the exercise of that power, and does not show the City the deference it is owed with respect to the exercise of its powers.

3.1.2.1 *Distinction Between Existence and Exercise of the Power*

Something is missing from the Court of Appeal's statement of principle that the City "does not have the power to define and prohibit nuisances that are not in fact nuisances" (para. 41). When a court hears an argument based on this statement, the first step of its analysis is to determine whether the municipality has the power to define a nuisance. If the municipality does have this power, the court must determine whether the power was exercised in a manner consistent with the delegated powers.

In the instant case, since arts. 517 and 520(72) of the Charter of the City (reproduced in the Appendix) clearly confer the power to regulate and define nuisances on the City, the review to be conducted relates not to the existence of the regulatory power but to its exercise.

3.1.2.2 *Review of the Exercise of the Regulatory Power*

The rules governing the exercise of regulatory powers are well known (*Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.); *Hamilton (City of) v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231). The intervention of courts in this sphere has been marked by great deference. Only an exercise of power in bad faith or for improper or unreasonable purposes will justify judicial review (*Kruse*; *Montréal (City of) v. Beauvais* (1909), 42 S.C.R. 211; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.); *Juneau v. Québec (Ville de)*, [1991] R.J.Q. 2781 (C.A.); *Shell Canada Products*; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368).

Recourse to the power to define is helpful because it simplifies the task of those who must apply a by-law. Thus, when an activity is defined as

entre l'existence du pouvoir de réglementation et son exercice et elle fait défaut d'accorder à la Ville la déférence qui lui est due dans l'exercice de ses pouvoirs.

3.1.2.1 *Distinction entre existence et exercice du pouvoir*

39 L'énoncé de principe de la Cour d'appel suivant lequel la Ville « n'a pas le pouvoir de définir et de prohiber des nuisances qui n'en sont pas » (par. 41) constitue, en réalité, une élision. La première étape de l'analyse par le tribunal saisi d'un argument fondé sur cet énoncé consiste à déterminer si la municipalité est dotée du pouvoir de définir une nuisance. Si un tel pouvoir existe, le tribunal doit vérifier s'il a été exercé conformément aux pouvoirs délégués.

40 En l'espèce, comme l'art. 517 et le par. 520(72) de la Charte de la Ville (cités en annexe) confèrent clairement à la Ville le pouvoir de réglementer et de définir les nuisances, l'examen qui s'impose doit porter non sur l'existence du pouvoir de réglementation mais sur son exercice.

3.1.2.2 *Contrôle de l'exercice du pouvoir de réglementation*

41 Les règles régissant l'exercice du pouvoir de réglementation sont bien connues (*Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.); *Hamilton (City of) c. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231). Une grande déférence marque l'intervention des tribunaux dans ce domaine. Seul un exercice de mauvaise foi, ou à des fins illégitimes ou déraisonnables, justifiera la révision judiciaire (*Kruse*; *Montreal (City of) c. Beauvais* (1909), 42 R.C.S. 211; *Associated Provincial Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.); *Juneau c. Québec (Ville de)*, [1991] R.J.Q. 2781 (C.A.); *Produits Shell*; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368).

42 Le recours au pouvoir de définition est utile parce qu'il simplifie la tâche des intervenants qui doivent appliquer un règlement. Ainsi, lorsqu'une

a nuisance, a citizen, a municipal officer or a judge, as the case may be, knows exactly what obligations are imposed by the municipal by-law. The standard is clear. However, this does not mean that the power to define is unlimited. For example, a municipality may not use its power to define a nuisance in place of its zoning power, thereby indirectly prohibiting an activity that would otherwise be authorized (*Saint-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.), at p. 881). Nor may it, in exercising its power to regulate nuisances, set standards that are unreasonable (*Laval (Ville) v. Prince*, [1996] Q.J. No. 58 (QL) (C.A.)).

43 The City's intention to exercise the power conferred on it by art. 520(72) of its charter to define and abate nuisances is clear from the wording of art. 2 of the By-law. The use of the expression "constitutes a nuisance" expressly bases the By-law on the provision authorizing the definition of nuisances:

> **2.** Noise whose sound pressure level is greater than the maximum set by ordinance, or noise specifically prohibited under this by-law, constitutes a nuisance and is prohibited as being contrary to peace and order.

44 The purpose of art. 2 of the By-law is to define certain types of noise as nuisances and to prohibit them. Article 2 refers to noises that are specifically prohibited, and the type of noise referred to in the impugned provision is among them. The wording of the By-law lends itself to a contextual analysis in order to determine what types of noise might be prohibited by art. 9(1).

45 To control noise, the City chose to target certain types of sounds that are more likely to stand out over other environmental noise. Targeting noises is of course consistent with the City's delegated power to regulate and define nuisances. A number of characteristics are accordingly used to identify certain noises: sound pressure level greater than the standard determined by ordinance (art. 8 of the By-law), needless use of a siren in a motor vehicle (art. 6(3) of the By-law), and so on. It is in this

activité est définie comme une nuisance, le citoyen, l'officier municipal ou le juge, selon le cas, connaissent avec précision les obligations imposées par le règlement municipal. La norme est claire. Cela ne veut cependant pas dire que le pouvoir de définition est illimité. Une municipalité ne peut, par exemple, utiliser son pouvoir de définir une nuisance au lieu d'exercer son pouvoir de zoner et ainsi prohiber de façon détournée une activité par ailleurs autorisée (*Saint-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.), p. 881). Elle ne peut non plus, dans l'exercice de son pouvoir de réglementer les nuisances, décréter des normes déraisonnables (*Laval (Ville) c. Prince*, [1996] A.Q. nº 58 (QL) (C.A.)).

La volonté de la Ville de se prévaloir du pouvoir de définir, prohiber et supprimer les nuisances, que lui confère le par. 520(72) de sa charte, ressort de la formulation de l'art. 2 du Règlement. Le Règlement s'appuie explicitement sur la disposition permettant de définir les nuisances en utilisant l'expression « constitue une nuisance » :

> **2.** Le bruit dont le niveau de pression acoustique est supérieur au maximum fixé par ordonnance ou celui qui est spécifiquement prohibé par le présent règlement constitue une nuisance et est interdit comme étant contraire à la paix et à l'ordre publics.

L'objet de l'art. 2 du Règlement est de définir certains types de bruits comme une nuisance et de les prohiber. Cet article renvoie à des bruits spécifiquement prohibés et le bruit décrit dans la disposition contestée en fait partie. Le texte utilisé dans le Règlement se prête à l'analyse contextuelle pour déterminer quels types de bruits sont susceptibles d'être prohibés par le par. 9(1).

Pour contrôler le bruit, la Ville a choisi de cibler certains types de sons qui sont plus susceptibles de ressortir de l'ensemble des autres bruits ambiants. Cibler les bruits s'inscrit naturellement dans le pouvoir délégué à la Ville de réglementer et de définir les nuisances. Plusieurs caractéristiques sont ainsi utilisées pour identifier certains bruits : niveau de pression acoustique supérieur à la norme fixée par ordonnance (art. 8 du Règlement); utilisation inutile d'une sirène dans un véhicule automobile (par. 6(3)

context that the City prohibited noise that can be heard from outside a building and is produced by sound equipment.

The prohibition is not absolute. Although art. 9(1) appears to be broad in scope, as we saw in the contextual analysis of the provision, it must not be interpreted literally. The provision applies only to sounds that stand out over the environmental noise. Also, art. 20 of the By-law enables the executive committee to issue ordinances authorizing the emission of the types of noise in question in certain circumstances or on special occasions. Numerous authorizations have been granted for this purpose.

As Giroux points out, at p. 316, the line between protecting the peace and the desire to ensure conformity is sometimes a fine one. In light of this tension, the courts must bear in mind that the responsibility for controlling noise rests with the municipality, and they must not supplant the municipal council to impose their views (*Sablières Laurentiennes Ltée v. Ste-Adèle (Ville de)*, [1989] R.L. 486 (Que. C.A.)). A court must show great deference in reviewing a municipal by-law adopted pursuant to the City's powers. Municipal councils are made up of elected representatives who are accountable to their constituents, and the courts have recognized that municipalities have broad discretion in exercising their regulatory powers.

Tolerance of noise varies from one individual to another. The adoption of an objective standard, be it the sound pressure level or the source of the noise, makes it easier to apply the By-law. Unless the standard or the medium in question shows that the power has been exercised unreasonably, the court must show deference. Limiting the intensity of certain specific noises and eliminating those noises are two means to the same end, that is, maintaining a level that is acceptable to municipal officials. It is up to the City to choose the means. The City's decision to prohibit, except with special permission, all noise produced by sound equipment, whether located inside a building or installed or used outside, that can be heard from the outside does not

du Règlement); etc. C'est dans cette veine que la Ville a prohibé le bruit audible de l'extérieur d'un bâtiment et produit au moyen d'un appareil sonore.

46 La prohibition n'est pas absolue. Malgré une portée en apparence large, comme nous l'avons vu à l'occasion de l'analyse contextuelle du par. 9(1), cette disposition ne doit pas être interprétée de façon littérale. Elle ne couvre que les sons qui ressortent du bruit d'ambiance. L'article 20 du Règlement permet aussi au comité exécutif d'autoriser, par ordonnance, l'émission des sons en question en certaines circonstances ou occasions spéciales. De nombreuses autorisations sont ainsi accordées.

47 Comme le souligne Giroux à la p. 316, la frontière entre la protection de la tranquillité publique et la volonté d'assurer le conformisme est parfois mince. Tenant compte de cette tension, les tribunaux doivent conserver à l'esprit que la responsabilité de contrôler le bruit demeure celle des municipalités et ne doivent pas se substituer aux conseils municipaux pour imposer leurs vues (*Sablières Laurentiennes Ltée c. Ste-Adèle (Ville de)*, [1989] R.L. 486 (C.A. Qué.)). L'examen de la réglementation municipale adoptée dans le cadre des compétences de la Ville fait appel à un degré élevé de déférence de la part du tribunal. Les conseils municipaux sont composés de représentants élus qui sont responsables devant leurs commettants et les tribunaux reconnaissent la large discrétion des municipalités dans l'exercice de leurs pouvoirs réglementaires.

48 La tolérance au bruit varie d'un individu à un autre. Le recours à une norme objective, qu'il s'agisse du niveau de pression acoustique ou de l'identification de la source du bruit, facilite l'application du Règlement. À moins que la norme ou le médium ciblé ne révèle un exercice déraisonnable, le tribunal doit faire preuve de déférence. Restreindre l'intensité de certains bruits spécifiques ou les éliminer permet d'atteindre la même fin, soit celle de maintenir un niveau acceptable aux oreilles des élus municipaux. Le choix des moyens demeure celui de la Ville. Le choix fait par la Ville de supprimer, sauf permission spéciale, les sons émanant d'un appareil sonore, qu'il soit situé à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'il soit installé ou utilisé

exceed the City's regulatory power and in no way constitutes an unreasonable or improper exercise of that power.

49 The City also submitted that the By-law could be based on its power to ensure peace and public order. In light of our conclusion, it is unnecessary to turn to that provision to find that the By-law is valid. A few comments are in order, though.

50 It is well established that a municipal by-law may have more than one aspect and more than one purpose. Consequently, a by-law may have more than one enabling provision (*Arcade Amusements*, at p. 382). It is also possible for a single enabling provision, in particular a general provision such as art. 516 of the Charter of the City, to authorize provisions with multiple purposes.

51 This being said, to restate the Court's words in *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, at p. 693, there are many limits on a municipality's general power to adopt by-laws to ensure peace, order and the welfare of its citizens. In particular, when specific powers have been provided for, the general power should not be used to extend the clear scope of the specific provisions. In *Greenbaum* (at p. 693), the Court agreed with Middleton J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Morrison v. Kingston* (1937), 69 C.C.C. 251. At p. 255 of that decision, Middleton J.A. had given a general description of the limits on a municipality's regulatory powers:

> The first and most obvious limitation is found in the limitations imposed upon the power of the Province itself by the *B.N.A. Act*. The Province has not itself universal power of legislation, and its creature the municipality can have no higher power. A second and for many purposes a limitation of equally practical importance is that where the Provincial Legislature has itself undertaken to deal with a certain subject-matter in the interest of the inhabitants of the Province all legislation by the municipality must be subject to the provincial enactment. A third limitation is I think to be found in the express enactments of the *Municipal Act*. Very few

à l'extérieur, et audibles à l'extérieur n'excède pas son pouvoir de réglementation et ne constitue nullement un exercice déraisonnable ou irrégulier de ce pouvoir.

La Ville a aussi plaidé que le Règlement pouvait prendre appui sur son pouvoir d'assurer la paix et l'ordre publics. Compte tenu de notre conclusion, il n'est pas nécessaire de recourir à cette disposition pour conclure à la validité du Règlement. Quelques remarques s'imposent cependant.

Il est acquis qu'un règlement municipal peut comporter plusieurs aspects et poursuivre plusieurs finalités. Conséquemment, un règlement peut relever de plus d'une disposition habilitante (*Arcade Amusements*, p. 382). Il est également possible qu'une même disposition habilitante, notamment une disposition générale comme celle édictée à l'art. 516 de la Charte de la Ville, puisse permettre des dispositions à finalités diverses.

Cela dit, pour reprendre les propos de la Cour dans l'arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, p. 693, le pouvoir général de la municipalité d'adopter des règlements pour assurer la paix, l'ordre et le bien-être des citoyens est assujetti à plusieurs limites. Notamment, lorsque des pouvoirs spécifiques sont prévus, le pouvoir général ne devrait pas être utilisé pour étendre la portée précise des dispositions particulières. Dans *Greenbaum*, la Cour adopte (p. 693) les propos du juge Middleton de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Morrison c. Kingston* (1937), 69 C.C.C. 251. Celui-ci décrit, à la p. 255, les limites aux pouvoirs de réglementation d'une municipalité qui sont exprimées en termes généraux :

> [TRADUCTION] La première limite et la plus évidente découle des limites imposées au pouvoir de la province elle-même par l'*A.A.N.B.* La province n'a pas elle-même un pouvoir législatif universel et les municipalités, qui lui doivent leur existence, ne peuvent détenir un pouvoir plus étendu. La deuxième limite qui, à plusieurs fins, est d'importance pratique égale, réside dans le fait que, lorsque la législature provinciale a elle-même décidé de traiter une certaine question dans l'intérêt de ses habitants, tous les textes législatifs adoptés par la municipalité doivent être assujettis à la mesure législative provinciale. La troisième limite réside, à

subjects falling within the ambit of local government are left to the general provisions of s. 259 [now s. 130]. Almost every conceivable subject proper to be dealt with by a municipal council is specifically enumerated in the detailed provisions in the Act, and in some instances there are distinct limitations imposed on the powers of the municipal council. These express powers are, I think, taken out of any power included in the general grant of power by s. 259. [Emphasis added.]

mon avis, dans les dispositions explicites de la *Loi sur les municipalités*. Très peu de questions relevant de la compétence du gouvernement local sont assujetties aux dispositions générales de l'art. 259 [maintenant l'art. 130]. Presque toutes les questions imaginables pouvant être réglementées par le conseil municipal sont énumérées expressément dans les dispositions détaillées de la Loi et, dans certains cas, des limites précises sont imposées aux pouvoirs du conseil municipal. Ces pouvoirs explicites sont, je crois, soustraits de ceux qui sont compris dans le pouvoir général que confère l'art. 259. [Nous soulignons.]

The Court's remarks in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40, at para. 22, also support this principle. In that case, the Court upheld the validity of a provision regulating the use of pesticides on the basis of a general power. However, the majority, *per* L'Heureux-Dubé J., stated that while such general powers may apply where no specific power has been granted (para. 21), they "do not confer an unlimited power" (para. 20). The Court thus recognized that the purpose of such provisions is to "allow municipalities to respond expeditiously to new challenges facing local communities, without requiring amendment of the provincial enabling legislation" (para. 19). It seems clear that there is no need to resort to a general power if a specific power exists. 52

Les propos tenus par la Cour dans l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40, par. 22, appuient également ce principe. Dans cette affaire, la Cour a reconnu la validité d'une disposition réglementant l'utilisation des pesticides en se fondant sur l'octroi d'un pouvoir général. La majorité, sous la plume de la juge L'Heureux-Dubé, a toutefois énoncé que, quoiqu'ils puissent suppléer à l'absence de l'octroi d'un pouvoir spécifique (par. 21), de tels pouvoirs généraux ne « confèrent pas un pouvoir illimité » (par. 20). La Cour reconnaissait ainsi que le but de telles dispositions est de « permett[re] aux municipalités de relever rapidement les nouveaux défis auxquels font face les collectivités locales sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi provinciale habilitante » (par. 19). Il paraît évident que le recours au pouvoir général n'est pas nécessaire s'il existe un pouvoir spécifique.

In the case at bar, the Charter of the City has two specific provisions — one relating to nuisances and the other to public order, peace and safety — in addition to the general residual power. 53

Or, en l'espèce, la Charte de la Ville comporte deux dispositions spécifiques, l'une portant sur les nuisances et l'autre sur l'ordre, la paix et la sécurité publics, en plus de l'habilitation générale résiduelle.

Thus, the City may base the By-law on its power to define and regulate nuisances pursuant to arts. 517(*l*) and 520(72) of the Charter of the City. The general power under art. 516 to ensure peace, order and good government and the welfare of citizens cannot be used to justify the exercise of its regulatory power, because there is a specific provision that applies. 54

La Ville peut donc fonder le Règlement sur son pouvoir de définir et de réglementer les nuisances prévu aux par. 517*l*) et 520(72) de la Charte de la Ville. Le pouvoir général d'assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement et le bien-être des citoyens, prévu à l'art. 516, ne peut justifier l'exercice de son pouvoir réglementaire parce qu'une disposition spécifique est prévue.

Having concluded that arts. 9(1) and 11 of the By-law are within the delegated power of the City, 55

Après avoir conclu que le par. 9(1) et l'art. 11 du Règlement relèvent du pouvoir délégué de la Ville,

we must consider the second issue: whether these provisions violate the *Canadian Charter*. We must first decide whether the provisions of the By-law violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter*. If they do, we must then consider whether this violation is justified under s. 1 of the *Canadian Charter*.

3.2 *Does Article 9(1) of the By-law Infringe Section 2(b) of the Canadian Charter?*

56 Does the City's prohibition on amplified noise that can be heard from the outside infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter*? Following the analytic approach of previous cases, the answer to this question depends on the answers to three other questions. First, did the noise have *expressive content*, thereby bringing it within s. 2(*b*) protection? Second, if so, does the *method or location* of this expression remove that protection? Third, if the expression is protected by s. 2(*b*), does the By-law *infringe* that protection, either in purpose or effect? See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

57 The first two questions relate to whether the expression at issue in this case falls within the protected sphere of s. 2(*b*). They are premised on the distinction made in *Irwin Toy* between content (which is always protected) and "form" (which may not be protected). While this distinction may sometimes be blurred (see, e.g., *Irwin Toy*, p. 968; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 748), it is useful in cases such as this, where method and location are central to determining whether the prohibited expression is protected by the guarantee of free expression.

3.2.1 Expressive Content

58 The first question is whether the noise emitted by a loudspeaker from inside the club had expressive content. The answer must be yes. The loudspeaker sent a message into the street about the show going

nous devons examiner la deuxième question : ces dispositions contreviennent-elles à la *Charte canadienne*? Nous devons d'abord décider si les dispositions du Règlement adopté par la Ville vont à l'encontre de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne*. Dans l'affirmative, nous devons ensuite nous demander si cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*.

3.2 *Le paragraphe 9(1) du Règlement contrevient-il à l'al. 2b) de la Charte canadienne?*

L'interdiction par la Ville du bruit amplifié qui s'entend à l'extérieur va-t-elle à l'encontre de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne*? Selon l'approche analytique définie dans les arrêts antérieurs, la réponse à cette question dépend de la réponse donnée à trois autres questions. Premièrement, le bruit a-t-il le *contenu expressif* nécessaire pour entrer dans le champ d'application de la protection offerte par l'al. 2*b*)? Deuxièmement, dans l'affirmative, le *lieu ou le mode* d'expression ont-ils pour effet d'écarter cette protection? Troisièmement, si l'activité expressive est protégée par l'al. 2*b*), le Règlement, de par son objet ou son effet, *porte-il atteinte* au droit protégé? Voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

Les deux premières questions sont rattachées à celle de savoir si l'activité expressive entre dans le champ de protection de l'al. 2*b*). Elles s'appuient sur la distinction établie dans *Irwin Toy* entre le contenu (qui est toujours protégé) et la « forme » (qui ne l'est pas nécessairement toujours). Bien que cette distinction puisse parfois être floue (voir p. ex. *Irwin Toy*, p. 968; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748), elle est utile dans des situations comme celle qui nous occupe, où le mode et le lieu sont au centre de la question de savoir si l'activité expressive interdite est protégée par la garantie de liberté d'expression.

3.2.1 Le contenu expressif

Il s'agit en premier lieu de savoir si les sons émis par le haut-parleur, reproduisant ce qui se passait à l'intérieur du bar, avaient un contenu expressif. Une réponse affirmative s'impose. Le haut-parleur

on inside the club. The fact that the message may not, in the view of some, have been particularly valuable, or may even have been offensive, does not deprive it of s. 2(*b*) protection. Expressive activity is not excluded from the scope of the guarantee because of its particular message. Subject to objections on the ground of method or location, as discussed below, all expressive activity is presumptively protected by s. 2(*b*): see *Irwin Toy*, at p. 969; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 729.

transmettait un message dans la rue au sujet du spectacle présenté à l'intérieur du bar. Le fait que, de l'avis de certains, ce message ait été sans grande valeur ou même offensant, ne le prive pas de la protection de l'al. 2*b*). Une activité expressive n'est pas exclue du champ d'application de cette garantie en raison du message particulier transmis. Sous réserve des objections fondées sur le mode ou le lieu, dont il sera question plus loin, toute activité expressive est présumée protégée par l'al. 2*b*) : voir *Irwin Toy*, p. 969; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 729.

It is clear that noise emitted by loudspeakers from buildings onto the street can have expressive content, and in this case it did. Therefore, the first part of the test in *Irwin Toy* is met and a *prima facie* case for s. 2(*b*) protection is established. 59

Il est évident que le bruit émis dans la rue au moyen de haut-parleurs à partir d'un édifice peut avoir un contenu expressif, et c'était le cas en l'espèce. Par conséquent, la situation qui nous est soumise satisfait au premier élément du critère formulé dans *Irwin Toy* et la preuve *prima facie* de l'application de la garantie prévue par l'al. 2*b*) est établie.

3.2.2 Excluded Expression

3.2.2 Exclusion de l'activité expressive

Expressive activity may fall outside the scope of s. 2(*b*) protection because of how or where it is delivered. While all expressive *content* is worthy of protection (see *Irwin Toy*, at p. 969), the *method or location* of the expression may not be. For instance, this Court has found that violent expression is not protected by the *Canadian Charter*: *Irwin Toy*, at pp. 969-70. Violence is not excluded because of the message it conveys (no matter how hateful) but rather because the method by which the message is conveyed is not consonant with *Charter* protection. 60

L'activité expressive peut néanmoins être exclue du champ d'application de la protection offerte par l'al. 2*b*) en raison de la façon dont elle s'exerce ou du lieu où elle se déroule. Bien que tout *contenu* expressif mérite d'être protégé (voir *Irwin Toy*, p. 969), ce n'est pas toujours le cas du *lieu* ou du *mode* d'expression. Ainsi, la Cour a conclu que la violence comme forme d'expression n'est pas protégée par la *Charte canadienne* : *Irwin Toy*, p. 969-970. La violence n'est pas exclue en raison du message qu'elle transmet (si haineux puisse-t-il être), mais parce que le mode de transmission de ce message est en dissonance avec la protection offerte par la *Charte canadienne*.

This case raises the question of whether the *location* of the expression at issue causes the expression to be excluded from the scope of s. 2(*b*): see *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, *per* Lamer C.J. Property may be private or public. Public property is government-owned. In this case, although the loudspeaker was located on the respondent's private property, the sound issued onto the street, a public space owned by the government. One aspect 61

Dans le présent pourvoi, il faut déterminer si, en raison du *lieu* où elle se déroule, l'activité expressive en cause doit être exclue de la portée de l'al. 2*b*) : voir *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, le juge en chef Lamer. Une propriété peut être privée ou publique. Les propriétés publiques appartiennent à une administration publique. En l'espèce, bien que le haut-parleur ait été placé sur la propriété privée de l'intimée, le son était émis dans la rue, un endroit

of free expression is the right to express oneself in certain public spaces. Thus, the public square and the speakers' corner have by tradition become places of protected expression. The question here is whether s. 2(*b*) of the *Canadian Charter* protects not only what the appellants were doing, but their right to do it *in the place where they were doing it*, namely a public street.

62 Section 2(*b*) protection does not extend to all places. Private property, for example, will fall outside the protected sphere of s. 2(*b*) absent state-imposed limits on expression, since state action is necessary to implicate the *Canadian Charter*. Public property, however, may be more problematic since, by definition, it implicates the state. Two countervailing arguments, both powerful, are pitted against each other where the issue is expression on public property.

63 The argument for s. 2(*b*) protection on all public property focuses on ownership. It says the critical distinction is between government-owned places and other places. The government as the owner of property controls it. It follows that restrictions on the use of public property for expressive purposes are "government acts". Therefore, it is argued, the government is limiting the right to free expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter* and must justify this under s. 1.

64 The argument against s. 2(*b*) protection on at least some government-owned property, by contrast, focuses on the distinction between public use of property and private use of property. Regardless of the fact that the government owns and hence controls its property, it is asserted, many government places are essentially private in use. Some areas of government-owned property have become recognized as public spaces in which the public has a right to express itself. But other areas, like private offices and diverse places of public business,

public appartenant à une administration publique. L'un des aspects de la liberté d'expression est le droit de s'exprimer dans certains endroits publics. Ainsi, la place et la tribune publiques sont devenues, par tradition, des lieux où l'expression est protégée. Il s'agit en l'espèce de savoir si l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne* protège non seulement l'activité à laquelle se sont livrés les appelants, mais également leur droit de s'y livrer *là où ils s'y sont livrés*, c'est-à-dire sur une voie publique.

La protection de l'al. 2*b*) ne s'étend pas à tous les lieux. Une propriété privée, par exemple, n'entre pas dans le champ d'application de l'al. 2*b*), à moins que l'État n'y impose une limite à l'expression, car seul un acte de l'État peut enclencher l'application de la *Charte canadienne*. Une propriété publique peut, cependant, être plus problématique puisque, par définition, elle est liée à l'État. Deux arguments contradictoires, l'un et l'autre puissants, s'opposent lorsque l'expression sur une propriété publique est en cause.

L'argument favorable à l'application de la protection de l'al. 2*b*) à l'intérieur de toute propriété publique est axé sur l'identité du propriétaire. Cet argument accorde une importance fondamentale à la distinction entre les endroits appartenant à l'État et les autres endroits. À titre de propriétaire, l'État exerce un contrôle sur ses propriétés. Il s'ensuit que les limites à l'utilisation d'une propriété publique à des fins d'expression sont des « actes de l'État ». Par conséquent, soutient-on, l'État restreint la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne* et doit justifier cette atteinte au sens de l'article premier.

L'argument défavorable à l'application de la protection de l'al. 2*b*) à l'intérieur d'au moins certaines propriétés appartenant à l'État est, à l'opposé, axé sur la distinction entre l'usage public et l'usage privé de la propriété. Indépendamment du fait que l'État soit propriétaire d'un endroit et, de ce fait, le contrôle, de nombreuses propriétés de l'État sont essentiellement privées quant à leur usage. Certains espaces situés dans des propriétés appartenant à l'État sont maintenant reconnus comme des endroits publics où la population a le droit de

have never been viewed as available spaces for public expression. It cannot have been the intention of the drafters of the *Canadian Charter*, the argument continues, to confer a *prima facie* right of free expression in these essentially private spaces and to cast the onus on the government to justify the exclusion of public expression from places that have always and unquestionably been off-limits to public expression and could not effectively function if they were open to the public.

s'exprimer. Mais d'autres endroits, comme des bureaux privés et différents endroits affectés aux affaires de l'État, n'ont jamais été considérés comme des lieux ouverts à l'expression publique. Toujours selon cet argument, il est impossible que les rédacteurs de la *Charte canadienne* aient eu l'intention de conférer un droit *prima facie* à la liberté d'expression dans ces endroits essentiellement privés et d'imposer à l'État le fardeau de justifier l'exclusion de l'expression publique dans des endroits d'où celle-ci est depuis toujours et incontestablement exclue et qui ne pourraient remplir efficacement leur fonction s'ils étaient ouverts au public.

In *Committee for the Commonwealth of Canada*, six of seven judges endorsed the second general approach, although they adopted different tests for determining whether the government-owned property at issue was public or private in nature. Lamer C.J., supported by Sopinka and Cory JJ., advocated a test based on whether the primary function of the space was compatible with free expression. McLachlin J., supported by La Forest and Gonthier JJ., proposed a test based on whether expression in the place at issue served the values underlying the s. 2(*b*) free speech guarantee. L'Heureux-Dubé J. opted for the first approach and went directly to s. 1.

65 Dans *Comité pour la République du Canada*, six des sept juges ont adopté cette deuxième façon d'aborder la question, bien qu'ils aient retenu des critères différents pour déterminer si la propriété publique en cause était de nature publique ou privée. Le juge en chef Lamer, avec l'appui des juges Sopinka et Cory, a préconisé l'application d'un critère fondé sur la question de savoir si la fonction principale du lieu était compatible avec la liberté d'expression. La juge McLachlin, avec l'appui des juges La Forest et Gonthier, a proposé un critère fondé sur la question de savoir si l'expression dans le lieu en cause favorisait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression que garantit l'al. 2*b*). La juge L'Heureux-Dubé a quant à elle opté pour la première solution et est passée directement à l'application de l'article premier.

In this case, as in *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, we are satisfied that on any of the tests proposed in *Committee for the Commonwealth of Canada*, the emission of noise onto a public street is protected by s. 2(*b*). The activity is expressive. The evidence does not establish that the method and location at issue here — a building-mounted amplifier emitting noise onto a public street — impede the function of city streets or fail to promote the values that underlie the free expression guarantee.

66 Dans le présent pourvoi, nous sommes convaincues que, comme dans l'affaire *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, quel que soit le critère choisi parmi ceux proposés dans *Comité pour la République du Canada*, l'émission de bruit sur une voie publique est protégée par l'al. 2*b*). Cette activité est expressive. La preuve n'établit pas que le mode d'expression et le lieu en cause — l'émission sur une voie publique de bruits amplifiés par un haut-parleur installé sur un édifice — font obstacle à la fonction des rues de la municipalité ou ne favorisent pas les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.

This method of expression is not repugnant to the primary function of a public street, on the test

67 Ce mode d'expression n'est pas inconciliable avec la fonction principale d'une voie publique,

of Lamer C.J. Streets provide means of passing and accessing adjoining buildings. They also serve as venues of public communication. However one defines their function, emitting noise produced by sound equipment onto public streets seems not in itself to interfere with it. If sound equipment were being used in a way that prevented people from using the street for passage or communication, the answer might be different: see, e.g., *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson* (1994), 89 C.C.C. (3d) 217 (B.C.C.A.). However, the evidence here does not establish this.

68 The method and location of the expression also arguably serve the values that underlie the guarantee of free expression, on the approach advocated by McLachlin J. Amplified emissions of noise from buildings onto a public street could further democratic discourse, truth finding and self-fulfillment. Again, if the evidence showed that the amplification inhibited passage and communication on the street, the situation might be different. The argument that the emissions of noise onto a public street in this case did not serve the values underlying the freedom of expression rests on its content, and cannot be considered in addressing the issue of whether the method or location of the expression itself is inimical to s. 2(*b*).

69 Finally, on the analysis of L'Heureux-Dubé J. in *Committee for the Commonwealth of Canada*, the expressive content of the noise mandates the conclusion that it is protected by s. 2(*b*) and propels the analysis directly into s. 1, where justification is the issue.

70 It follows that here, as in *Ramsden*, it is unnecessary to revisit the question of which of the divergent approaches to the issue of expression on public property should be adopted. However, since we are requested to clarify the test, we offer the following views.

71 We agree with the view of the majority in *Committee for the Commonwealth of Canada* that

selon le critère établi par le juge en chef Lamer. Les rues permettent de circuler et d'accéder aux édifices qui les bordent. Elles servent aussi de lieux de communication pour le public. Peu importe comment on définit la fonction des rues, la simple émission de bruit produit au moyen d'appareils sonores ne semble pas l'entraver. Si le matériel sonore était utilisé de façon à empêcher les gens d'utiliser la rue pour circuler ou pour communiquer, la réponse pourrait être différente : voir p. ex. *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* (1994), 89 C.C.C. (3d) 217 (C.A.C.-B.). Or, ce n'est pas ce que la preuve démontre en l'espèce.

On peut également soutenir que le lieu et le mode d'expression favorisent les valeurs sous-jacentes à la garantie de liberté d'expression, suivant l'approche préconisée par la juge McLachlin. Le bruit amplifié émis sur une voie publique au moyen d'appareils sonores à partir d'un édifice pourrait favoriser le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel. Répétons que, si la preuve avait démontré que l'amplification de ces bruits gênait la circulation et la communication dans la rue, la situation pourrait être différente. L'argument selon lequel l'émission de bruit sur une voie publique ne favorisait pas, en l'espèce, les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression repose sur le contenu des sons diffusés et ne peut être pris en compte pour ce qui est de déterminer si ce lieu et ce mode d'expression sont contraires à l'al. 2*b*).

Enfin, selon l'analyse effectuée par la juge L'Heureux-Dubé dans *Comité pour la République du Canada*, le contenu expressif du bruit nous oblige à conclure qu'il bénéficie de la protection de l'al. 2*b*) et nous amène directement à l'analyse fondée sur l'article premier qui porte sur la justification.

En conséquence, dans le présent pourvoi, comme dans l'arrêt *Ramsden*, il n'est pas nécessaire de déterminer laquelle des différentes façons d'aborder la question de l'expression sur une propriété publique devrait être retenue. Cependant, puisqu'on nous demande de préciser le critère à appliquer, nous formulons les remarques suivantes.

Nous acceptons l'opinion majoritaire exprimée dans *Comité pour la République du Canada*

the application of s. 2(*b*) is not attracted by the mere fact of government ownership of the place in question. There must be a further enquiry to determine if this is the *type* of public property which attracts s. 2(*b*) protection.

Expressive activity should be excluded from the protective scope of s. 2(*b*) only if its method or location clearly undermines the values that underlie the guarantee. Violent expression, which falls outside the scope of s. 2(*b*) by reason of its method, provides a useful analogy. Violent expression may be a means of political expression and may serve to enhance the self-fulfillment of the perpetrator. However, it is not protected by s. 2(*b*) because violent means and methods undermine the values that s. 2(*b*) seeks to protect. Violence prevents dialogue rather than fostering it. Violence prevents the self-fulfillment of the victim rather than enhancing it. And violence stands in the way of finding the truth rather than furthering it. Similarly, in determining what public spaces fall outside s. 2(*b*) protection, we must ask whether free expression in a given place undermines the values underlying s. 2(*b*).

We therefore propose the following test for the application of s. 2(*b*) to public property; it adopts a principled basis for method or location-based exclusion from s. 2(*b*) and combines elements of the tests of Lamer C.J. and McLachlin J. in *Committee for the Commonwealth of Canada*. The onus of satisfying this test rests on the claimant.

The basic question with respect to expression on government-owned property is whether the place is a public place where one would expect constitutional protection for free expression on the basis that expression in that place does not conflict with the purposes which s. 2(*b*) is intended to serve, namely (1) democratic discourse, (2) truth finding and (3) self-fulfillment. To answer this question, the following factors should be considered:

selon laquelle le fait que l'endroit visé appartienne à l'État, sans plus, n'emporte pas automatiquement l'application de la protection offerte par l'al. 2*b*). Il faut donc pousser l'examen plus loin afin de déterminer s'il s'agit du *type* de propriété de l'État auquel s'applique cette protection.

72 L'activité expressive ne devrait être exclue du champ de protection de l'al. 2*b*) que si le lieu ou le mode d'expression en cause minent les valeurs sous-jacentes à cette garantie. L'expression violente, exclue du champ de protection de l'al. 2*b*) à cause du mode d'expression choisi, offre une analogie utile. L'expression violente peut constituer un moyen d'expression politique et servir à favoriser l'épanouissement personnel de son auteur. Toutefois, elle n'est pas protégée par l'al. 2*b*) parce que la violence mine les valeurs que l'al. 2*b*) vise à protéger. La violence nuit au dialogue plutôt que de l'encourager. La violence nuit à l'épanouissement personnel de la victime plutôt que de le favoriser. Et la violence fait obstacle à la recherche de la vérité plutôt que de la faciliter. De même, pour déterminer quels sont les endroits publics qui échappent à la protection de l'al. 2*b*), nous devons nous demander si la liberté d'expression dans l'endroit visé mine les valeurs sous-jacentes à l'al. 2*b*).

73 Nous proposons donc, pour l'application de l'al. 2*b*) aux propriétés publiques, le critère suivant, qui fournit un fondement rationnel à l'exclusion de la protection de l'al. 2*b*) en fonction du lieu et du mode d'expression et combine des éléments des critères formulés par le juge en chef Lamer et la juge McLachlin dans *Comité pour la République du Canada*. C'est au demandeur qu'il incombe de satisfaire à ce critère.

74 La question fondamentale quant à l'expression sur une propriété appartenant à l'État consiste à déterminer s'il s'agit d'un endroit public où l'on s'attendrait à ce que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle parce que l'expression, dans ce lieu, ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2*b*) est censé favoriser, soit : (1) le débat démocratique; (2) la recherche de la vérité; et (3) l'épanouissement personnel. Pour trancher cette question, il faut examiner les facteurs suivants :

(a) the historical or actual function of the place; and

(b) whether other aspects of the place suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression.

75 The historical function of a place for public discourse is an indicator that expression in that place is consistent with the purposes of s. 2(*b*). In places where free expression has traditionally occurred, it is unlikely that protecting expression undermines the values underlying the freedom. As a result, where historical use for free expression is made out, the location of the expression as it relates to public property will be protected.

76 Actual function is also important. Is the space in fact essentially private, despite being government-owned, or is it public? Is the function of the space — the activity going on there — compatible with open public expression? Or is the activity one that requires privacy and limited access? Would an open right to intrude and present one's message by word or action be consistent with what is done in the space? Or would it hamper the activity? Many government functions, from cabinet meetings to minor clerical functions, require privacy. To extend a right of free expression to such venues might well undermine democracy and efficient governance.

77 Historical and actual functions serve as markers for places where free expression would have the effect of undermining the values underlying the freedom of expression. The ultimate question, however, will always be whether free expression in the place at issue would undermine the values the guarantee is designed to promote. Most cases will be resolved on the basis of historical or actual function. However, we cannot discount the possibility that other factors may be relevant. Changes in society and technology may affect the spaces where expression should be protected having regard to the

a) la fonction historique ou réelle de l'endroit;

b) les autres caractéristiques du lieu qui laissent croire que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.

La fonction historique d'un endroit destiné et servant au débat public est un indicateur de la conformité de l'expression à cet endroit avec les objectifs de l'al. 2*b*). Dans les endroits où il est de tradition que la liberté d'expression s'exerce, il est peu probable que protéger l'exercice de cette liberté mine les valeurs qui la sous-tendent. Partant, lorsque l'utilisation historique d'un endroit pour l'exercice de la liberté d'expression est établie, le lieu de l'activité expressive — en ce qui a trait au fait qu'elle se déroule sur une propriété publique — sera protégée.

La fonction réelle de l'endroit est elle aussi importante. S'agit-il en fait d'un endroit essentiellement privé, même s'il appartient à l'État, ou d'un endroit public? Sa fonction — l'activité qui s'y déroule — est-elle compatible avec la libre expression publique? Ou s'agit-il d'une activité qui commande un certain isolement et un accès limité? Le droit d'entrer librement dans ce lieu et d'y présenter son message, par des paroles ou par des actes, serait-il compatible avec ce qui s'y fait? Ou les activités qui s'y déroulent s'en trouveraient-elles entravées? De nombreuses fonctions de l'administration publique, des réunions du Cabinet au simple travail de bureau, nécessitent un certain isolement. Élargir le droit à la liberté d'expression à de tels lieux pourrait bien compromettre la démocratie et l'efficacité de la gouvernance.

Les fonctions historique et réelle servent aussi d'indicateurs des endroits où l'exercice de la liberté d'expression aurait pour effet de miner les valeurs sous-jacentes à cette liberté. L'ultime question, cependant, sera toujours de savoir si la liberté d'expression à l'endroit en cause minerait les valeurs que cette garantie est censée promouvoir. La plupart des affaires seront tranchées sur le fondement de la fonction historique ou réelle. Cependant, nous ne pouvons écarter la possibilité que d'autres facteurs soient pertinents. Les changements sociaux et technologiques peuvent avoir une incidence sur les

values that underlie the guarantee. The proposed test reflects this, by permitting factors other than historical or actual function to be considered where relevant.

The markers of historical and actual functions will provide ready answers in most cases. However, we must accept that, on the difficult issue of whether free expression is protected in a given location, some imprecision is inevitable. As some scholars point out, the public-private divide cannot be precisely defined in a way that will provide an advance answer for all possible situations: see, e.g., R. Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* (2000), at pp. 148 *et seq.* This said, the historical and actual functions of a place is something that can be established by evidence. As courts rule on what types of spaces are inherently public, a central core of certainty may be expected to evolve with respect to when expression in a public place will undermine the values underlying the freedom of expression.

Another concern is whether the proposed test screens out expression which merits protection, on the one hand, or admits too much clearly unprotected expression on the other. Our jurisprudence requires broad protection at the s. 2(*b*) stage, on the understanding that governments can limit that protection if they can justify the limits under s. 1 of the *Canadian Charter.* The proposed test reflects this. However, it also reflects the reality that some places must remain outside the protected sphere of s. 2(*b*). People must know where they can and cannot express themselves and governments should not be required to justify every exclusion or regulation of expression under s. 1. As six of seven judges of this Court agreed in *Committee for the Commonwealth of Canada*, the test must provide a preliminary screening process. Otherwise, uncertainty will prevail and governments will be continually forced to justify restrictions which, viewed from the perspective of history and common sense,

endroits où l'expression mérite d'être protégée eu égard aux valeurs qui sous-tendent cette garantie. Le critère proposé tient compte de cette éventualité en permettant que d'autres facteurs que celui de la fonction historique ou réelle soient pris en considération au besoin.

78 Les indicateurs des fonctions historique et réelle permettront de solutionner aisément la plupart des cas. Toutefois, nous devons accepter qu'une certaine imprécision demeure inévitable quant à l'épineuse question de savoir si la liberté d'expression est protégée dans un lieu donné. Comme le signalent certains juristes, il est impossible de tracer avec précision une ligne de démarcation entre le public et le privé qui permettrait de solutionner à l'avance toutes les situations possibles : voir p. ex. R. Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* (2000), p. 148 et suiv. Cela dit, les fonctions historique et réelle d'un endroit sont des éléments qu'il est possible d'établir par la preuve. Au fur et à mesure que les tribunaux détermineront quels genres d'endroits ont un caractère intrinsèquement public, on peut s'attendre à pouvoir cerner avec certitude un certain nombre de circonstances dans lesquelles l'expression dans un lieu public minera les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.

79 On peut également se demander si le critère proposé écarte des activités expressives qui méritent d'être protégées ou s'il en retient au contraire certaines qui ne méritent manifestement pas de l'être. Notre jurisprudence exige une protection étendue à l'étape de l'al. 2*b*), étant entendu que l'État peut restreindre cette protection à condition que les limites imposées puissent se justifier au sens de l'article premier de la *Charte canadienne.* Le critère proposé incarne ce principe. Cependant, il prend aussi en considération le fait que certains endroits doivent demeurer hors du champ de protection de l'al. 2*b*). Les gens doivent savoir où ils peuvent ou non s'exprimer et les gouvernements ne doivent pas être tenus de justifier, conformément à l'article premier, chaque exclusion ou réglementation de l'expression. Comme en ont convenu six des sept juges de notre Cour dans *Comité pour la République du Canada*, ce critère doit comporter un mécanisme qui permette d'écarter d'emblée certains endroits.

are entirely appropriate. Restricted access to many government-owned venues is part of our history and our constitutional tradition. The *Canadian Charter* was not intended to turn this state of affairs on its head.

80 A final concern is whether the proposed test is flexible enough to accommodate future developments. Changes in society will inevitably alter the specifics of the debate about the venues in which the guarantee of free expression will apply. Some say, for example, that the increasing privatization of government space will shift the debate to the private sector. Others say that the new spaces for communication created by electronic communication through the Internet will raise new questions on the issue of where the right to free speech applies. We do not suggest how the problems of the future will be answered. But it seems to us that a test that focuses on historical and actual functions as markers for public and private domains, adapted as necessary to accord with new situations and the values underlying the s. 2(*b*) guarantees, will be sufficiently flexible to meet the problems of the future.

81 Applying the approach we propose to the case at bar confirms the conclusion reached earlier under the three *Committee for the Commonwealth of Canada* tests that the expression at issue in this case falls within the protected sphere of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter*. The content, as already noted, is expressive. Viewed from the perspective of locus, the expression falls within the public domain. Streets are clearly areas of public, as opposed to private, concourse, where expression of many varieties has long been accepted. There is nothing to suggest that to permit this medium of expression would subvert the values of s. 2(*b*).

3.2.3 The Infringement

82 This brings us to the third step of the *Irwin Toy* test. Having concluded that the expression falls

Autrement, l'incertitude l'emportera et les gouvernements seront constamment forcés de justifier des restrictions qui sont tout à fait appropriées d'un point de vue historique et logique. L'accès restreint à de nombreux lieux appartenant à l'État fait partie de notre histoire et de notre tradition constitutionnelle. La *Charte canadienne* n'était pas censée changer la situation du tout au tout.

On peut enfin se demander si le critère proposé est assez souple pour s'adapter aux changements à venir. L'évolution de la société modifiera inévitablement les tenants et aboutissants du débat concernant les endroits où s'applique la garantie de liberté d'expression. Certains affirment, par exemple, que la privatisation croissante des lieux utilisés à des fins publiques déplacera le débat vers le secteur privé. D'autres avancent que les nouveaux lieux d'échange du cyberespace feront surgir de nouvelles questions quant aux endroits où s'applique le droit à la liberté d'expression. Nous ne prétendons pas répondre aux problèmes à venir. Mais il nous semble qu'un critère axé sur les fonctions historique et réelle d'un lieu comme indicateurs de son appartenance au domaine public ou privé, adapté le cas échéant aux nouvelles situations et aux valeurs qui sous-tendent les garanties prévues à l'al. 2*b*), offrira la souplesse nécessaire pour régler les difficultés futures.

L'application de la méthode proposée à la présente espèce confirme la conclusion à laquelle nous sommes précédemment arrivés au moyen des trois critères établis dans *Comité pour la République du Canada*, soit que l'expression en cause entre dans le champ de protection de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne*. Son contenu, ainsi que nous l'avons déjà signalé, est expressif. Considérée sous l'angle du lieu, elle se situe dans le domaine public. Les rues sont manifestement des lieux de rencontre publics et non privés, où diverses formes d'expression sont acceptées depuis longtemps. Rien n'indique que, s'il était autorisé, ce mode d'expression menacerait les valeurs qui sous-tendent l'al. 2*b*).

3.2.3 L'atteinte

Cela nous amène à la troisième étape du critère formulé dans *Irwin Toy*. Ayant conclu que

within the protected scope of s. 2(*b*), we must ask whether the By-law impinges on protected expression, in purpose or effect.

Here, the purpose of the By-law is benign. However, its effect is to restrict expression. Where the effect of a provision is to limit expression, a breach of s. 2(*b*) will be made out, provided the claimant shows that the expression at issue promotes one of the values underlying the freedom of expression: *Irwin Toy*, at p. 976.

The electronically amplified noise at issue here encouraged passers-by to engage in the leisure activity of attending one of the performances held at the club. Generally speaking, engaging in lawful leisure activities promotes such values as individual self-fulfillment and human flourishing. The disputed value of particular expressions of self-fulfillment, like exotic dancing, does not negate this general proposition: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 489. It follows that the By-law has the effect of restricting expression which promotes one of the values underlying s. 2(*b*) of the *Canadian Charter.*

We conclude that the City's ban on emitting amplified noise constitutes a limit on free expression under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter.*

3.3 *Is the Limit Justified Under Section 1 of the Canadian Charter?*

We have concluded that the By-law amounts to a limitation on expression protected by s. 2(*b*). The remaining question is whether that limit is justified under s. 1 of the *Canadian Charter.*

Section 1 of the *Canadian Charter* provides:

> The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

l'expression entre dans le champ de protection de l'al. 2*b*), nous devons nous demander si le Règlement, de par son objet ou son effet, porte atteinte à l'expression protégée.

83 En l'espèce, l'objet du Règlement est légitime. Il a toutefois pour effet de limiter l'expression. Lorsque l'effet d'une disposition est de limiter l'expression, la violation de l'al. 2*b*) sera établie, à la condition que le demandeur démontre que l'expression en cause favorise l'une des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression : *Irwin Toy*, p. 976.

84 Les bruits amplifiés électroniquement en l'espèce incitaient les passants à participer à une activité de loisir, soit à assister à l'un des spectacles présentés au bar. De façon générale, la participation à des activités de loisir légales favorise des valeurs comme l'enrichissement et l'épanouissement personnels. La valeur controversée de certaines formes d'expression de l'épanouissement personnel, telle la danse exotique, ne dément pas cette affirmation générale : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 489. Il s'ensuit que le Règlement a pour effet de limiter une expression qui favorise l'une des valeurs sous-jacentes à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne.*

85 Nous concluons que l'interdiction par la Ville d'émettre un bruit amplifié restreint la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne.*

3.3. *Cette atteinte est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte canadienne?*

86 Nous avons conclu que le Règlement restreint la liberté d'expression protégée par l'al. 2*b*). Reste à savoir si cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne.*

87 L'article premier de la *Charte canadienne* dispose :

> La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

88 Under s. 1, the onus is on the City to show that the limit is directed at a pressing and substantial objective, and that the limit is proportionate in the sense of being rationally connected to the objective, impairing the right to freedom of expression in a reasonably minimal way, and having an effect in terms of curtailment of the right that is proportionate to the benefit sought: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

89 We conclude that the objective of the limitation is pressing and substantial. The Superior Court judge, Boilard J., defined that objective as combatting noise pollution (paras. 15 and 17). Noise pollution is a serious problem in urban centers, and cities like Montréal are entitled to act reasonably and responsibly in seeking to curb it.

90 This brings us to proportionality. Proportionality is concerned with the *means* chosen to meet the objective. Here the City chose a two-pronged attack on noise pollution. First, it prohibited noises exceeding a stipulated degree of loudness: art. 8. Second, it prohibited particular noises — namely noise that can be heard from the outside and is produced by sound equipment, whether it is inside a building or installed or used outside: art. 9. Noise targeted by art. 9 is prohibited regardless of whether it affects an inhabited place: art. 11. It is important, however, to note that art. 9 does not represent an absolute ban. Unlike *Ramsden*, where no relief from the restrictive by-law was possible, the scheme of the By-law in this case anticipates routine granting of licences as exceptions to the prohibition. Article 20 of the By-law provides that the City may authorize the use of sound equipment prohibited by arts. 9 and 11 in particular circumstances, as for special events, celebrations and demonstrations. The City has exercised this authority and granted permits to use sound equipment on hundreds of occasions: at para. 115, *per* Chamberland J.A. There is no evidence that it has exercised this authority arbitrarily or to curb democratic discourse. Moreover, as discussed above, in para. 34, a contextual reading of the impugned provision leads to the conclusion that art. 9(1) only captures noise that interferes with the peaceful use and enjoyment of the urban

En vertu de l'article premier, il incombe à la Ville de démontrer que la restriction vise un but urgent et réel et qu'elle est proportionnée, en ce sens qu'elle a un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, qu'elle porte une atteinte raisonnablement minimale au droit à la liberté d'expression et que son effet attentatoire est proportionnel à l'avantage recherché : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Nous concluons que l'objectif de la restriction est urgent et réel. Le juge Boilard de la Cour supérieure a précisé que cet objectif était la répression de la pollution par le bruit (par. 15 et 17). La pollution par le bruit est un grave problème dans les centres urbains, et les villes comme Montréal peuvent prendre des mesures raisonnables et responsables pour tenter de l'enrayer.

Cela nous amène à la proportionnalité. La proportionnalité est liée au *moyen* choisi pour atteindre l'objectif poursuivi. En l'espèce, la Ville a choisi de s'attaquer à la pollution par le bruit de deux façons. Premièrement, elle a interdit le bruit dont l'intensité est supérieure au niveau prescrit : art. 8. Deuxièmement, elle a interdit certains bruits particuliers — à savoir le bruit audible à l'extérieur produit au moyen d'appareils sonores, que ceux-ci soient situés à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'ils soient installés ou utilisés à l'extérieur : art. 9. Le bruit que cible l'art. 9 est interdit, peu importe qu'il touche ou non un lieu habité : art. 11. Il importe toutefois de souligner que l'art. 9 ne crée pas d'interdiction absolue. Contrairement au règlement en cause dans l'affaire *Ramsden*, auquel il n'était pas possible d'échapper, le Règlement qui nous occupe prévoit la possibilité d'obtenir un permis de façon routinière pour déroger à l'interdiction. L'article 20 du Règlement permet en effet à la Ville d'autoriser l'usage d'appareils sonores autrement interdit par les art. 9 et 11, dans des circonstances particulières, notamment à l'occasion d'événements spéciaux, de fêtes et de manifestations. La Ville a exercé ce pouvoir et accordé des permis relatifs à l'usage d'appareils sonores des centaines de fois : par. 115, le juge Chamberland. Aucune preuve n'établit qu'elle aurait exercé ce pouvoir arbitrairement ou dans le but de restreindre le débat démocratique. De plus,

environment. This is the essence of the regulatory scheme the City put in place to deal with noise pollution on its streets.

comme nous l'avons déjà expliqué au par. 34, une interprétation contextuelle de la disposition contestée mène à la conclusion que le par. 9(1) ne vise que le bruit qui interfère avec l'utilisation et la jouissance paisibles de l'environnement urbain. Telle est l'essence du régime réglementaire mis en place par la Ville pour lutter contre la pollution par le bruit dans ses rues.

The first question is whether the limit on noise produced by sound equipment is rationally connected to the City's objective of limiting noise in the streets. Clearly it is. Amplified noise emitted into the street may interfere with the activities of people using the street and the buildings around it. People in urban neighbourhoods cannot expect to be free from the sounds of the many activities that go on around them. However, they can and do expect the level of this intrusion to be limited, so that they can enjoy a measure of peace and quiet. This was the City's objective. Presumptively prohibiting the emission of amplified noise was one of the means by which it sought to accomplish that objective.

91 La première question consiste à se demander si la restriction concernant le bruit produit au moyen d'appareils sonores a un lien rationnel avec l'objectif de la Ville de réprimer le bruit dans ses rues. Manifestement, elle en a un. Le bruit amplifié émis dans la rue peut gêner les activités des gens qui y circulent et qui utilisent les édifices avoisinants. Les gens qui fréquentent les quartiers urbains ne peuvent espérer échapper aux sons que produisent les nombreuses activités qui se déroulent autour d'eux. Cependant, ils peuvent s'attendre et s'attendent en fait à n'être incommodés que modérément et à pouvoir jouir d'une certaine tranquillité. C'est ce que la Ville avait comme objectif. On peut présumer que prohiber l'émission de bruits amplifiés est l'un des moyens qu'elle a choisis pour atteindre cet objectif.

The second question, and the most difficult, is whether the measure impairs the right in a reasonably minimal way. Boilard J. held that the prohibition on noise that is produced by sound equipment and can be heard from the outside, the second prong of the City's regulatory scheme, was not minimally intrusive because it [TRANSLATION] "completely precluded [the club owner] from communicating its commercial message at a time when and place where the harmful effects of doing so were minimal if not non-existent" (para. 33). This conclusion rests on a literal reading of art. 9(1) which, in our view, must be rejected. He went on to say that arts. 8, 10 and 11 sufficed to permit the City to prevent an escalation of the publicity war between the competing club owners on the street. In his view, the City could maintain reasonable and tolerable limits on noise in the streets by regulating the volume of noise measurable by sound level meters, as it had done for Christmas music played over loudspeakers. Boilard J. therefore concluded that the City

92 La deuxième question, et la plus difficile, consiste à déterminer si cette mesure constitue une atteinte raisonnablement minimale au droit garanti. Le juge Boilard a statué que l'interdiction du bruit audible à l'extérieur produit au moyen d'appareils sonores, qui constitue le deuxième volet du régime réglementaire mis en place par la Ville, ne représente pas une atteinte minimale parce qu'elle « empêche complètement [le propriétaire du bar] d'exprimer son message commercial à un moment et dans un endroit où les effets dommageables d'une telle activité sont minimes s'ils ne sont pas inexistants » (par. 33). Cette conclusion repose sur une interprétation littérale du par. 9(1) qui, à notre avis, doit être rejetée. Il a ajouté que les art. 8, 10 et 11 suffisaient pour permettre à la Ville d'empêcher l'escalade de la réclame entre les établissements concurrents de la rue. Il estimait que la Ville pouvait maintenir le bruit produit dans la rue dans les limites du raisonnable et du tolérable en réglementant l'intensité du bruit mesurable à l'aide de sonomètres, comme elle

could have achieved its objective by less intrusive means than a blanket ban on noise produced by sound equipment.

93 On appeal, only Chamberland J.A. found it necessary to consider minimal impairment. We generally endorse his comments and conclusions on this issue.

94 First, in dealing with social issues like this one, where interests and rights conflict, elected officials must be accorded a measure of latitude. The Court will not interfere simply because it can think of a better, less intrusive way to manage the problem. What is required is that the City establish that it has tailored the limit to the exigencies of the problem in a reasonable way. This is particularly so on environmental issues, where views and interests conflict and precision is elusive: *Canadian Pacific.*

95 Second, it is far from clear that regulation by degree of loudness would effectively deal with the problem of noise pollution and the conflict between commercial concerns seeking to maximize commercial expression and citizens seeking a relatively peaceful and calm environment. Boilard J. erred in suggesting that the City could adequately deal with the problem of noise pollution by regulating the volume of noise measurable by sound level meter. Noise can be emitted randomly in unexpected places. Detecting and prosecuting violations could be difficult. Moreover, the regulation of sound levels alone would not prevent the possibility that multiple, simultaneous noises, each within the legal limit, could cumulatively exceed an acceptable sound level.

96 Regulation by degree of loudness would not achieve the City's goal of eliminating, subject to exceptions, a certain *type* of sound — that

l'avait fait pour la musique de Noël émise par des haut-parleurs. Le juge Boilard a donc conclu que la Ville aurait pu atteindre son objectif en utilisant des moyens moins attentatoires qu'une interdiction générale du bruit produit au moyen d'appareils sonores.

En appel, seul le juge Chamberland a jugé nécessaire d'examiner la question de l'atteinte minimale. Nous faisons nôtres, dans l'ensemble, ses remarques et ses conclusions sur ce point.

Premièrement, lorsqu'ils s'attaquent à un problème social comme celui-ci, en présence d'intérêts et de droits conflictuels, les représentants élus doivent bénéficier d'une certaine latitude. La Cour n'interviendra pas du seul fait qu'elle peut imaginer un moyen plus adéquat, moins attentatoire, de remédier au problème. Il suffit que la Ville démontre qu'elle a conçu une mesure restrictive raisonnablement adaptée à la situation. Cela vaut particulièrement dans le domaine de la protection de l'environnement, où les avis divergent, les intérêts s'opposent et la précision est inatteignable : *Canadien Pacifique.*

Deuxièmement, il est loin d'être évident que le fait de réglementer l'intensité sonore résoudrait efficacement le problème de la pollution par le bruit et le conflit entre les commerçants, qui souhaitent maximiser l'expression commerciale, et les citoyens, qui aspirent à un environnement relativement calme et paisible. Le juge Boilard a estimé, incorrectement, que la Ville pourrait régler adéquatement le problème de la pollution par le bruit en réglementant l'intensité du bruit mesurable à l'aide de sonomètres. Les bruits peuvent être émis de façon aléatoire dans des lieux inattendus. Déceler les infractions et poursuivre les contrevenants pourrait s'avérer difficile. En outre, la réglementation de l'intensité sonore ne pourrait écarter à elle seule la possibilité que plusieurs bruits émis simultanément, dont chacun respecte la limite prescrite, excèdent ensemble un niveau sonore acceptable.

Réglementer l'intensité sonore ne permettrait pas à la Ville de réaliser son objectif d'éliminer, sauf exception, un certain *type* de son — le bruit

produced by sound equipment. Moreover, regulation by sound level meters has definite limits. While some noises may be capable of being monitored in this way, some, like intermittent noises or random noises, cannot. Moreover, the suggestion was unrealistic. As Chamberland J.A. put it: [TRANSLATION] "[I]t would take a forest of sound level meters and an army of qualified technicians lying in waiting to monitor the noise produced by sound equipment at different times of day and night, everywhere in greater Montréal" (para. 119).

produit au moyen d'appareils sonores. En outre, une réglementation fondée sur l'utilisation de sonomètres a des limites certaines. Même s'il est possible de contrôler certains bruits de cette façon, d'autres, comme les bruits intermittents ou aléatoires, ne peuvent l'être. Par ailleurs, cette proposition n'est pas réaliste. Comme l'a dit le juge Chamberland, « [i]l faudrait une forêt de sonomètres et une armée de techniciens qualifiés à l'affût pour contrôler les bruits produits au moyen d'appareils sonores, à différents moments du jour et de la nuit, partout dans le grand Montréal » (par. 119).

Rights should never be sacrificed to mere administrative convenience. Here, however, the City contends that for a variety of reasons there was really no other practical way to deal with the complex problem it was facing. Accordingly, the City's measures do not go beyond what was reasonably necessary in the circumstances and, as a result, its regulatory plan is entitled to deference. 97

On ne peut permettre qu'un droit soit assujetti à la simple commodité administrative. Toutefois, en l'espèce, la Ville prétend que, pour une foule de raisons, aucun autre moyen pratique ne lui permettait vraiment de régler le problème complexe auquel elle faisait face. Par conséquent, les mesures prises par la Ville n'outrepassaient donc pas les limites de ce qui était raisonnablement nécessaire dans les circonstances et, de ce fait, la retenue s'impose à l'égard de son régime réglementaire.

It remains to consider whether the prejudicial effects on free expression flowing from the regulation of sound at issue are proportionate to the beneficial effects of the regulation. In our view, the test supports the conclusion that the By-law is valid. 98

Il reste à examiner si les effets préjudiciables du Règlement sur la liberté d'expression sont proportionnés à ses effets bénéfiques. À notre avis, le test favorise la validité du Règlement.

The expression limited by the By-law consists of noise produced by sound equipment that interferes with the peaceful use and enjoyment of the urban environment. This limitation therefore goes to the permitted forms of expression on city streets, regardless of content. Against this stand the benefits of reducing noise pollution on the street and in the neighbourhood. We acknowledge that in balancing the deleterious and positive effects of the By-law, account must be taken of the fact that the activity was taking place on a street with an active commercial nightlife in a large and sophisticated city. This does not, however, mean that its residents must necessarily be subjected to abuses of the enjoyment of their environment. As Chamberland J.A. put it, [TRANSLATION] "the citizens of a city, even a city the size of Montréal, are entitled to a healthy environment. Noise control is 99

L'expression restreinte par le Règlement est celle qui consiste à produire, au moyen d'appareils sonores, du bruit qui gêne l'utilisation et la jouissance paisibles de l'environnement urbain. Cette restriction touche donc les modes d'expression permis dans les rues de la Ville, sans égard au contenu. Le Règlement a par ailleurs l'effet bénéfique de réduire la pollution par le bruit dans la rue et les environs. Nous reconnaissons que, dans la pondération des effets préjudiciables et bénéfiques du Règlement, il faut tenir compte du fait que l'activité expressive se déroulait dans une rue commerciale très animée le soir, dans une grande ville moderne. Cela ne signifie pas pour autant que ses résidents doivent nécessairement subir des abus dans la jouissance de leur environnement. Ainsi que l'a écrit le juge Chamberland, « [l]es citoyens d'une ville, même s'il s'agit d'une ville de la taille de Montréal, ont

unquestionably part of what must be done to improve the quality of this environment" (para. 129). We conclude that the beneficial effects of the By-law outweigh its prejudicial effects.

3.4 *Conclusion on the Constitutional Issue*

100 We conclude that the expression at issue falls within the protected sphere of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter* and that the prohibition on noise produced by sound equipment in arts. 9 and 11 of the By-law limits that right. However, that limitation is justified under s. 1 of the *Canadian Charter* as a reasonable limit in a free and democratic society. We therefore conclude that the By-law is constitutional.

4. Disposition

101 In the result, we would allow the appeal, with costs in all appellate courts.

The following are the reasons delivered by

102 BINNIE J. (dissenting) — I have read with interest the reasons of my colleagues the Chief Justice and Deschamps J. upholding the validity of art. 9(1) of the Montréal *By-law concerning noise*, R.B.C.M. 1994, c. B-3, as both within the powers of the City to deal with "nuisances" and as a justified limit on Montrealers' freedom of expression. With respect, I reach a different conclusion on both counts. Although the circumstances of the present dispute do not call for much moral indignation (a noise war between competing strip joints), it remains true that operators of the strip joints cannot lawfully be convicted under an invalid law any more than anyone else. Article 9(1) of the by-law imposes a general ban on "noise produced by sound equipment" which includes, on the face of it, everything from loudspeakers blasting outside a strip club to the quiet outdoor use of a radio in an Outremont garden, to the ringing of a cell phone in front of the Palais de Justice to the squawk of a baby alarm. I say "on the face of it" because the significant legal issue in this appeal is the extent to

droit à un environnement sain. Le contrôle du bruit fait indubitablement partie des gestes à poser pour améliorer la qualité de cet environnement » (par. 129). Nous concluons que les effets bénéfiques du Règlement dépassent ses effets préjudiciables.

3.4 *Conclusion sur la question constitutionnelle*

Nous concluons que l'expression en cause entre dans le champ d'application de la protection offerte par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne* et que la prohibition du bruit produit au moyen d'appareils sonores édictée aux art. 9 et 11 du Règlement a restreint ce droit. Cependant, cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*, parce qu'elle constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Nous concluons donc que le Règlement est constitutionnel.

4. Dispositif

En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens à tous les niveaux d'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — J'ai lu avec intérêt les motifs de mes collègues, la Juge en chef et la juge Deschamps, confirmant la validité du par. 9(1) du *Règlement sur le bruit* de la Ville de Montréal, R.R.V.M. 1994, ch. B-3, au motif qu'il relève des pouvoirs de la Ville de remédier aux « nuisances » et constitue une limite justifiée à la liberté d'expression des Montréalais. En toute déférence, j'arrive à une conclusion différente sur ces deux points. Bien que les circonstances du présent litige soulèvent peu d'indignation morale (une guerre du bruit entre deux clubs de danseuses érotiques concurrents), il demeure que les exploitants de clubs de danseuses érotiques ne peuvent pas plus que quiconque être légalement reconnus coupables en application d'une loi invalide. Le paragraphe 9(1) du règlement impose une interdiction générale du « bruit produit au moyen d'appareils sonores » ce qui, de prime abord, inclut tout bruit, de celui que crachent des haut-parleurs à l'extérieur d'un club de danseuses érotiques à celui que produit l'écoute paisible de la radio dans un jardin d'Outremont, en passant par la

which the Court can write limitations into a by-law to implement the Court's view of what *would be* a reasonable measure against noise pollution.

Generally speaking, it is the job of the legislative body to craft its own limits. Anti-noise by-law measures are of three types. The first prohibits noise that exceeds objective measurable limits (e.g., a set level of decibels). The second prohibits noise by subjective criteria (e.g., noise that interferes with the quality of life). The third prohibits noise by source (e.g., sounding car horns in a hospital zone). My colleagues' interpretation converts a type 3 provision into a type 2 provision. This shift was not sought by the appellant City of Montréal or suggested by the courts below. Indeed it contradicts the City's intent both as expressed in the by-law and as submitted to this Court in written and oral argument. I believe the City is entitled to the Court's pronouncement on the validity of art. 9(1) as written and as the City intended it to be interpreted. Taken on that basis, I would say that art. 9(1) is *ultra vires* the City's legislative authority.

Further, while I agree with my colleagues that art. 9(1) of the by-law interferes with the free expression of Montrealers, I disagree that such interference can be justified under either the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In my view, art. 9(1) is a clear case of legislative overkill. This was the view taken by Fish J.A. (as he then was) and Letarte J. (*ad hoc*) in the Quebec Court of Appeal ([2002] R.J.Q. 2986) and I agree with them. It follows that the respondent was convicted under an invalid law. I would therefore dismiss the appeal.

sonnerie d'un téléphone cellulaire devant le palais de justice et les cris qui s'échappent d'un moniteur pour bébé. Je dis « de prime abord », parce que la question de droit importante que soulève le présent pourvoi est celle de savoir dans quelle mesure la Cour peut introduire des limites dans un règlement pour imposer sa conception de ce que *serait* une mesure raisonnable contre la pollution sonore.

103 De façon générale, c'est à l'organisme législatif qu'il appartient d'établir ses propres limites. Les mesures réglementaires antibruit sont de trois types. Le premier consiste à interdire le bruit qui excède une limite objective mesurable (p. ex. un niveau prescrit de décibels). Le deuxième, à interdire le bruit en fonction d'un critère subjectif (p. ex. le bruit qui interfère avec la qualité de vie). Le troisième, à interdire le bruit émanant d'une source en particulier (p. ex. le son d'un klaxon dans une zone d'hôpital). L'interprétation proposée par mes collègues transforme une mesure du type 3 en une mesure du type 2. Pareille transformation n'a été ni demandée par l'appelante, la Ville de Montréal, ni suggérée par les tribunaux d'instance inférieure. En fait, elle est contraire à l'intention de la Ville, à la fois telle qu'elle l'a exprimée dans le règlement et telle qu'elle l'a présentée à la Cour dans son argumentation écrite et sa plaidoirie. J'estime que la Ville a droit à une décision de la Cour sur la validité du par. 9(1) tel qu'il est libellé et tel que la Ville voulait qu'il soit interprété. Sur ces bases, je suis d'avis que le par. 9(1) excède la compétence législative de la Ville.

104 De plus, bien que je convienne avec mes collègues que le par. 9(1) du règlement porte atteinte à la liberté d'expression des Montréalais, je ne suis pas d'accord pour dire que cette atteinte peut se justifier au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, ou de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À mon avis, le par. 9(1) est un cas manifeste d'excès législatif. C'est l'opinion qu'ont exprimée les juges Fish (maintenant juge de notre Cour) et Letarte (*ad hoc*) de la Cour d'appel du Québec ([2002] R.J.Q. 2986) et je la partage. Il s'ensuit que l'intimée a été reconnue coupable en application d'une loi invalide. Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi.

A. The City's Position on the Scope of Article 9(1)

105 The City's lawyer, Maître Serge Barrière, was in the course of explaining that [TRANSLATION] "the City of Montréal has the power not only to prohibit nuisances, but also to define them", when he was interrogated by my colleague LeBel J.:

[TRANSLATION] **MR. JUSTICE LeBEL:** But, let's say you had . . . if, for example, we take the case of the loudspeakers we are concerned with today, if the only noise the loudspeaker emitted into the street was a relatively quiet sort of whispering, could you define that as a nuisance?

MR. BARRIÈRE: Well, I would argue that you could. If I didn't think so, I wouldn't be here.

106 This interpretation of the absolute nature of the ban was also considered correct by counsel appointed by the Court as *amicus curiae*:

[TRANSLATION] **MR. JUSTICE BINNIE:** May I ask a question about the scope of art. 9? In the case of a person with throat cancer [who] can only speak using a microphone or an amplifier to make himself heard, is that prohibited by . . .?

MR. [PAQUIN]: If he was heard outside, absolutely.

MR. JUSTICE BINNIE: Yes, if he's walking outside, he's in violation.

MR. [PAQUIN]: He's in violation of art. 9, or if he was talking with . . . or if he was talking to his wife on his balcony, and their conversation was heard from the sidewalk by passers-by . . . .

107 Counsel for the City was moved to comment on this exchange in his reply argument:

[TRANSLATION] . . . the question asked by Justice Binnie gave me pause. It seems to me . . . I can suggest a partial answer, perhaps . . . it seems to me that it's unlikely a police officer would issue a statement of offence for a sound device of this kind, and if one did, I would think that any judge hearing the complaint could, by applying the methods of interpretation approved by the Court, conclude that this was not sound equipment . . . .

A. La position de la Ville sur la portée du par. 9(1)

Alors que l'avocat de la Ville, maître Serge Barrière, était en train d'expliquer que « la Ville de Montréal a le pouvoir non seulement de prohiber les nuisances mais de les définir », mon collègue, le juge LeBel, l'a questionné :

MONSIEUR LE JUGE LeBEL : Mais, disons, si vous aviez . . . si, par exemple, prenons le cas des haut-parleurs qui nous occupe aujourd'hui, si le seul bruit que diffusait le haut-parleur dans la rue était un espèce de chuchotement assez bas, est-ce que vous pourriez définir ça comme une nuisance?

MAÎTRE BARRIÈRE : Bien, je prétends que oui, si je prétendais que non, je ne serais pas devant vous.

L'avocat désigné par la Cour comme *amicus curiae* a aussi souscrit à cette interprétation quant au caractère absolu de l'interdiction :

MONSIEUR LE JUGE BINNIE : Est-ce que je peux poser une question sur la portée de l'article 9? Dans le cas d'une personne qui a un cancer de gorge, [. . . qui] ne peut parler qu'avec un micro ou un amplificateur pour se faire entendre, est-ce que c'est prohibé par . . .?

MAÎTRE [PAQUIN] : S'il s'entendait à l'extérieur, absolument.

MONSIEUR LE JUGE BINNIE : Oui, s'il se promène à l'extérieur, il est en contravention.

MAÎTRE [PAQUIN] : Il est en contravention à l'article 9 ou s'il parlait avec . . . ou s'il parlait sur son balcon à sa conjointe et que sa conversation était entendue aux abords du trottoir par des passants . . .

L'avocat de la Ville a jugé bon de commenter cette conversation dans l'argumentation qu'il a présentée en réponse :

. . . la question posée par monsieur le juge Binnie m'a interpell[é] quelque peu. Il me semble . . . je peux suggérer un élément de réponse peut-être, il me semble que ce serait peu probable qu'un policier dresse un constat d'infraction pour un appareil sonore de ce genre-là et si c'était le cas, il me semble qu'un juge saisi de la plainte pourrait avec les méthodes d'interprétation que la Cour préconise arriver à la conclusion que ce n'est pas un appareil sonore . . .

In its factum the City argues that [TRANSLATION] "pollution results not only from the intensity of the sounds, but also from the addition of all the different types of sounds from different sources that make up the environmental noise" (para. 71), and that "environmental noise cannot be combatted effectively unless unnecessary noises are eliminated" (para. 75). Taken together, City Hall's submissions amount to the contention that all "noise produced by sound equipment" is legitimately banned by art. 9(1), but that prosecutorial discretion will pick and choose amongst noises which may not rise to the level of nuisances in themselves to suppress what, in the City's view, are "unnecessary" contributors to the general ambiant noise level. The exercise of this prosecutorial discretion is not governed by any criteria expressed in art. 9(1). The City apparently rests its noise strategy on the idea that the sweeping discretion given to by-law enforcement officials will, everybody hopes, be exercised against bringing absurd prosecutions.

My conclusion on the merits is that, while the City is entirely within its authority to combat noise pollution, it goes too far when the fight includes treating as a "nuisance" any audible signal from "sound equipment" without regard to the potential, if any, for disturbance or annoyance. The *Charter of the city of Montreal, 1960*, S.Q. 1959-60, c. 102, authorizes City Hall to define and prohibit "nuisances", but as my colleagues agree, "this does not mean that the power to define is unlimited" (para. 42). In my view, art. 9(1) is oppressive and should, as the Quebec Court of Appeal determined, be sent back to City Hall for further consideration and modification.

B. General Principles of Interpretation

I accept, of course, the principles of "contextual" interpretation of statutes and by-laws laid down in our cases and in part referred to by my colleagues. Our disagreement is about the *application* of those interpretive principles. In my view, with respect, my colleagues resort to a combination of reading expressions "up", reading expressions

108 Dans son mémoire, la Ville soutient que « la pollution résulte non seulement de l'intensité des sons mais de l'addition des sons de toutes sortes et origines qui forment le bruit ambiant » (par. 71) et qu'« on ne s'attaque efficacement au bruit ambiant que si on parvient à retirer les bruits non nécessaires » (par. 75). Les observations de la Ville équivalent en somme à la prétention que le par. 9(1) interdit légitimement tout « bruit produit au moyen d'appareils sonores », mais que la poursuite choisira à sa discrétion de supprimer, parmi les bruits qui ne s'élèvent peut-être pas en eux-mêmes au rang de nuisance, ceux qui, de l'avis de la Ville, contribuent « inutilement » au niveau général du bruit ambiant. L'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite n'est régi par aucun critère formulé au par. 9(1). La stratégie de la Ville en matière de bruit repose apparemment sur l'espoir que les agents responsables de l'application du règlement exerceront, comme chacun le souhaite, leur immense pouvoir discrétionnaire de façon à empêcher les poursuites absurdes.

109 Je conclus, sur le fond, que la Ville a pleinement compétence pour combattre la pollution sonore, mais qu'elle va trop loin lorsque, pour ce faire, elle traite comme une « nuisance » tout signal audible produit au moyen d'« appareils sonores », sans égard à la possibilité qu'il soit ou non désagréable ou incommodant. La *Charte de la Ville de Montréal, 1960*, S.Q. 1959-60, ch. 102, autorise le conseil municipal à définir et à prohiber les « nuisances », mais, comme en conviennent mes collègues, « [c]ela ne veut cependant pas dire que le pouvoir de définition est illimité » (par. 42). À mon avis, le par. 9(1) est abusif et devrait, comme la Cour d'appel du Québec l'a statué, être renvoyé devant le conseil municipal pour réexamen et modification.

B. Principes généraux d'interprétation

110 Je reconnais évidemment les principes d'interprétation « contextuelle » des lois et des règlements établis par notre jurisprudence et auxquels mes collègues se reportent en partie. Notre désaccord porte sur l'*application* de ces principes d'interprétation. Avec déférence, j'estime que la démarche de mes collègues, qui combinent plusieurs techniques

"down", reading words "out" and reading words "in" that goes beyond what a court is authorized to do by way of interpretation and amounts to impermissible judicial amendment. Such radical surgery is sometimes done as a matter of constitutional *remedy* in a proper case, but here it is not being done as a remedy after finding a *Charter* breach. It is being imposed at the prior stage of interpretation, when the Court's mandate is simply to ascertain the intention of the legislators, not to remedy wrongs.

pour tantôt accentuer, tantôt atténuer le sens du règlement, ainsi qu'y ajouter et en supprimer des mots, va au-delà de ce qu'un tribunal peut faire lorsqu'il interprète un texte législatif et constitue une modification judiciaire inadmissible. Il arrive que les tribunaux procèdent à un remodelage aussi radical d'un texte inconstitutionnel à titre de *réparation* lorsque la situation s'y prête, mais, en l'occurrence, il ne s'agit pas d'une mesure réparatrice accordée à la suite d'une atteinte préalablement établie à un droit garanti par la *Charte canadienne*. En l'espèce, ce remodelage est imposé à l'étape préliminaire de l'interprétation, alors que la mission de la Cour consiste simplement à déterminer l'intention du législateur et non à remédier à un préjudice.

111 The Court was quite right in recent years to have adopted a contextual approach (as opposed to a purely literal approach) to statutory interpretation, but that does not mean that after proper application of a contextual approach the Court cannot conclude that in fact the legislators meant what they said. As noted in *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, it is sometimes stated, when a court considers the grammatical and ordinary sense of a provision, that "[t]he legislator does not speak in vain" (p. 838). See also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 37.

C'est à juste titre que la Cour a adopté, au cours des dernières années, une méthode d'interprétation contextuelle (par opposition à une méthode d'interprétation purement littérale) des lois. Cela ne signifie toutefois pas qu'après avoir appliqué correctement une méthode d'interprétation contextuelle, la Cour ne peut conclure que le législateur a effectivement voulu dire ce qu'il a dit. Comme l'a souligné la Cour dans *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, on affirme parfois, lorsqu'un tribunal se penche sur le sens ordinaire et grammatical d'une disposition, que « [l]e législateur ne parle pas pour ne rien dire » (p. 838). Voir aussi *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 37.

112 The provision in question is found in art. 9(1) of the by-law and reads as follows:

> **9.** In addition to the noise referred to in article 8, the following noises, where they can be heard from the outside, are specifically prohibited:
>
> (1) noise produced by sound equipment, whether it is inside a building or installed or used outside;

La disposition en cause est formulée ainsi au par. 9(1) du règlement :

> **9.** Outre le bruit mentionné à l'article 8, est spécifiquement prohibé lorsqu'il s'entend à l'extérieur :
>
> 1° le bruit produit au moyen d'appareils sonores, qu'ils soient situés à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'ils soient installés ou utilisés à l'extérieur;

113 As my colleagues interpret art. 9(1) in paras. 29-33 of their judgment it *should* read:

> **9.** The following noises, where they can be heard from the outside, are specifically prohibited

Suivant l'interprétation qu'en donnent mes collègues, aux par. 29 à 33 de leurs motifs, le par. 9(1) *devrait* être ainsi rédigé :

> **9.** Est spécifiquement prohibé lorsqu'il s'entend à l'extérieur :

(1) disruptive noise emitted by sound equipment located inside a building or installed or used outside the building that stands out over other environmental noise and that interferes with citizens' peaceful enjoyment of public spaces;

1° le bruit perturbateur qui émane d'un appareil sonore situé à l'intérieur d'un bâtiment ou installé ou utilisé à l'extérieur du bâtiment, qui ressort des autres bruits ambiants et qui interfère avec la jouissance paisible des espaces publics par les citoyens;

The position of the City of Montréal in its written argument and in oral argument (as already referred to) is that art. 9(1) means what it says.

Rappelons que la Ville de Montréal a soutenu, dans son argumentation écrite et dans sa plaidoirie, que le sens du par. 9(1) est exactement celui qui est exprimé par son libellé.

We all take as our starting point Driedger's statement of the proper contextual approach to interpretation:

Nous prenons tous comme point de départ l'énoncé de Driedger sur la méthode d'interprétation contextuelle : 114

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. [Emphasis added.]

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. [Je souligne.]

(E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), p. 87)

This "modern approach" was affirmed in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, and subsequently elaborated upon in *Bell ExpressVu*. I propose to proceed as the Court did in *Bell ExpressVu*, namely to look first at the "grammatical and ordinary sense" of the words used by the legislators in art. 9(1), then to the "broader context", and finally to some considerations specific to the scheme of the Montréal charter and the Montréal noise by-law, their object, and the intention of the respective legislators. My conclusion, as will be seen, is that there is no ambiguity in art. 9(1), latent or otherwise. As in *Bell ExpressVu* itself, a full contextual analysis demonstrates that the legislators intended what they said.

Cette « méthode moderne » d'interprétation a été reconnue dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, puis étoffée dans *Bell ExpressVu*. Je propose de procéder comme la Cour l'a fait dans *Bell ExpressVu*, c'est-à-dire de commencer par l'analyse du « sens ordinaire et grammatical » des termes employés par le législateur au par. 9(1), d'examiner ensuite le « contexte élargi » et de terminer par l'examen de certaines considérations propres à l'esprit de la *Charte de la Ville de Montréal* et du *Règlement sur le bruit* de la Ville de Montréal, à leur objet et à l'intention de leur législateur respectif. Ainsi que nous le verrons, j'arrive à la conclusion que le par. 9(1) ne comporte aucune ambiguïté, latente ou autre. Comme dans *Bell ExpressVu*, un examen exhaustif du contexte démontre que le législateur voulait effectivement dire ce qu'il a dit. 115

1. *Grammatical and Ordinary Sense*

1. *Le sens ordinaire et grammatical*

As my colleagues note, *Larousse* defines the word "*bruit*" as a [TRANSLATION] "[c]ombination of sounds produced by vibrations that can be perceived by hearing" (*Nouveau Larousse Encyclopédique*

Comme le font observer mes collègues, le *Nouveau Larousse Encyclopédique* (2001), vol. 1, p. 233, définit un « bruit » comme un « [e]nsemble des sons produits par des vibrations, perceptibles 116

(2001), vol. 1, at p. 233). It therefore follows, as they acknowledge at para. 24, that this word "has an even broader meaning [than 'noise']. Hence, noise in itself is not necessarily a nuisance, but there is no contesting that it can be a nuisance" (emphasis added).

117 We agree therefore that on a grammatical reading, art. 9(1) includes noise produced by sound equipment which is *not* a nuisance. To acknowledge that "noise" comes in different types and volumes is not to say that the word itself is ambiguous. Supporters of art. 9(1) conjure up visions of competing strip clubs, ghetto blasters ruining Sunday afternoons in Murray Park, or thousands of angry protestors marching along boulevard René-Lévesque hyperventilating through megaphones. However, as stated, the City's lawyer in this Court did not shrink from acknowledging that the actual force and scope of art. 9(1) is a good deal more sweeping than those examples would suggest, and that this sweeping result was intended by his clients at City Hall, who believe that all will be cured by the sensible exercise of prosecutorial discretion.

118 Read in its grammatical and ordinary sense, art. 9(1) would preclude a Montrealer sitting in his garden listening to Mozart playing softly through an open window from a kitchen radio. It would catch people who can only make themselves heard using "sound equipment", such as Dr. Stephen Hawking, one of the world's foremost theoretical physicists, who suffers from amyotrophic lateral sclerosis (ALS or Lou Gehrig's disease) and can only communicate through a voice box. Were we to be fortunate enough to sit on a roof garden in Montréal with one of these individuals, talking at normal conversational levels, their communications ("noise produced by sound equipment") would potentially be considered a nuisance but ours would not. The City prosecutors would be unlikely to lay a charge, of course, but in the City's view enforcement would be a matter of discretion, depending apparently on whether City Hall regards their noise as "unnecessary".

par l'ouïe ». Il s'ensuit donc, ainsi qu'elles le reconnaissent au par. 24, que « [c]e mot a une portée très vaste. [. . .] Le bruit en lui-même n'est donc pas nécessairement une nuisance, et pourtant il est incontestable qu'il peut constituer une nuisance » (je souligne).

Nous convenons donc que, suivant son sens grammatical, le par. 9(1) inclut le bruit produit au moyen d'appareils sonores qui *n'*est *pas* une nuisance. Reconnaître que le « bruit » se présente sous différentes formes et varie en intensité ne signifie pas que ce terme est en soi ambigu. Les défenseurs du par. 9(1) font planer le spectre de la concurrence entre clubs de danseuses, de dimanches après-midi au parc Murray gâchés par des radiocassettes tonitruantes ou de milliers de manifestants enragés s'époumonant dans des mégaphones le long du boulevard René-Lévesque. Or, comme je l'ai dit, l'avocat de la Ville n'a pas reculé et a reconnu devant la Cour que l'effet et la portée réels du par. 9(1) sont beaucoup plus vastes que ces exemples le laisseraient croire, et que le conseil municipal, qu'il représente, souhaitait qu'ils soient aussi vastes, croyant que l'exercice judicieux du pouvoir discrétionnaire de la poursuite résoudrait la question.

Interprété suivant son sens grammatical et ordinaire, le par. 9(1) empêcherait un Montréalais assis dans son jardin, d'écouter par une fenêtre ouverte la radio de la cuisine qui joue doucement du Mozart. Il s'appliquerait aux personnes qui ne peuvent se faire entendre qu'au moyen d'un « appareil sonore », comme Stephen Hawking, l'un des plus éminents physiciens théoriciens au monde, qui souffre de sclérose latérale amyotrophique (SLA ou maladie de Lou Gehrig) et qui communique à l'aide d'un synthétiseur vocal. Aurions-nous la chance de converser à voix normale avec l'une ou l'autre de ces personnes sur une terrasse-jardin à Montréal, que leurs paroles (un « bruit produit au moyen d'appareils sonores ») pourraient être considérées comme une nuisance, mais pas les nôtres. Bien sûr, les procureurs de la Ville ne porteraient vraisemblablement aucune accusation, mais selon la Ville, ils auraient le pouvoir discrétionnaire d'appliquer le règlement en fonction, semble-t-il, de ce que la Ville considère comme un bruit « inutile ».

Strolling north from St. Catherine Street, we would reach the student ghetto east of the main McGill University Campus. An undergraduate studying to the music of an Ella Fitzgerald CD would stay within the law if she kept her windows closed, but opening the sash to let in some air and a spring breeze would allow the music to escape and precipitate an exercise of the "prosecutor's discretion" under art. 9(1) of the by-law. She, like Professor Hawking or the young mother sitting on her front porch listening to the mewling of her baby over a baby alarm (whether or not attached to the building) would be contributing noise to the Montréal environment by means of a prohibited source, and would thereby run afoul of art. 9(1) of the by-law.

The above-mentioned encounters with "sound equipment" are all "imaginable circumstances which could commonly arise in day-to-day life" (*R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 516), and may therefore be used legitimately to test the validity of the City's enactment.

To this point I have been dealing with what art. 9(1) says. However, my colleagues hold that what it says is not what it means. They say context shows that there is an "latent ambiguity" (para. 24). Accordingly, I turn to consider the context.

2. *The Broader Context*

It is true, as my colleagues state, that "[w]ords that appear clear and unambiguous may in fact prove to be ambiguous once placed in their context" (para. 10). Ambiguity is a conclusion that may be arrived at *after* looking at the broader context (*Bell ExpressVu*, at para. 29; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26, at para. 43). However, in this case, the context reinforces rather than detracts from the ordinary grammatical meaning of the words used by the legislators. There is no ambiguity, in my opinion, and thus no gateway at this interpretative

119 En bifurquant vers le nord à partir de la rue Ste-Catherine, nous arriverions dans le quartier étudiant situé à l'est du campus principal de l'Université McGill. La candidate au baccalauréat qui étudierait au son d'un CD d'Ella Fitzgerald respecterait la loi en gardant ses fenêtres fermées, mais les ouvrirait-elle pour faire entrer l'air et la brise printanière qu'elle permettrait à la musique de s'échapper et déclencherait l'exercice du « pouvoir discrétionnaire de la poursuite » conféré par le par. 9(1) du règlement. À l'instar du Professeur Hawking ou de la jeune mère de famille assise sous le porche de sa maison qui écoute les gazouillis de son nourrisson à l'aide d'un moniteur pour bébé (fixé ou non à l'immeuble), elle ajouterait un bruit émanant d'une source interdite à l'environnement sonore de Montréal et désobéirait ainsi au par. 9(1) du règlement.

120 Les utilisations d'« appareils sonores » décrites dans les paragraphes qui précèdent sont toutes des « circonstances imaginables qui pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne » (*R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 516) et, de ce fait, servir légitimement à jauger la validité du texte édicté par la Ville.

121 Jusqu'à maintenant, je m'en suis tenu au libellé du par. 9(1). Or, mes collègues estiment que cette disposition n'a pas exactement le sens exprimé par son libellé. Elles affirment que le contexte révèle une « ambiguïté latente » (par. 24). J'aborderai donc maintenant la question du contexte.

2. *Le contexte élargi*

122 Il est vrai, comme mes collègues l'affirment, que « [d]es mots en apparence clairs et exempts d'ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte » (par. 10). On ne devrait conclure à l'existence d'une ambiguïté qu'*après* avoir examiné le contexte élargi (*Bell ExpressVu*, par. 29; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26, par. 43). Or, en l'espèce, le contexte renforce le sens grammatical ordinaire des termes employés par le législateur plutôt que d'en diverger. Il n'existe, à mon avis, aucune ambiguïté et l'étape

stage through which the Court can usher in "creative" remedies.

a. The Environmental Law Context

123 I agree with my colleagues that the by-law is directed to "protect against noise pollution" (para. 26). The City is therefore dealing with a subject matter a good deal more specific than was the case in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, in which our Court rejected a claim that environmental protection legislation was unconstitutionally "vague". Gonthier J., for the majority, wrote that:

> In the context of environmental protection legislation, a strict requirement of drafting precision might well undermine the ability of the legislature to provide for a comprehensive and flexible regime.
>
> . . .
>
> Legislators must have considerable room to manoeuvre in the field of environmental regulation, and s. 7 [of the *Charter*] must not be employed to hinder flexible and ambitious legislative approaches to environmental protection. [paras. 52 and 59]

124 In my view, with respect, *Canadian Pacific* has no application to the present appeal. In the first place, the enactment in that case not only required the prosecution to establish the release of a "contaminant" into the natural environment, but added the requirement that such release must cause harm (i.e., in contrast to art. 9(1) where there is no requirement to show a harmful effect). Secondly, here we are not dealing with a general environmental law that applies to all manner of pollution and is therefore necessarily couched in general terms. The Montréal by-law is directed solely and exclusively at *noise* pollution. The regulatory parameters of "noise" are well established, and may include level, place, type and source limitations, as my colleagues point out, as well as qualitative standards. While I agree that the courts cannot insist on a greater level of drafting precision than the subject matter permits, such indulgence is not applicable to this by-law, which

de l'interprétation ne débouche pas sur une conclusion qui permettrait à la Cour d'exercer sa créativité pour accorder réparation.

a. Le contexte du droit de l'environnement

Je conviens avec mes collègues que le règlement a pour objet « la protection contre la pollution sonore » (par. 26). L'intervention de la Ville porte donc sur une question beaucoup plus précise que dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, où notre Cour a rejeté la prétention d'« imprécision » inconstitutionnelle d'une loi sur la protection de l'environnement. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Gonthier a écrit :

> Dans le contexte des lois sur la protection de l'environnement, toute exigence stricte de précision dans la formulation pourrait avoir pour effet de limiter la capacité du législateur à établir un régime complet et souple.
>
> . . .
>
> Les législateurs doivent disposer d'une grande marge de manœuvre en matière de réglementation environnementale, et l'art. 7 [de la *Charte*] ne doit pas nuire aux démarches législatives souples et d'envergure en matière de protection de l'environnement. [par. 52 et 59]

En toute déférence, j'estime que l'arrêt *Canadien Pacifique* ne s'applique pas au présent pourvoi. Premièrement, la loi dans cette affaire obligeait la poursuite à prouver non seulement qu'un « contaminant » avait été déposé dans l'environnement naturel, mais aussi que ce rejet avait causé un dommage (contrairement au par. 9(1), qui n'exige pas la preuve d'un effet dommageable). Deuxièmement, nous ne sommes pas en présence ici d'une loi générale sur l'environnement qui s'applique à toutes les formes de pollution et qui est donc nécessairement formulée en termes généraux. Le règlement de la Ville de Montréal vise uniquement et exclusivement la pollution par le *bruit*. Les paramètres de réglementation du « bruit » sont bien établis et peuvent comporter, outre des normes qualitatives, des limites touchant l'intensité, le lieu, le type et la source du bruit, comme l'ont souligné mes collègues. Bien que je convienne que les tribunaux

shows in its own provisions other than art. 9(1) that a sensible level of precision *can* be achieved. The City's problem is that after setting out specific provisions dealing with noise classified by quality and impact, it added a general ban on noise classified only by source and, as we all agree, source as such has no necessary connection with *either* noise quality *or* harmful impact and, therefore, source as such has no necessary connection with "nuisance". Of course, the City could have employed *qualitative* limitations in art. 9(1), for example to prohibit a level of noise [TRANSLATION] "that disturbs the peace and tranquillity of persons . . . in the vicinity", as in the noise by-law upheld by the Quebec Court of Appeal in *R. c. L'Heureux*, [1996] Q.J. No. 2135 (QL). My colleagues (impermissibly in my view) seek to read art. 9(1) in the same way as if its language tracked the Quebec City by-law, but this approach fails to respect the very different language used by the Montréal legislators. There are different approaches to noise standards. The problem with art. 9(1) is that it employs none of them to qualify the general ban on "noise produced by sound equipment".

ne peuvent exiger dans la formulation d'un texte législatif un degré de précision plus élevé que ne le permet son objet, cette indulgence ne s'applique pas au règlement, dont les dispositions mêmes, hormis le par. 9(1), démontrent qu'il est *possible* d'atteindre un niveau de précision judicieux et raisonnable. Le problème de la Ville tient à ce qu'après avoir formulé certaines dispositions précises régissant le bruit en fonction de sa qualité et de ses effets, elle a ajouté une interdiction générale qui repose exclusivement sur la source du bruit. Or, et nous sommes unanimes sur ce point, la source du bruit n'est pas en soi nécessairement liée *ni* à la qualité *ni* aux effets préjudiciables du bruit et n'est donc pas nécessairement liée à la notion de « nuisance ». La Ville aurait évidemment pu inclure d'autres limites *qualitatives* dans le par. 9(1) en interdisant, par exemple, le bruit dont l'intensité « trouble la paix ou la tranquillité des personnes [. . .] dans le voisinage », comme l'interdit le règlement sur le bruit dont la validité a été confirmée par la Cour d'appel du Québec dans *R. c. L'Heureux*, [1996] J.Q. nº 2135 (QL). Mes collègues cherchent (selon moi, à tort) à interpréter le par. 9(1) comme si son libellé reproduisait celui du règlement de la Ville de Québec, mais cette façon de faire ne respecte pas la formulation très différente retenue par le législateur montréalais. Il existe différentes façons de fixer des normes sur le bruit. Si l'article 9 pose problème, c'est parce qu'il n'en utilise aucune pour restreindre la portée de l'interdiction générale du « bruit produit au moyen d'appareils sonores ».

b. The Civil Liberties Context

The more important general contextual factor is freedom of expression. As my colleagues acknowledge at para. 85, art. 9(1) *even as they interpret it* limits the guarantee of freedom of expression under the *Canadian Charter*. Verbal communications are apparently to be restricted to the hearing range of an unaided human voice, which puts open-air politics in Montréal back to the era before Georges-Étienne Cartier addressed the crowd from the balcony at City Hall.

b. Le contexte des libertés civiles

125 Le facteur contextuel général le plus important est celui de la liberté d'expression. Comme mes collègues le reconnaissent au par. 85, le par. 9(1) porte atteinte à la liberté d'expression que garantit la *Charte canadienne, même selon l'interprétation qu'elles attribuent à cette disposition.* Les communications verbales doivent apparemment être limitées aux fréquences audibles produites par la seule voix humaine, ce qui ramène les activités politiques à ciel ouvert à Montréal à une époque antérieure à celle où Georges-Étienne Cartier s'est adressé à la foule du haut du balcon de l'hôtel de ville.

126 Of course municipal enactments are to be read purposefully. Nevertheless, where enactments infringe rights under the Quebec *Charter* or the *Canadian Charter*, the Court has long taken the view that it should not remedy the deficiencies by rewriting the legislative text. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, the government argued that if the law fell below the constitutional standard for search and seizure, the Court should read an "appropriate standard" into the provisions. The Court declined to do so, explaining

> it is the legislature's responsibility to enact legislation that embodies appropriate safeguards to comply with the Constitution's requirements. It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional. [p. 169]

127 As stated, the City did not request the Court to read the limitations proposed by my colleagues into its noise by-law. To do so, particularly in a case dealing with freedom of expression, is to co-opt the Court to transform the *minimum* standard required by the *Charter* of Quebec or Canada into the *maximum* freedom allowed under the by-law. That, with respect, is not the proper role of the Court.

c. The Legislative Context

128 My colleagues write that "[t]he overall context in which a provision was adopted can be determined by reviewing its legislative history and inquiring into its purpose" (para. 17). I agree that noise pollution is a form of public nuisance and that a purpose of the Montréal charter is to allow the City legislators to identify and prohibit those parts of the universe of noise that can be expected to [TRANSLATION] "cause serious inconvenience or adversely affect either public health or the welfare of the community, or of a significant part of the community" (*per* Gendreau J. in *Anctil v. Cour municipale de Ville de La Pocatière*, [1973] C.S. 238, at p. 244).

Les règlements municipaux doivent évidemment être interprétés en fonction de leur objet. Néanmoins, lorsqu'un texte législatif porte atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne* ou par la *Charte* québécoise, la Cour a décidé depuis longtemps qu'elle ne devait pas récrire le texte pour remédier à ses lacunes. Dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le gouvernement a soutenu que si la loi ne respectait pas la norme constitutionnelle en matière de perquisitions et de saisies, la Cour devait en interpréter les dispositions en y introduisant un « critère approprié ». La Cour a refusé de le faire, en donnant l'explication suivante :

> . . . il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives. [p. 169]

Ainsi que je l'ai mentionné, la Ville n'a pas demandé à la Cour d'introduire dans son règlement sur le bruit les limites proposées par mes collègues. En le lui demandant, en particulier dans une affaire touchant la liberté d'expression, elle se trouverait à coopter la Cour afin qu'elle fasse de la norme *minimale* exigée par la *Charte canadienne* ou québécoise la liberté *maximale* autorisée par le règlement. J'estime, en toute déférence, que ce n'est pas là le rôle de la Cour.

c. Le contexte législatif

Mes collègues estiment que « [l]'historique d'une disposition et la recherche de l'objectif de la réglementation permettent de cerner le contexte global dans lequel la disposition est adoptée » (par. 17). Je reconnais que la pollution par le bruit est une forme de nuisance publique et que l'un des objets de la *Charte de la Ville de Montréal* est de permettre au législateur municipal de définir et de prohiber, parmi tous les bruits, ceux qui risquent de « produire des inconvénients sérieux ou de porter atteinte, soit à la santé publique, ou soit au bien-être de la communauté, ou d'une partie importante de la communauté » (le juge Gendreau dans *Anctil c. Cour municipale de Ville de La Pocatière*, [1973] C.S. 238, p. 244).

I agree with my colleagues that this was the City's mandate. However, recognition of the limited nature of the mandate does not provide an answer to the excessive scope of art. 9(1) of the Montréal noise by-law. It just demonstrates the scope of the problem.

My colleagues also contend that the relevant history shows that art. 9(1) requires an "essential connection with a building" (para. 30). In fact, however, while earlier versions of the noise by-law *did* link the equivalent of art. 9(1) to a building (e.g., in 1976 the by-law prohibited "noise produced by an apparatus emitting sound outside a building"), City Hall subsequently dropped the limitation my colleagues now seek to restore by "interpretation".

Moreover, the addition of an "essential connection with a building" again contradicts the intention of City Hall. Counsel for the City cites in his factum a number of instances where relief has been granted by City permit from the prohibition in art. 9(1) with respect to parks and other public places where no building is involved (see appellant's factum, at paras. 84-87).

d. The Context of the Legal Environment

I further agree with my colleagues that the "legal environment" may provide proper context (para. 25). My colleagues trace the legislative authority conferred on municipalities to deal with nuisances back to 1851 (para. 19). The City of Montréal has thus had more than 150 years of experience in these matters, and must be taken to have been aware that the Quebec courts have consistently required a clear definition of what is prohibited and what is permitted in order that the inhabitants can govern their everyday conduct accordingly. In *Laval (Ville) v. Prince*, [1996] Q.J. No. 58 (QL), for example, the Quebec Court of Appeal struck down a provision in a City of Laval noise by-law which prohibited

À l'instar de mes collègues, j'estime que c'est ce que la Ville avait comme mandat. Toutefois, le fait de reconnaître que son mandat était limité ne règle pas la question de la portée excessive du par. 9(1) du *Règlement sur le bruit* de la Ville de Montréal. Il ne fait que démontrer l'ampleur du problème. 129

Selon mes collègues, il ressort aussi de l'historique du par. 9(1) que cette disposition requiert l'existence d'un « lien essentiel avec un bâtiment » (par. 30). Cependant, dans les faits, bien que les versions antérieures du *Règlement sur le bruit* aient *effectivement* relié la disposition correspondant au par. 9(1) à un bâtiment (p. ex., le règlement de 1976 interdisait « le bruit provenant d'un appareil sonore qui diffuse à l'extérieur des bâtiments »), le conseil municipal a subséquemment laissé tomber la limite que mes collègues cherchent maintenant à rétablir par voie d'« interprétation ». 130

En outre, l'ajout de l'exigence d'un « lien essentiel avec un bâtiment » contredit de nouveau l'intention du conseil municipal. Dans son mémoire, l'avocat de la Ville cite en exemple plusieurs cas où la Ville a levé l'interdiction prévue au par. 9(1) en accordant des permis concernant des parcs ou d'autres endroits publics où aucun immeuble n'était en cause (voir mémoire de l'appelante, par. 84-87). 131

d. Le contexte de l'environnement légal

Je conviens également avec mes collègues que l'« environnement légal » peut fournir des éléments contextuels (par. 25). Mes collègues font remonter à 1851 l'attribution aux municipalités du pouvoir législatif de réglementer les nuisances (par. 19). La Ville de Montréal possède donc plus de 150 années d'expérience en la matière, et il faut présumer qu'elle savait que les tribunaux du Québec exigent de façon constante que ce qui est prohibé et ce qui ne l'est pas soit clairement défini afin que les personnes qui résident dans la municipalité puissent régler leur conduite quotidienne en conséquence. Dans *Laval (Ville) c. Prince*, [1996] A.Q. nº 58 (QL), par exemple, la Cour d'appel du Québec a radié la disposition d'un règlement sur le bruit de la Ville de Laval qui interdisait l'émission 132

[TRANSLATION] a noise heard outdoors between 7:00 a.m. and 10:00 p.m. the intensity of which exceeds an equivalent noise level of 55 dB(A), measured over a period of 15 minutes . . ., at the boundary of any property used in whole or in part as a place of residence;

133 Even though the Laval noise by-law (unlike the Montréal by-law here) specified measurable limits to permitted noise, the court considered those limits to be unreasonably restrictive:

[TRANSLATION] The municipality may not rely on the first subsection of s. 463 of the *Cities and Towns Act* to declare that something (in this case, a noise) constitutes a nuisance if it has no harmful qualities, causes no injury and hurts no one. Thus, the municipality exceeds the authority granted to it by this provision in declaring that noise of a certain intensity is prohibited because it constitutes a nuisance when it is not in fact harmful in any way, given that it is less intense than the environmental noise. To sum up, the municipality's power to *define* a nuisance and abate it does not include the power to create a nuisance. [Emphasis added; para. 35.]

134 The prohibition in the Montréal by-law may also be compared with the Métabetchouan noise by-law upheld as valid by the Quebec Superior Court in *Métabetchouan-Lac-à-la-Croix (Ville de) v. Restaurant-Bar Chez Miville inc.*, Sup. Ct. Alma, No. 160-36-000006-995, May 8, 2000:

[TRANSLATION] ***Art. 4*** No one may, between the hours of 10 p.m. and 7 a.m., adversely affect the well-being of people in the vicinity by using a radio, television, phonograph, loudspeaker, or other sound-producing instrument or device, or use a musical instrument in such a way as to cause excessive or undue noise.

135 The unsatisfactory approach of art. 9(1) is further illustrated by reference to the provisions of other by-laws which have come before the Quebec courts for consideration. In *Baie-Comeau (Ville) v. Bar le Broadway*, 1999 CarswellQue 1472 (Sup. Ct.), for example, the by-law set out what the legislators meant by a "nuisance":

[d]'un bruit perçu à l'extérieur entre 7h00 et 22h00 heures [. . .] dont l'intensité est supérieure au niveau équivalent de bruit de 55 dB(A), mesuré sur une période de 15 minutes [. . .], à la limite de tout terrain servant, en tout ou en partie, à l'habitation;

Même si le règlement sur le bruit pris par la Ville de Laval (contrairement à celui pris par la Ville de Montréal en l'espèce) prévoyait des limites mesurables quant à l'intensité des bruits autorisés, la cour a jugé que ces limites étaient déraisonnablement restrictives :

La municipalité, s'appuyant sur le premier paragraphe de l'article 463 de la *Loi sur les cités et villes*, ne peut pas décréter que quelque chose (en l'espèce, un bruit) constitue une nuisance lorsque cette chose n'a aucun caractère nuisible, ne fait du tort, du mal à personne. La municipalité outrepasse donc le pouvoir que lui confère cet article lorsqu'elle décrète qu'un bruit d'une certaine intensité est prohibé parce que constituant une nuisance quand, en fait, ce bruit n'a rien de nuisible, étant d'une intensité inférieure à l'intensité du bruit ambiant. En somme, le pouvoir de la municipalité de *définir* une nuisance et la supprimer ne comporte pas celui d'en créer une. [Soulignement et italique ajoutés; par. 35.]

Il peut être utile de comparer aussi l'interdiction générale que prévoit le règlement de la Ville de Montréal à l'interdiction prévue par le règlement sur le bruit de Métabetchouan dont la validité a été confirmée par la Cour supérieure dans *Métabetchouan-Lac-à-la-Croix (Ville de) c. Restaurant-Bar Chez Miville inc.*, C.S. Alma, n° 160-36-000006-995, 8 mai 2000 :

Art. 4 Il est défendu à toute personne, entre vingt-deux (22) heures et sept (7) heures du matin, de nuire au bien-être des personnes du voisinage en faisant usage d'un appareil radio, d'un téléviseur, d'un phonographe, d'un haut-parleur ou d'un autre instrument ou appareil producteur de son, ou de se servir d'un instrument de musique de façon à causer un bruit excessif ou inusité.

Un coup d'œil aux dispositions d'autres règlements soumis à l'attention des tribunaux québécois permet aussi de constater que la solution retenue dans le par. 9(1) est inadéquate. Dans *Baie-Comeau (Ville) c. Bar le Broadway*, 1999 CarswellQue 1472 (C.S.), par exemple, le règlement énonçait ce que le législateur entendait par une « nuisance » :

[TRANSLATION] Nuisance: any situation or act that is likely to produce serious inconvenience or adversely affect the life, safety, health, property or comfort of persons, or that deprives them of the exercise of a common right.

A nuisance may originate from a situation, an illegal act, or the abuse of a thing or a right; it is continuous in nature and is intimately linked to the situation or act.

Yet again, in *Beloeil (Ville) v. Pergola 2000*, [2003] Q.J. No. 12782 (QL), the Municipal Court upheld art. 1 of an anti-noise by-law which clearly stated:

[TRANSLATION] The emission of any noise that disturbs the peace and tranquillity of people in the vicinity constitutes a nuisance and is prohibited.

Examples of similar norms adopted by Quebec municipalities are gathered together by Professor L. Giroux in "Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance", in *Développements récents en droit de l'environnement* (1999), 299, at pp. 328-30. These include *Nutrichef Ltée v. Brossard (Ville)*, Sup. Ct. Longueuil, No. 505-36-000006-876, April 12, 1988:

[TRANSLATION] Any noise that is caused by any person by any means whatsoever and that is likely to impede the peaceable use of property in the vicinity constitutes a nuisance.

Laval v. Prince:

[TRANSLATION] The emission of any noise that disturbs the peace and tranquillity of the people in the vicinity constitutes a nuisance and is prohibited.

Sévigny v. Alimentation G. F. Robin inc., SOQUIJ AZ-99021251 (Sup. Ct.):

[TRANSLATION] . . . to use any noise-producing thing in a manner that disturbs the rest, comfort or well-being of some of or all the people in the vicinity;

. . .

. . . to produce or *allow to be produced*, while engaging in the operation or conduct of an industry or business or the exercise of a trade or occupation of any kind, *an excessive or unusual noise* that disturbs the rest, comfort or well-being of some of or all the people in the vicinity. [Emphasis in original.]

Nuisance : tout état de chose ou de fait qui est susceptible de produire des inconvénients sérieux ou de porter atteinte soit à la vie, la sécurité, la santé, la propriété et le confort des personnes ou qui les prive de l'exercice d'un droit commun.

L'élément nuisible peut provenir d'un état de chose, d'un acte illégal ou de l'usage abusif d'un objet ou d'un droit, il revêt un certain caractère de continuité et est intimement lié à la chose ou à l'acte.

136 En outre, dans *Beloeil (Ville) c. Pergola 2000*, [2003] J.Q. nº 12782 (QL), la Cour municipale a confirmé la validité de l'art. 1 d'un règlement antibruit qui prévoyait clairement :

Constitue une nuisance et est prohibée l'émission de tout bruit qui trouble la paix ou la tranquillité du voisinage.

137 Le professeur L. Giroux a colligé des exemples de normes semblables établies par des municipalités du Québec dans « Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance », dans *Développements récents en droit de l'environnement* (1999), 299, p. 328-330. Il cite notamment *Nutrichef Ltée c. Brossard (Ville)*, C.S. Longueuil, nº 505-36-000006-876, 12 avril 1988 :

Le fait, par toute personne, d'occasionner tout bruit causé de quelque façon que ce soit, de nature à empêcher l'usage paisible de la propriété dans le voisinage, constitue une nuisance.

Laval c. Prince :

Constitue une nuisance et est prohibée l'émission de tout bruit qui trouble la paix ou la tranquillité du voisinage.

Sévigny c. Alimentation G. F. Robin inc., SOQUIJ AZ-99021251 (C.S.) :

. . . faire usage de toute chose faisant du bruit d'une façon à incommoder le repos, le confort ou le bien-être du voisinage ou d'une partie de celui-ci;

. . .

. . . lors de l'exploitation, de la conduite ou de l'exercice d'une industrie, un commerce, un métier ou une occupation quelconque, faire ou *laisser faire un bruit excessif ou insolite* d'une façon à incommoder le repos, le confort ou le bien-être du voisinage ou d'une partie de celui-ci. [Souligné dans l'original.]

138 In the same vein, the Quebec Court of Appeal in *L'Heureux*, previously mentioned, upheld as valid the following prohibition:

[TRANSLATION] Disruptive noise produced by a musical instrument or equipment the purpose of which is to reproduce or amplify sound constitutes a nuisance if:

it disturbs the peace or tranquillity of persons who reside, work or are present in the vicinity,

or

its level exceeds, in an inhabited place, the maximum level prescribed by Chapter III . . . .

139 What is evident from this overview of the legal environment is that there is a massive amount of municipal experience in Quebec crafting anti-noise by-laws which the City of Montréal must be taken to have known about. The City obviously intended, as its counsel more or less stated at the hearing of the appeal, to strike out in a new direction. In my view, the City is entitled to have the validity of that new direction considered by the Court, rather than have its enactment essentially modified to reflect the legislative model the City evidently wished to depart from.

140 The approach advocated by my colleagues is at odds with the legal environment because it suggests that a municipality is now better off to specify no qualitative noise limits (as in art. 9(1)) because to do so will risk judicial disapproval (as in *Prince*). It would be better, from the municipality's point of view, to leave it up to a court to read in the limit the court would have enacted had it been the legislators because the court is likely to uphold the validity of its own handiwork. As my colleagues admit at para. 32, the limit they wish to read into art. 9(1) "is not explicitly mentioned". Such a wait-till-we-see-what-the-judge-says approach does not benefit the inhabitants however, because they will have no idea until the court makes its pronouncement which activity is permitted and which activity is prohibited.

Dans la même veine, dans l'affaire *L'Heureux*, la Cour d'appel du Québec a confirmé la validité de l'interdiction suivante :

Le bruit perturbateur produit par un instrument de musique ou un appareil destiné à reproduire ou à amplifier le son :

qui trouble la paix ou la tranquillité des personnes qui résident, travaillent ou se trouvent dans le voisinage

ou

dont le niveau dépasse, dans un lieu habité, le niveau maximal prescrit par le chapitre III

constitue une nuisance . . .

Cet aperçu de l'environnement légal fait ressortir la profusion des antécédents en matière de formulation de règlements municipaux antibruit au Québec dont il faut présumer que la Ville de Montréal était au courant. La Ville voulait de toute évidence emprunter un chemin inédit, comme l'a plus ou moins révélé son avocat lors de l'audition de l'appel. J'estime que la Ville a le droit d'obtenir l'opinion de la Cour sur la validité de cette nouvelle façon de faire, plutôt que de voir la Cour modifier essentiellement son règlement pour le faire concorder avec le modèle dont la Ville voulait de toute évidence se démarquer.

La démarche préconisée par mes collègues est en contradiction avec l'environnement légal parce qu'elle laisse croire qu'il est dorénavant préférable pour une municipalité de ne prévoir aucune limite sonore qualitative (comme c'est le cas au par. 9(1)), pour ne pas s'exposer à la désapprobation du pouvoir judiciaire (comme dans *Prince*). Selon la Ville, il vaudrait mieux laisser au tribunal le soin d'interpréter la disposition comme si elle contenait la limite que le tribunal y aurait incluse s'il avait été le législateur, parce que le tribunal confirmera vraisemblablement la validité d'une mesure qu'il a lui-même concoctée. Comme mes collègues le reconnaissent au par. 32, la limite qu'elles souhaitent inclure dans le par. 9(1) « [n'est] pas mentionnée de façon expresse ». Cette solution « attendons-de-voir-ce-qu'en-dira-le-juge » ne sert toutefois pas les intérêts des habitants, parce qu'ils ne sauront pas quelle activité est permise et quelle autre est prohibée avant que le tribunal ne se prononce à cet égard.

e. The Immediate Context of the Noise By-Law

I agree with my colleagues that "[t]he immediate context of the impugned provision, namely the other provisions of the By-law, is as important as its overall context" (para. 27). We must thus put art. 9(1) in the context of the entire noise by-law, whose relevant articles read as follows:

By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3

1. In this by-law, the following words mean:

"disruptive noise": a noise that can be detected as separate from the environmental noise and considered as a source for analysis purposes, and includes a noise defined as such in this article;

"environmental noise": a combination of usual noises from various sources, including noises that are exterior in origin, more or less regular in character, that can be detected within a given period, excluding any disruptive noise;

"noise with audible pure sounds": a disruptive noise whose sound energy is concentrated around certain frequencies;

2. Noise whose sound pressure level is greater than the maximum set by ordinance, or noise specifically prohibited under this by-law, constitutes a nuisance and is prohibited as being contrary to peace and order.

8. No disruptive noise [« *bruit perturbateur* »] whose sound pressure level is greater than the maximum standardized noise level determined by ordinance, with respect to the inhabited place subjected to that emission, may be emitted.

9. In addition to the noise referred to in article 8, the following noises, where they can be heard from the outside, are specifically prohibited:

(1) noise produced by sound equipment, whether it is inside a building or installed or used outside;

. . .

11. No noise specifically prohibited under articles 9 or 10 may be produced, whether or not it affects an inhabited place.

e. Le contexte immédiat du *Règlement sur le bruit*

Je conviens avec mes collègues que « [l]e contexte immédiat de la disposition contestée, soit les autres dispositions du Règlement, est tout aussi important que le contexte global » (par. 27). Il nous faut donc situer le par. 9(1) dans le contexte de l'ensemble du *Règlement sur le bruit*, dont les dispositions pertinentes sont les suivantes : 141

Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3

1. Aux fins du présent règlement, les mots suivants signifient :

« bruit comportant des sons purs audibles » : un bruit perturbateur dont l'énergie acoustique est concentrée autour de certaines fréquences;

« bruit d'ambiance » : un ensemble de bruits habituels de diverses provenances, y compris des bruits d'origine extérieure, à caractère plus ou moins régulier et repérables dans un temps déterminé en dehors de tout bruit perturbateur;

« bruit perturbateur » : un bruit repérable distinctement du bruit d'ambiance et considéré comme source aux fins d'analyse, et comprend un bruit défini comme tel au présent article;

2. Le bruit dont le niveau de pression acoustique est supérieur au maximum fixé par ordonnance ou celui qui est spécifiquement prohibé par le présent règlement constitue une nuisance et est interdit comme étant contraire à la paix et à l'ordre publics.

8. L'émission d'un bruit perturbateur d'un niveau de pression acoustique supérieur au niveau maximal de bruit normalisé fixé par ordonnance à l'égard du lieu habité touché par cette émission est interdite.

9. Outre le bruit mentionné à l'article 8, est spécifiquement prohibé lorsqu'il s'entend à l'extérieur :

1° le bruit produit au moyen d'appareils sonores, qu'ils soient situés à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'ils soient installés ou utilisés à l'extérieur;

. . .

11. L'émission, touchant ou non un lieu habité, d'un bruit spécifiquement prohibé aux articles 9 ou 10, est interdite.

13. The analysis referred to in article 12 must be made with the devices and in accordance with the measuring methods prescribed by ordinance, and those procedures must be noted in the analysis report.

Subject to the first paragraph, the analysis may, in the cases provided for by ordinance, consist in simply identifying the type, origin and level of noise, without using the devices and methods specified in the first paragraph, and in such cases, it must be so noted in the analysis report.

Despite the first paragraph, an analysis by simple identification is sufficient in the case of noises specifically prohibited under article 9.

20. . . .

For the purpose of section III, the executive committee may, by ordinance:

. . .

(3) determine the terms of exception to articles 9, 10 or 11 under circumstances or on the occasion of events, celebrations or demonstrations it specifies or authorizes.

13. L'analyse prévue à l'article 12 doit se faire à l'aide des appareils et suivant les méthodes de mesure prescrits par ordonnance et le procès-verbal d'analyse doit faire état de ces procédés.

Sous réserve du premier alinéa, l'analyse peut, dans les cas prévus par ordonnance, consister en une simple identification par la personne chargée d'effectuer l'analyse du type, de la provenance et du niveau de bruit, sans l'usage des appareils et méthodes mentionnés au premier alinéa et, dans ce cas, le procès-verbal d'analyse doit en faire mention.

Malgré le premier alinéa, l'analyse par simple identification suffit dans le cas des bruits spécifiquement prohibés à l'article 9.

20. . . .

Aux fins de l'application de la section III, le comité exécutif peut, par ordonnance :

. . .

3° déterminer, dans les circonstances ou à l'occasion d'événements, de fêtes ou de manifestations qu'il précise ou autorise, les modalités d'exception aux articles 9, 10 et 11.

142 It is necessary to consider the legislative context in some detail. A specific prohibition is found in art. 8 with respect to *inhabited* places, which prohibits "disruptive noise whose sound pressure level is greater than the maximum standardized noise level determined by ordinance". The legislators were careful in art. 8 to specify *both* a noise level (to be fixed by ordinance) *and* the location (inhabited areas) limitations. But art. 11 expressly states that "[n]o noise specifically prohibited under articles 9 or 10 may be produced, whether or not it affects an inhabited place".

Un examen détaillé du contexte législatif s'impose. L'article 8 crée une prohibition expresse à l'égard des lieux *habités*, interdisant « [l]'émission d'un bruit perturbateur d'un niveau de pression acoustique supérieur au niveau maximal de bruit normalisé fixé par ordonnance ». Les législateurs ont pris soin de prescrire à l'art. 8 des limites qui touchent *à la fois* l'intensité du bruit (fixé par ordonnance) *et* le lieu (lieux habités). Cependant, l'article 11 prévoit expressément que « [l]'émission, touchant ou non un lieu habité, d'un bruit spécifiquement prohibé aux articles 9 ou 10, est interdite ».

143 Not only are noise level and location limitations absent from art. 9(1), but the legislators clearly state that the prohibitions in art. 9(1) are "[i]n addition to the noise referred to in article 8". This can only mean that in art. 9(1) the "noise produced by sound equipment" (i) need not be disruptive, (ii) need not rise to the level fixed by ordinance, and (iii) need not occur in an inhabited place. The simple and complete ban of noise by reference to *source* and to no other criteria is confirmed by art. 13 which

Non seulement aucune limite relative à l'intensité du bruit ou au lieu n'est mentionnée au par. 9(1), mais le législateur indique clairement que le par. 9(1) prohibe le bruit qui y est décrit, « [o]utre le bruit mentionné à l'article 8 ». Une seule interprétation est possible : le « bruit produit au moyen d'appareils sonores » visé au par. 9(1) (i) ne doit pas nécessairement être perturbateur, (ii) ne doit pas nécessairement atteindre le niveau fixé par ordonnance, et (iii) ne doit pas nécessairement toucher un

provides that "an analysis by simple identification is sufficient in the case of noises specifically prohibited under article 9".

The by-law defines the expression "disruptive noise" and the City could therefore be expected to use the expression where that is what was intended. The City not only knew *how* to do so, but it *did* do so in art. 8. There is no such "disruptive noise" limitation in art. 9(1). Equally, where the City wished to control the intensity or level of noise (as in art. 2) or to differentiate among areas of the city where the noise may be considered a nuisance (art. 8) and therefore likely to interfere with what my colleagues call "peaceful enjoyment of the urban environment" (para. 34) it clearly said so. The legislators placed no such limitations in art. 9(1) which simply imposes a ban by *source* and makes no mention of the *quality* or the *impact* of "noise" which emanates from the source. The City imposed the ban "whether or not [the noise] affects an inhabited place" (art. 11). Thus, art. 9(1) means what it says, as counsel for the City submitted in oral argument, and further he said [TRANSLATION] "[i]f I didn't think so, I wouldn't be here."

C. In My View, With Respect, the Interpretation of Article 9(1) Adopted by the Majority Amounts to Judicial Amendment

As my colleagues state "[o]ur analysis will be based on our interpretation of the provision" (para. 8). Their interpretation, to recapitulate, requires a number of steps which, in the context of a law limiting freedom of expression, would more traditionally be considered under the heading of remedy rather than interpretation.

First, as noted, my colleagues' interpretation requires the Court to *read into* art. 9(1) the expression "disruptive noise" (para. 31) from art. 8 even though, as they acknowledge at para. 32, "the

lieu habité. L'interdiction simple et totale du bruit en fonction de sa *source*, et d'aucun autre critère, est confirmée par l'art. 13, selon lequel « l'analyse par simple identification suffit dans le cas des bruits spécifiquement prohibés à l'article 9 ».

144 Le règlement définit l'expression « bruit perturbateur ». On pouvait donc s'attendre à ce que la Ville emploie cette expression si telle était son intention. Non seulement la Ville savait *comment* procéder, mais c'est ainsi qu'elle a *effectivement* procédé à l'art. 8. Or, aucune limite n'est établie par l'emploi de l'expression « bruit perturbateur » au par. 9(1). De même, lorsque la Ville a voulu contrôler l'intensité ou le niveau du bruit (p. ex., à l'art. 2) ou établir les différents secteurs de la ville où le bruit peut être considéré comme une nuisance (art. 8) et où il risque par conséquent d'interférer avec ce que mes collègues appellent « la jouissance paisible de l'environnement urbain » (par. 34), elle l'a exprimé clairement. Le législateur n'a prévu aucune limite de ce genre au par. 9(1), qui impose simplement une interdiction en fonction de la *source* du bruit, sans mentionner la *qualité* ou l'*effet* du « bruit » qui en émane. La Ville a prévu que l'interdiction s'appliquait aux bruits « touchant ou non un lieu habité » (art. 11). Ainsi, le sens du par. 9(1) correspond à son libellé, comme l'avocat de la Ville l'a fait valoir dans sa plaidoirie, ajoutant « si je prétendais que non, je ne serais pas devant vous. »

C. Avec déférence, j'estime que l'interprétation attribuée au par. 9(1) par les juges de la majorité constitue une modification judiciaire

145 Comme l'affirment mes collègues, « [l]'interprétation de cette disposition détermine notre analyse » (par. 8). En résumé, leur interprétation requiert un certain nombre d'étapes qui, dans le contexte d'une loi restreignant la liberté d'expression, relèveraient traditionnellement de la réparation plutôt que de l'interprétation.

146 Premièrement, comme je l'ai signalé, l'interprétation de mes collègues oblige le tribunal à *ajouter* au par. 9(1) l'expression « bruit perturbateur » (para. 31) empruntée à l'art. 8 bien que, comme

expression is not explicitly mentioned in art. 9". The full sentence in their decision reads:

> Although disruption is not expressly mentioned in art. 9, this is because, in view of the types of noises to which the provision applies, it was considered unnecessary to refer explicitly to disruptive noise in each paragraph. [para. 33]

147 The problem with this view, again, is that it is clear that the legislators did not intend art. 9(1) to repeat the same limitation ("perturbation") as art. 8 because art. 9(1) is introduced and governed by the words "[i]n addition to the noise referred to in article 8". This is because the legislators dealt with the *quality* of the noise in art. 8 and in art. 9(1) turned to prohibit a particular *source* of noise, i.e., sound equipment. My colleagues must therefore *read out* of art. 9(1) the words "[i]n addition to the noise referred to in article 8". My colleagues then *read up* the words in art. 9(1) "whether it [the sound equipment] is inside a building or installed or used outside" to require an "essential connection with a building" (para. 30). There is, of course, no such requirement of a "connection" expressed anywhere in art. 9(1), and the legislative history is against such an interpretation, as already mentioned. My colleagues must then *read down* the effect of art. 9(1) so that "[a]lthough art. 9(1) appears to be broad in scope, it . . . applies only to sounds that stand out over the environmental noise" (para. 46). We are no longer in the realm of interpretation. We are in the presence of judicial amendments.

148 Finally, my colleagues argue that the word "noise" in art. 9(1) suffers from "a latent ambiguity" (para. 24). However, as I have endeavoured to demonstrate, there is no ambiguity in the word "noise" either on a preliminary reading of art. 9(1) itself or, more importantly, having looked at all of the relevant contexts in which art. 9(1) operates or falls for consideration. The fact is, as counsel for the City contends, that art. 9(1) is directed to the elimination of a broad and general *source* of noise.

elles le reconnaissent au par. 32, « l'expression ne soit pas mentionnée de façon expresse à l'art. 9 ». Voici la phrase complète qui se trouve dans leurs motifs :

> Si la notion de perturbation n'est pas expressément mentionnée à l'art. 9, c'est qu'en raison des bruits ciblés, il n'a pas été jugé utile de la reprendre explicitement à chaque paragraphe. [par. 33]

Encore une fois, le problème avec ce raisonnement, c'est qu'il est évident que le législateur ne voulait pas répéter au par. 9(1) la qualification du bruit (« perturbateur ») exprimée à l'art. 8, puisque le par. 9(1) commence et est régi par les mots « [o]utre le bruit mentionné à l'article 8 ». Il en est ainsi parce que le législateur traite de la *qualité* du bruit à l'art. 8 et qu'il interdit ensuite, au par. 9(1), une *source* particulière de bruit, c.-à-d. les appareils sonores. Mes collègues doivent donc *supprimer* du par. 9(1) les mots « [o]utre le bruit mentionné à l'article 8 ». Elles *accentuent* ensuite le sens des termes « qu'ils [les appareils sonores] soient situés à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'ils soient installés ou utilisés à l'extérieur », employés au par. 9(1), pour exiger un « lien essentiel avec un bâtiment » (par. 30). Les termes du par. 9(1) n'exigent évidemment pas expressément un tel lien et l'historique législatif va à l'encontre de cette interprétation, comme je l'ai déjà mentionné. Mes collègues doivent ensuite *atténuer* les effets de l'interdiction prévue au par. 9(1) de sorte que « [m]algré une portée en apparence large [. . .] cette disposition [. . .] ne couvre que les sons qui ressortent du bruit d'ambiance » (par. 46). Nous ne sommes plus dans le domaine de l'interprétation. Nous sommes en présence de modifications judiciaires.

Enfin, mes collègues affirment que le mot « bruit » au par. 9(1) comporte « une ambiguïté latente » (par. 24). Toutefois, comme j'ai tenté de le démontrer, le mot « bruit » n'est pas ambigu, ni à la simple lecture du par. 9(1) ni — ce qui est encore plus important — après examen de l'ensemble des contextes pertinents dans lesquels le par. 9(1) s'applique ou est envisagé. Force est de constater que, comme le soutient l'avocat de la Ville, le par. 9(1) vise l'élimination d'une *source* globale et générale

Such a legislative overreach should be quashed because it not only ignores the characteristics of a "nuisance" but constitutes (as my colleagues concede) an infringement of Montrealers' freedom of expression, as will shortly be discussed.

D. Article 9(1) of the Noise By-law Is an Invalid Exercise of the City's Power to Define and Prohibit "Nuisances"

It is well established that the Court adopts a "broad and purposive" approach to the construction of the powers of a municipality: *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, at pp. 244-45; *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13, at para. 18; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64, at para. 44; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19, at paras. 6 and 8. Nevertheless, there *are* limits.

1. *Article 9(1) Is Ultra Vires*

The Quebec Court of Appeal has long taken the position (as it did in this case) that the legislative power conferred on Quebec municipalities to define and prohibit "nuisances" does not extend to defining some activity or thing as a nuisance [TRANSLATION] "if it has no harmful qualities, causes no injury and hurts no one. . . . [T]he municipality's power to define a nuisance and abate it does not include the power to create a nuisance" (*Prince*, at para. 35, *per* Chamberland J.A.).

This essential nature of a "nuisance" is confirmed by Quebec text writers on the subject; see Professor J. L'Heureux, *Droit municipal québécois* (1984), t. II, at p. 723:

> [TRANSLATION] It is important to note that a nuisance must necessarily be harmful in nature, that is, it must cause serious inconvenience or adversely affect either public health or the welfare of the community. [Emphasis added.]

de bruit. Un tel excès législatif devrait être invalidé parce que non seulement il fait abstraction des caractéristiques propres d'une « nuisance », mais il constitue (comme le concèdent mes collègues) une atteinte à la liberté d'expression des Montréalais, comme il en sera bientôt question.

D. Le paragraphe 9(1) du *Règlement sur le bruit* constitue un exercice invalide du pouvoir de la Ville de définir et de prohiber les « nuisances »

149 Il est bien établi que la Cour adopte, à l'égard des pouvoirs municipaux, une méthode d'interprétation « large, fondée sur l'objet visé » : *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 244-245; *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13, par. 18; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64, par. 44; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, par. 6 et 8. Il y *existe* cependant des limites.

1. *Le paragraphe 9(1) est ultra vires*

150 La Cour d'appel du Québec estime depuis longtemps (comme en l'espèce) que le pouvoir législatif des municipalités du Québec de définir et de prohiber les « nuisances » ne leur permet pas de qualifier une activité ou une chose de nuisance « lorsque cette chose n'a aucun caractère nuisible, ne fait du tort, du mal à personne. [. . .] [L]e pouvoir de la municipalité de définir une nuisance et la supprimer ne comporte pas celui d'en créer une » (*Prince*, par. 35, le juge Chamberland).

151 Cette caractéristique essentielle d'une « nuisance » est confirmée par les auteurs québécois en la matière; voir le professeur J. L'Heureux, *Droit municipal québécois* (1984), t. II, p. 723 :

> Il est important de remarquer qu'une nuisance doit obligatoirement avoir un caractère nuisible, c'est-à-dire produire des inconvénients sérieux ou porter atteinte soit à la santé publique, soit au bien-être de la communauté. [Je souligne.]

152 I agree with this view. It is built on 30 years of consistent Quebec jurisprudence, of which both the National Assembly and Montréal City Hall must be taken to be aware: *Prince*; *Kirkland (Ville) v. Phares* (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 314 (Que. Sup. Ct.); *Saint-Michel-Archange (Municipalité de) v. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.); *Sablières Laurentiennes Ltée v. Ste-Adèle (Ville de)*, [1989] R.L. 486 (Que. C.A.); *Sambault v. Mercier (Corp. mun. de Ville)*, [1983] C.S. 147; *Beach v. Perkins (Municipalité de)*, [1975] C.S. 85; *Anctil.*

153 The recognition that not all noise made by a sound equipment should be considered a nuisance is consistent with art. 976 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, which provides:

> **976.** Neighbours shall suffer the normal neighbourhood annoyances that are not beyond the limit of tolerance they owe each other, according to the nature or location of their land or local custom.

154 While the power of the municipality to "define" nuisances may not be limited to activities that would in any event exceed "the limit of tolerance" that neighbours owe each other under art. 976 of the *Civil Code of Québec*, I agree with my colleagues that the power to define nuisances "is [not] unlimited. For example, a municipality may not . . . in exercising its power to regulate nuisances, set standards that are unreasonable" (para. 42). Nor, I would add, can it lawfully define as a nuisance an activity like making "noise" without specifying any proper or relevant "norms" at all.

155 The Quebec Court of Appeal stated in *Saint-Michel-Archange*, at p. 880:

> [TRANSLATION] A nuisance may be the very existence of something, such as a substandard landfill site, or garbage on a piece of land. A nuisance may also arise out of the improper use of something. It must then be determined to what extent the use of this thing adversely affects third persons, or whether the nuisance created by the by-law is truly a nuisance. [Emphasis and citations omitted.]

Je partage cette opinion. Elle repose sur 30 ans de jurisprudence constante au Québec, dont il faut présumer que l'Assemblée nationale et le conseil municipal de Montréal avaient connaissance : *Prince*; *Kirkland (Ville) c. Phares* (1993), 19 M.P.L.R. (2d) 314 (C.S. Qué.); *Saint-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.*, [1992] R.J.Q. 875 (C.A.); *Sablières Laurentiennes Ltée c. Ste-Adèle (Ville de)*, [1989] R.L. 486 (C.A. Qué.); *Sambault c. Mercier (Corp. mun. de Ville)*, [1983] C.S. 147; *Beach c. Perkins (Municipalité de)*, [1975] C.S. 85; *Anctil.*

Le fait de reconnaître que tous les bruits produits au moyen d'appareils sonores ne devraient pas être considérés comme des nuisances est compatible avec l'art. 976 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, lequel dispose :

> **976.** Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux.

Certes, il se peut que le pouvoir de la municipalité de « définir » ce qui constitue une nuisance ne se limite pas aux activités qui dépasseraient de toute façon « les limites de la tolérance » que les voisins se doivent en vertu de l'art. 976 du *Code civil du Québec*, mais je conviens avec mes collègues que le pouvoir de définir les nuisances « ne veut cependant pas dire que le pouvoir de définition est illimité. Une municipalité ne peut, par exemple, [. . .] dans l'exercice de son pouvoir de réglementer les nuisances, décréter des normes déraisonnables » (par. 42). J'ajouterais qu'elle ne peut pas non plus légalement qualifier une activité, comme faire du « bruit », de nuisance sans préciser quelque « norme » appropriée ou pertinente que ce soit.

La Cour d'appel du Québec a dit ce qui suit dans *Saint-Michel-Archange*, p. 880 :

> Une nuisance peut être l'existence même d'un objet, par exemple, un dépotoir non réglementaire ou des déchets sur un terrain. Une nuisance peut provenir aussi de l'usage abusif d'un objet. Il faut alors déterminer dans quelle mesure l'utilisation de cet objet est nuisible pour les tiers ou encore se demander si la nuisance créée par le règlement en est une véritable. [Italiques et citations omises.]

Professor Giroux summarizes the relevant Quebec jurisprudence, at pp. 304-5:

[TRANSLATION] It is now well established in the case law that there are two classes of nuisances. The first class of nuisances are those that can be characterized as such by virtue of their very existence (*in se*). They are things that are nuisances by nature, such as evil-smelling waste, an open-air dump or garbage on a lot. The other type of nuisance is a nuisance not by the very nature of a thing, but rather because of the improper or incorrect use of the thing (*per se*). Noise is perhaps the most obvious example of this . . . .

Noise accordingly is not "by nature" a nuisance. There must therefore be a specification of abuse. There is none in art. 9(1).

Invalidation of the by-law as *ultra vires* would therefore accord with the *dictum* of Beetz J. in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368. In that case, in declaring invalid a part of the Montréal by-law governing amusements, the Court adopted in part, at pp. 404-5, the classic statement of Lord Russell in *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), at p. 99-100, that if a municipal by-law involves "such oppressive or gratuitous interference with the rights of those subject to them as could find no justification in the minds of reasonable men, the Court might well say, 'Parliament never intended to give authority to make such rules; they are unreasonable and ultra vires'" (emphasis added).

In *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, the Court ruled that a City of Toronto by-law that banned unlicenced street vendors could not be upheld under a power "for prohibiting and abating public nuisances" because "the effect of the by-law is to prohibit conduct which may not amount to a public nuisance" (p. 692). It is true that the Toronto law-making authority at issue in that case did not include a power to *define* nuisances, but if the Court in *Greenbaum* had adopted the approach of my colleagues in this case it could simply have read into the Toronto by-law a requirement that the

Le professeur Giroux résume la jurisprudence québécoise pertinente, aux p. 304-305 : 156

Il est maintenant bien acquis dans la jurisprudence qu'il y a deux catégories de nuisance. Les nuisances de la première catégorie sont celles qui se qualifient par leur seule existence (*in se*). Il s'agit d'objets ou de choses qui sont des nuisances par nature comme le seraient des détritus nauséabonds, un dépotoir à ciel ouvert ou des déchets sur un terrain. L'autre type de nuisance ne provient pas de la nature même d'un objet mais plutôt de son emploi abusif ou de sa mauvaise utilisation (*per se*). L'exemple le plus évident peut-être est celui du bruit . . .

Le bruit n'est donc pas « par nature » une nuisance. Il faut par conséquent en préciser le caractère abusif. Le paragraphe 9(1) ne le précise pas. 157

L'invalidation du règlement parce qu'il est *ultra vires* serait donc conforme à la remarque incidente formulée par le juge Beetz dans *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368. Dans ce pourvoi, en déclarant *ultra vires* une partie du règlement de la Ville de Montréal régissant les appareils et les salles d'amusement, la Cour a fait sienne, en partie, à la p. 405, la déclaration classique de lord Russell dans *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), p. 99-100, qui a affirmé que si un règlement municipal entraîne [TRADUCTION] « une immixtion abusive ou gratuite dans les droits des personnes qui y sont assujetties, au point d'être injustifiabl[e] aux yeux d'un homme raisonnable[,] la Cour pourrait alors dire "le Parlement n'a jamais eu l'intention de donner le pouvoir d'établir ces règles; elles sont déraisonnables et *ultra vires*" » (je souligne). 158

Dans *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, la Cour a statué qu'elle ne pouvait confirmer la validité d'un règlement interdisant les vendeurs ambulants qui ne détenaient pas de permis, pris par la Ville de Toronto en vertu de son pouvoir d'« interdire et [de] supprimer les nuisances publiques », parce que « le règlement a pour effet d'interdire un comportement qui peut ne pas constituer une nuisance publique ». (p. 692). Il est vrai que le pouvoir législatif en cause dans cette affaire ne comprenait pas le pouvoir de *définir* les nuisances, mais si la Cour avait retenu la méthode adoptée par mes collègues en l'espèce, elle 159

prohibition extend only to those vendors of t-shirts whose activities were disruptive or amounted to a nuisance. The Court refused to do so on that occasion (pp. 691-92), and, on that basis, reversed the Ontario Court of Appeal.

aurait pu simplement introduire dans le règlement de la Ville de Toronto une exigence portant que l'interdiction ne s'applique qu'aux vendeurs de tee-shirts dont les activités sont perturbatrices ou équivalent à une nuisance. La Cour a refusé de le faire dans cette affaire (p. 691-692) et, pour cette raison, a infirmé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario.

2. *The Role of Deference*

160 I agree with my colleagues that in combatting the nuisance of noise pollution "[i]t is up to the City to choose the means" (para. 48). The problem is that art. 9(1) of the by-law is much broader than noise pollution because, as my colleagues point out "noise in itself is not necessarily a nuisance" (para. 24). I agree that the courts should leave City Hall with a broad latitude in such matters, but the fact remains, as my colleagues state, that the City's power is not "unlimited" (para. 42). In my view, it is more respectful of City Hall to declare what it has done to be *ultra vires*, as I do, rather than saying as my colleagues do, that the legislators cannot mean what they said in art. 9(1). It would be more respectful of our place in the constitutional scheme to send the defective provision back to the legislators for consideration and possible re-enactment. There are, as earlier noted, other approaches to the problem of limits identified in art. 9(1) than the solution adopted by my colleagues. The legislators, not the courts, should make their choice amongst these different options.

2. *Le rôle de la déférence*

Je suis d'accord avec mes collègues pour dire que, dans la lutte contre la nuisance que constitue la pollution sonore, « [l]e choix des moyens demeure celui de la Ville » (par. 48). La difficulté réside dans le fait que la portée du par. 9(1) du *Règlement sur le bruit* va au-delà de la pollution sonore parce que, comme mes collègues l'ont fait remarquer, « [l]e bruit en lui-même n'est donc pas nécessairement une nuisance » (par. 24). Je reconnais que, sur ces questions, les tribunaux devraient laisser une grande latitude au conseil municipal, mais il reste que, comme l'ont dit mes collègues, le pouvoir de la ville n'est pas « illimité » (par. 42). À mon avis, déclarer *ultra vires* la disposition prise par le conseil municipal, comme je le fais, témoigne d'un plus grand respect à son égard que d'affirmer, à l'instar de mes collègues, que les législateurs ne peuvent avoir voulu dire ce qu'ils ont dit au par. 9(1). Renvoyer la disposition lacunaire au conseil municipal pour qu'il l'examine et, éventuellement, en édicte une nouvelle version, respecte mieux le rôle dévolu à la Cour dans notre régime constitutionnel. Il existe, rappelons-le, d'autres solutions au problème de la portée du par. 9(1) que celle adoptée par mes collègues. C'est au législateur et non à la Cour qu'il appartient de choisir parmi ces différentes possibilités.

161 Article 9(1) is *ultra vires* and the analysis need proceed no further.

Le paragraphe 9(1) est *ultra vires* et il n'est pas nécessaire de poursuivre l'analyse.

3. *Article 9(1) Is a Patently Unreasonable Exercise of the Delegated Legislative Power to Define and Prohibit Nuisances*

3. *Le paragraphe 9(1) constitue un exercice manifestement déraisonnable du pouvoir législatif délégué de définir et de prohiber les nuisances*

162 The argument is made that where, as here, the City is given an explicit power to define nuisances, the enactment of a definition cannot as such be

On fait valoir que lorsque, comme en l'espèce, la Ville se voit attribuer le pouvoir explicite de définir les nuisances, l'adoption d'une définition ne peut

ultra vires. The by-law can only be quashed if the power of definition is *exercised* unreasonably (or patently unreasonably).

The Court has not recently pronounced upon the standard of review of the *intra vires* exercise of *legislative* power by a municipality. In *Rascal Trucking*, which dealt with a municipality's *adjudicative* function in relation to an alleged nuisance, Major J. summarized the recent jurisprudence, and stated at para. 37:

> The conclusion is apparent. The standard upon which courts may entertain a review of *intra vires* municipal actions should be one of patent unreasonableness.

Thus, as Professor D. J. Mullan noted in his text *Administrative Law* (2001), "municipalities have been brought within the mainstream of judicial review theory" (p. 113).

Generally speaking, more deference is shown to a municipality's exercise of a legislative function than an adjudicative function. The standard of review in assessing a by-law, assuming the exercise of the legislative power is otherwise *intra vires*, would be patent unreasonableness.

In my view, even if this case should be analysed in terms of the *exercise* of the City's legislative power to define and prohibit "nuisances", as opposed to an *ultra vires* analysis, art. 9(1) is nevertheless a patently unreasonable exercise of it. I will not repeat the analysis. That finding, too, is sufficient to dispose of this case. But there is more.

E. Article 9(1) Infringes Freedom of Expression Under Section 2(*b*) of the *Canadian Charter*

I agree with the conclusion of my colleagues at paras. 82-85 that the prohibition in art. 9(1) infringes freedom of expression.

en soi être *ultra vires*. Le règlement ne peut être annulé que si la Ville *exerce* son pouvoir de définition de façon déraisonnable (ou manifestement déraisonnable).

163 La Cour ne s'est pas prononcée récemment sur la norme de contrôle applicable à l'exercice du pouvoir *législatif* d'une municipalité *dans les limites* de sa compétence. Dans l'arrêt *Rascal Trucking*, portant sur une fonction *juridictionnelle* d'une municipalité concernant une nuisance alléguée, le juge Major a résumé la jurisprudence récente et déclaré, au par. 37 :

> La conclusion est évidente. La norme suivant laquelle les tribunaux peuvent examiner les actions d'une municipalité accomplies dans les limites de sa compétence est celle du caractère manifestement déraisonnable.

Ainsi, le professeur D. J. Mullan a fait remarquer dans son ouvrage, *Administrative Law* (2001), que [TRADUCTION] « les municipalités ont été assujetties à la théorie générale du contrôle judiciaire » (p. 113).

164 En général, l'exercice d'une fonction législative par une municipalité appelle une plus grande retenue que l'exercice d'une fonction juridictionnelle. La norme de contrôle applicable à l'examen d'un règlement, à supposer que l'exercice du pouvoir législatif soit par ailleurs *intra vires*, serait celle du caractère manifestement déraisonnable.

165 À mon avis, même si la présente affaire devait être analysée sous l'angle de *l'exercice* du pouvoir législatif de la Ville de définir et de prohiber les « nuisances » plutôt que sous celui du caractère *ultra vires* du par. 9(1), cette disposition constituerait néanmoins un exercice manifestement déraisonnable de ce pouvoir. Je ne reprendrai pas l'analyse. Cette conclusion est elle aussi suffisante pour statuer sur le pourvoi. Mais il y a plus.

E. Le paragraphe 9(1) porte atteinte à la liberté d'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne*

166 Je souscris à l'analyse effectuée par mes collègues, aux par. 82 à 85, selon laquelle la prohibition prévue au par. 9(1) porte atteinte à la liberté d'expression.

F. Article 9(1) Is Not Saved as a Reasonable Limit Prescribed by Law Under Section 1 of the *Canadian Charter*

167 I am unable to agree with my colleagues that the infringement of free expression is justified. Firstly, in my view there are no limits properly "prescribed by law". Secondly, art. 9(1) is a disproportionate response to the legitimate problem of noise pollution because it goes beyond what could be considered minimal impairment of the expressive rights of Montrealers.

1. *Prescribed by Law*

168 The limitations relied on by my colleagues to justify art. 9(1) would be useful if endorsed by the legislators. However, it would appear that *without* those "read in", "read out", "read up" and "read down" limitations my colleagues themselves would agree that art. 9(1) would fail the s. 1 test. (My colleagues write: "Our analysis will be based on our interpretation of the provision" (para. 8).) I have already explained why I believe their interpretation is precluded by both the text and concentric circles of context around art. 9(1), as well as by the Court's traditional reluctance to engage in judicial surgery on otherwise invalid laws which involve infringement of *Charter* rights: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 728, *per* La Forest J.:

> . . . when one is dealing with laws that impinge on the liberty of the subject, the judicial stance should be one that does not encourage the legislature to overreach, and the courts should be slow indeed to provide a corrective. [Emphasis added.]

169 The City's solution to this problem of overbreadth and overinclusiveness is its reliance on prosecutorial discretion. But, with respect, that is not a solution. Prosecutorial discretion under

F. Le paragraphe 9(1) n'est pas sauvegardé à titre de restriction raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte canadienne*

Je ne puis souscrire à l'opinion de mes collègues selon laquelle l'atteinte à la liberté d'expression est justifiée. Premièrement, nous ne sommes en présence d'aucune limite dûment prescrite « par une règle de droit ». Deuxièmement, le par. 9(1) constitue une réponse disproportionnée au problème bien réel de la pollution sonore en ce qu'il va au-delà de ce qui pourrait être considéré comme une atteinte minimale à la liberté d'expression des Montréalais.

1. *Prescrite par une règle de droit*

Les limites invoquées par mes collègues pour justifier le par. 9(1) seraient utiles si le législateur les avait approuvées. Cependant, il semblerait que *sans* ces « ajouts » et « suppressions » de mots, et ces « accentuations » et « atténuations » de sens, mes collègues conviendraient elles-mêmes que le par. 9(1) ne satisfait pas au critère de l'article premier. (Elles écrivent : « L'interprétation de cette disposition détermine notre analyse » (par. 8).) J'ai déjà expliqué pourquoi j'estime que leur interprétation est exclue à la fois par le libellé du par. 9(1) et par les différents contextes, du plus immédiat au plus général, au centre desquels se situe cette disposition, sans parler de la réticence habituelle de la Cour à s'engager dans le remodelage de textes législatifs par ailleurs invalides, qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne* : voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 728, le juge La Forest :

> . . . lorsqu'il s'agit de lois qui empiètent sur la liberté de la personne, les tribunaux devraient adopter une position dissuadant les législateurs d'adopter des dispositions ayant une portée trop large et devraient se montrer peu empressés à apporter une mesure corrective. [Je souligne.]

La solution retenue par la Ville pour régler ce problème de portée excessive consiste à s'en remettre au pouvoir discrétionnaire de la poursuite. J'estime, en toute déférence, que cette solution n'en

art. 9(1) is not governed by criteria prescribed by law. As the Court pointed out in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1078:

> In its factum, the Crown alleged that such eventual violations could be, and are in fact, avoided through the proper use of prosecutorial discretion to charge for a lesser offence.
>
> In my view the section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to apply the law in those cases where, in the opinion of the prosecution, its application would be a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which provides that any law which is inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency and the courts are duty bound to make that pronouncement, not to delegate the avoidance of a violation to the prosecution or to anyone else for that matter. . . . [Emphasis added.]

est pas une. Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite conféré par le par. 9(1) n'est régi par aucun critère prescrit par une règle de droit. Comme l'a souligné notre Cour dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1078 :

> Dans son mémoire, le ministère public soutient que de telles violations éventuelles peuvent être évitées, et le sont vraiment, par l'utilisation appropriée du pouvoir discrétionnaire du ministère public d'inculper pour une infraction moindre.
>
> À mon avis, l'article ne peut pas être sauvegardé en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation. . . [Je souligne.]

2. *Minimal Impairment*

2. *Atteinte minimale*

In addition to prosecutorial discretion, it is suggested that some potential offenders might hope to benefit from a *de minimis* exemption, but the status of this defence in Canada is not clear (see *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 21, and *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 69) and in any event "[t]he defence of *de minimis* does not mean that the act is justified; it remains unlawful, but on account of its triviality it goes unpunished" (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 203, *per* Arbour J.).

170 Outre le pouvoir discrétionnaire de la poursuite, on laisse entendre que certains délinquants potentiels pourraient espérer bénéficier de l'exception fondée sur le principe *de minimis*, mais il n'est pas certain que ce moyen de défense s'applique au Canada (voir *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 21, et *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, par. 69) et, quoi qu'il en soit, « [l]e moyen de défense fondé sur le principe *de minimis* ne signifie pas que l'acte en cause est justifié, cet acte reste illégal, mais en raison de son caractère anodin, il ne sera pas puni » (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 203, la juge Arbour).

The permit procedure under art. 20 does little to relieve against the prohibition. Permits are issued as a matter of municipal discretion and are available only for particular occasions ("events, celebrations or demonstrations"). Permits are not otherwise available. The use of sound equipment to communicate an otherwise unobjectionable message should not be subject to the discretion of the City's Executive Committee, especially where, as

171 La procédure d'obtention de permis prévue à l'art. 20 n'atténue guère la portée de l'interdiction. Les permis sont délivrés à la discrétion de la municipalité et uniquement pour certaines occasions (« événements, fêtes ou manifestations »). Autrement, ils ne sont pas disponibles. L'utilisation d'appareils sonores pour communiquer un message par ailleurs acceptable ne devrait pas dépendre du pouvoir discrétionnaire du comité exécutif

here, the criteria for the exercise of its discretion are not specified by the legislators.

172 Nor can I agree with my colleagues that art. 9(1) passes constitutional muster in this case because the strip club had other ways of communicating its message to the public. I do not believe that a justification that limits itself to the particular circumstances of a particular accused is an adequate answer to a general challenge to the validity of a by-law. The *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) requires the Court to determine whether the means chosen are proportionate to the legislative objective, not what the effects of the infringing law are in the case of a particular accused. If it were otherwise, a law could be valid in some situations and not others, creating an unpredictable patchwork. In *Smith*, for example, the minimum sentence of seven years for importation of drugs was quashed even though on the facts a seven-year sentence might have been considered perfectly fit for that particular offender. In *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, a case dealing with a federal by-law prohibiting the distribution of pamphlets at an airport without the Minister's authorization, L'Heureux-Dubé J. observed, at p. 217:

> . . . the problem is not only that the Regulation applies to the activity at issue, but that it applies to virtually all conceivable activity involving freedom of expression at airports.

See also *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 771-72, *per* McLachlin J.

173 In my view, art. 9(1) is not justified just because these particular respondents may have access to other forms of business communication, any more than in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, a law that infringed freedom of religion could be saved because the challenger was a corporation and did not itself suffer violation of a religious belief, of which it had none. In that case, it was held that even a drugstore lacking an immortal soul or any religious belief

de la Ville surtout lorsque, comme en l'espèce, le législateur n'a pas précisé les conditions de son exercice.

Je ne peux pas non plus souscrire à l'opinion de mes collègues que le par. 9(1) résiste à l'examen constitutionnel en l'espèce, parce que le club de danseuses dispose d'autres moyens de communiquer son message au public. Je ne crois pas qu'une justification qui se limite au cas individuel d'un accusé en particulier réponde adéquatement à une contestation générale de la validité d'un règlement. Le critère établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, impose à la Cour de déterminer si les moyens choisis sont proportionnés à l'objectif législatif, et non pas quels sont les effets de la loi attentatoire dans le cas d'un accusé en particulier. S'il en était autrement, une loi pourrait être valide dans certains cas et non dans d'autres, ce qui créerait un salmigondis de décisions imprévisibles. Dans *Smith*, par exemple, la peine minimale de sept ans d'emprisonnement pour importation de drogues a été annulée même si, à la lumière des faits, on aurait pu juger qu'elle convenait parfaitement à ce contrevenant en particulier. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, portant sur un règlement fédéral interdisant la distribution de brochures dans un aéroport sans l'autorisation du ministre, voici ce que la juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer, à la p. 217 :

> . . . le problème ne résulte pas uniquement du fait que le Règlement s'applique à l'activité en question mais qu'il s'applique à pratiquement toute activité imaginable liée à la liberté d'expression dans les aéroports.

Voir aussi *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 771-772, la juge McLachlin.

À mon avis, le simple fait que les intimés en l'espèce puissent avoir accès à d'autres modes de communication commerciale ne justifie pas le par. 9(1), tout comme, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, une loi contrevenant à la liberté de religion ne pouvait être sauvegardée parce que la partie qui la contestait était une personne morale et qu'elle n'avait pas elle-même subi une atteinte à une croyance religieuse, puisqu'elle n'en avait aucune. Dans ce

whatsoever could attack a law that was flawed by religious discrimination.

In summary, the reduction of noise pollution is a legitimate objective but art. 9(1) is open-ended and overbroad. It does not minimally impair Montrealers' freedom of expression. There are other ways in which the respondent could have advertised its wares but the respondent is entitled to challenge a law that prohibits its *preferred* mode of communication. Montrealers want to be entertained by the radio and receive cell phone calls and use baby alarms and the fact they may be able to be entertained or receive communications in other ways does not diminish the fact their freedom of expression has been infringed in a way that is wholly disproportionate to the City's legitimate interest. Article 9(1), if it is not struck down, will inhibit free expression in many circumstances where alternative modes of expression are *not* available, and where the use of such sound equipment in no way bothers the neighbours or adversely affects the quality of urban life.

Article 9(1) should be declared to be null and void as inconsistent with expressive rights guaranteed under the *Canadian Charter.*

G. Article 9(1) Infringes Freedom of Expression Under Article 3 of the Quebec *Charter*

Enough has been said already to indicate that art. 9(1) of the by-law is equally in violation of art. 3 of the Quebec *Charter* and is not justified under art. 9.1 of the Quebec *Charter.*

H. Conclusion

As, in my opinion, the provision in the by-law under which the respondent was convicted is invalid, the conviction was properly quashed by the Quebec Court of Appeal. I would therefore dismiss the appeal.

pourvoi, la Cour a statué que même une pharmacie dépourvue d'âme immortelle ou de quelque croyance religieuse que ce soit pouvait contester une loi viciée pour cause de discrimination religieuse.

174 En résumé, la réduction de la pollution sonore est un objectif légitime, mais le par. 9(1) a une portée illimitée et excessive. L'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression des Montréalais n'est pas minimale. Certes, l'intimée disposait d'autres moyens de promouvoir ses spectacles, mais elle a le droit de contester une loi qui lui interdit d'utiliser son mode de communication *préféré.* Les Montréalais veulent être divertis par la radio, recevoir des appels sur leur téléphone cellulaire et utiliser des moniteurs pour bébé, et le fait qu'ils puissent être divertis ou recevoir des appels autrement ne diminue en rien le fait que leur liberté d'expression a été violée d'une manière qui est tout à fait disproportionnée au regard de l'intérêt légitime de la Ville. S'il n'est pas annulé, le par. 9(1) portera atteinte à la liberté d'expression dans bien des cas où d'autres modes d'expression *ne* sont *pas* possibles et où l'utilisation d'appareils sonores ne gêne nullement les voisins et ne nuit pas à la qualité de la vie urbaine.

175 Le paragraphe 9(1) devrait être déclaré inopérant parce qu'incompatible avec la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne.*

G. Le paragraphe 9(1) porte atteinte à la liberté d'expression protégée par l'art. 3 de la *Charte* québécoise

176 Les motifs déjà exprimés suffisent pour indiquer que le par. 9(1) va également à l'encontre de l'art. 3 de la *Charte* québécoise et n'est pas justifié en application de l'art. 9.1 de cette *Charte.*

H. Conclusion

177 Comme, selon moi, la disposition réglementaire en application de laquelle l'intimée a été déclarée coupable est invalide, c'est à bon droit que la Cour d'appel du Québec a annulé sa condamnation. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

APPENDIX

By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3

SECTION I
GENERAL PROVISIONS

1. In this by-law, the following words mean:

"background noise": a noise of a level equivalent to that reached or exceeded by the environmental noise during 95% of the observation period;

"disruptive noise": a noise that can be detected as separate from the environmental noise and considered as a source for analysis purposes, and includes a noise defined as such in this article;

"disturbed place": an inhabited place whose environment is subjected to a disruptive noise;

"environmental noise": a combination of usual noises from various sources, including noises that are exterior in origin, more or less regular in character, that can be detected within a given period, excluding any disruptive noise;

"holder": the driver, lessee, possessor or last registered owner of a registered motor vehicle;

"information-bearing noise": a disruptive noise involving verbal or musical elements separate from its other sound elements;

"inhabited place": a building or an unbuilt area in which or on which people reside, work or stay, and includes a dwelling, office building, hospital, camping ground or other similar place or part of such place constituting separate premises under the terms of an ordinance;

"intermittent noise": a recurring and disruptive noise;

"motor vehicle" or "vehicle": any vehicle driven other than by muscular force and adapted for transportation on public roads, but not on rails;

"noise with audible pure sounds": a disruptive noise whose sound energy is concentrated around certain frequencies;

"occupant": a person who stays, works or resides in a disturbed place;

"pulsating noise": a disruptive noise involving discrete impulses such as hammering or riveting;

"standardized noise": a disruptive noise to which has been applied, as a result of a measuring test in accord-

ANNEXE

Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3

SECTION I
DISPOSITIONS GÉNÉRALES

1. Aux fins du présent règlement, les mots suivants signifient :

« bruit à caractère impulsif » : un bruit perturbateur comportant des impulsions discrètes de bruit, tel le martelage ou le rivetage;

« bruit comportant des sons purs audibles » : un bruit perturbateur dont l'énergie acoustique est concentrée autour de certaines fréquences;

« bruit d'ambiance » : un ensemble de bruits habituels de diverses provenances, y compris des bruits d'origine extérieure, à caractère plus ou moins régulier et repérables dans un temps déterminé en dehors de tout bruit perturbateur;

« bruit de fond » : un bruit d'un niveau équivalent à la valeur atteinte ou dépassée par le bruit d'ambiance durant 95 % du temps d'observation;

« bruit fluctuant » : un bruit perturbateur dont le niveau subit des variations supérieures à celles qui sont retenues pour l'évaluation du bruit stable;

« bruit intermittent » : un bruit perturbateur entrecoupé de pauses;

« bruit normalisé » : un bruit perturbateur auquel a été appliqué, lors d'une mesure effectuée en conformité d'une ordonnance, l'indice de correction prescrit eu égard aux caractéristiques de ce bruit, à la durée d'émission et au bruit de fond; le nombre de décibels ainsi obtenu étant le niveau de l'intensité de bruit à retenir aux fins de comparaison avec les échelles maximales de tolérance établies dans cette ordonnance;

« bruit perturbateur » : un bruit repérable distinctement du bruit d'ambiance et considéré comme source aux fins d'analyse, et comprend un bruit défini comme tel au présent article;

« bruit porteur d'information » : un bruit perturbateur comportant des éléments verbaux ou musicaux distincts des autres éléments sonores qui le composent;

« bruit stable » : un bruit perturbateur dont le niveau ne subit pas de variations importantes entre certaines valeurs limites qui sont fonction du lieu et de la période de la journée, telles qu'établies par ordonnance;

ance with an ordinance, the prescribed correction index for the characteristics of such noise, the duration of its emission and background noise; the number of decibels thus reached is the noise intensity level to be retained for comparison with maximum tolerance scales determined by that ordinance;

"steady noise": a disruptive noise whose level indicates no major variations within certain limit values that are dependent on the location and on the time of day, as determined by ordinance;

"undulating noise": a disruptive noise whose level indicates variations greater than those determined for the evaluation of a steady noise;

"user": a person who uses an object, a device or an instrument through which a disruptive noise is emitted, and includes the owner, lessee or possessor of that object, device or instrument, or any person responsible thereof.

« détenteur » : notamment le conducteur, le locataire, le possesseur et le dernier propriétaire d'un véhicule automobile immatriculé;

« lieu habité » : un bâtiment ou un espace non bâti dans lequel ou sur lequel des personnes résident, travaillent ou séjournent, et comprend une habitation, un édifice à bureaux, un hôpital, un campement ou tout autre lieu analogue ou partie d'un tel lieu qui constitue un local distinct aux termes d'une ordonnance;

« lieu perturbé » : un lieu habité dont l'ambiance subit l'influence d'un bruit perturbateur;

« occupant » : une personne qui séjourne, travaille ou réside dans un lieu perturbé;

« usager » : une personne qui utilise un objet, un appareil ou un instrument au moyen duquel est émis un bruit perturbateur, et comprend le propriétaire, le locataire ou le possesseur d'un tel objet, appareil ou instrument, ou quiconque en a la garde;

« véhicule automobile » ou « véhicule » : un véhicule mû par un autre pouvoir que la force musculaire et adapté au transport sur les chemins publics mais non sur des rails.

2. Noise whose sound pressure level is greater than the maximum set by ordinance, or noise specifically prohibited under this by-law, constitutes a nuisance and is prohibited as being contrary to peace and order.

2. Le bruit dont le niveau de pression acoustique est supérieur au maximum fixé par ordonnance ou celui qui est spécifiquement prohibé par le présent règlement constitue une nuisance et est interdit comme étant contraire à la paix et à l'ordre publics.

SECTION II
NOISE PRODUCED BY A MOTOR VEHICLE

3. The provisions of this section apply at all times to any motor vehicle in the city, regardless of traffic conditions.

4. Any holder of a motor vehicle that produces a noise whose sound pressure level is greater than the maximum set by ordinance contravenes this by-law.

5. Despite article 4, where the noise produced by a motor vehicle results from a sudden maneuver intended to avoid an accident while the vehicle is running in accordance with traffic regulations, no offence is considered to have been committed.

6. Apart from the noise referred to in article 4, the following noises are specifically prohibited:

(1) noise produced by the banging of an object transported on a vehicle, or the banging of part of a vehicle;

SECTION II
BRUIT ÉMIS PAR UN VÉHICULE AUTOMOBILE

3. Les dispositions de la présente section sont applicables en tout temps, sans égard à l'état et aux conditions de la circulation, à tout véhicule automobile qui se trouve dans la ville.

4. Le détenteur d'un véhicule automobile qui émet un bruit d'un niveau de pression acoustique supérieur au maximum fixé par ordonnance contrevient au présent règlement.

5. Malgré l'article 4, si le bruit émis par le véhicule automobile est dû à une manœuvre brutale destinée à éviter un accident alors que le véhicule roule d'une manière conforme aux règlements de la circulation, aucune infraction n'est censée avoir été commise.

6. Outre le bruit mentionné à l'article 4, est spécifiquement prohibé :

1° le bruit provenant du claquement d'un objet transporté sur le véhicule ou du claquement d'une partie du véhicule;

(2) noise produced by the use of the motor of a vehicle at high revolutions, particularly on starting or stopping, or resulting from repeated accelerations;

(3) noise resulting from the needless or excessive use of a whistle, siren or similar device in a motor vehicle;

(4) excessive or unusual noise produced by a radio or any device designed to reproduce sounds in a motor vehicle.

7. Any holder of a motor vehicle in which or by the use of which is produced a noise specifically prohibited under article 6 contravenes this by-law.

SECTION III
NOISE IN INHABITED PLACES

8. No disruptive noise whose sound pressure level is greater than the maximum standardized noise level determined by ordinance, with respect to the inhabited place subjected to that emission, may be emitted.

9. In addition to the noise referred to in article 8, the following noises, where they can be heard from the outside, are specifically prohibited:

(1) noise produced by sound equipment, whether it is inside a building or installed or used outside;

(2) noise produced by a siren or other alarm device, except in accordance with a permit issued for that purpose or except in case of need;

(3) noise produced by a strolling musician with musical instruments or objects used as such, at all times where percussion or electrically powered instruments are used, and at night in other cases;

(4) noise resulting from cries, clamors, singing, altercations or cursing and any other form of uproar.

10. Noise having a sound pressure level higher than the one determined by ordinance is specifically prohibited in offices or commercial premises fitted with a sound system and in premises ordinarily used for dancing and music.

11. No noise specifically prohibited under articles 9 or 10 may be produced, whether or not it affects an inhabited place.

2° le bruit provenant de l'utilisation du moteur d'un véhicule à des régimes excessifs, notamment lors du démarrage ou de l'arrêt, ou produit par des accélérations répétées;

3° le bruit provenant de l'utilisation inutile ou abusive d'un sifflet, d'une sirène ou d'un appareil analogue dans un véhicule automobile;

4° le bruit excessif ou insolite provenant de la radio ou d'un appareil propre à reproduire des sons dans un véhicule automobile.

7. Le détenteur d'un véhicule automobile dans lequel ou à l'usage duquel est produit un bruit spécifiquement prohibé à l'article 6 contrevient au présent règlement.

SECTION III
BRUIT DANS LES LIEUX HABITÉS

8. L'émission d'un bruit perturbateur d'un niveau de pression acoustique supérieur au niveau maximal de bruit normalisé fixé par ordonnance à l'égard du lieu habité touché par cette émission est interdite.

9. Outre le bruit mentionné à l'article 8, est spécifiquement prohibé lorsqu'il s'entend à l'extérieur :

1° le bruit produit au moyen d'appareils sonores, qu'ils soient situés à l'intérieur d'un bâtiment ou qu'ils soient installés ou utilisés à l'extérieur;

2° le bruit d'une sirène ou d'un autre dispositif d'alerte, sauf en conformité d'un permis délivré à cet effet ou sauf en cas de nécessité;

3° le bruit produit par un musicien ambulant au moyen d'instruments de musique ou d'objets utilisés comme tels, en tout temps s'il est fait usage d'instruments à percussion ou d'instruments fonctionnant à l'électricité, et en période de nuit dans les autres cas;

4° le bruit de cris, de clameurs, de chants, d'altercations ou d'imprécations et toute autre forme de tapage.

10. Le bruit d'un niveau de pression acoustique supérieur au niveau fixé par ordonnance est spécifiquement prohibé dans un bureau ou un local commercial sonorisés et dans un local ordinairement utilisé pour la danse et la musique.

11. L'émission, touchant ou non un lieu habité, d'un bruit spécifiquement prohibé aux articles 9 ou 10, est interdite.

12. The director of the department responsible for the enforcement of this section may, at the request of the occupant of an inhabited place, make an analysis to determine the type, level and origin of any disruptive noise in the environment of that place.

13. The analysis referred to in article 12 must be made with the devices and in accordance with the measuring methods prescribed by ordinance, and those procedures must be noted in the analysis report.

Subject to the first paragraph, the analysis may, in the cases provided for by ordinance, consist in simply identifying the type, origin and level of noise, without using the devices and methods specified in the first paragraph, and in such cases, it must be so noted in the analysis report.

Despite the first paragraph, an analysis by simple identification is sufficient in the case of noises specifically prohibited under article 9.

14. Where the analysis report drawn up in accordance with article 13 established that a disruptive noise exceeds the maximum level set by ordinance or is a noise specifically prohibited under this by-law, a complaint may be filed against the user of the object, device or instrument through which that noise is produced, as well as against any person who may be responsible for its production.

15. A peace officer who believes on reasonable grounds that a person in a residential building is disturbed by a noise that he finds excessive in view of the time, location and other circumstances, may order any person causing that disturbance to stop immediately.

Any person who does not immediately comply with an order given by a peace officer in accordance with the first paragraph contravenes this by-law.

16. No permit may be issued for an establishment or an occupancy where the activities carried on in that establishment or for the purposes of that occupancy are inconsistent with the requirements of this by-law.

All activities producing, in the premises covered by a permit application, a noise that exceeds, in adjoining premises, the prescribed sound pressure level, are inconsistent under the terms of the first paragraph.

For the purposes of the first paragraph, the director of the department responsible for the enforcement of this

12. Le directeur du service chargé d'appliquer la présente section peut, à la demande de l'occupant d'un lieu habité, effectuer une analyse visant à déterminer le type, le niveau et la provenance d'un bruit qui perturbe l'ambiance d'un tel lieu.

13. L'analyse prévue à l'article 12 doit se faire à l'aide des appareils et suivant les méthodes de mesure prescrits par ordonnance et le procès-verbal d'analyse doit faire état de ces procédés.

Sous réserve du premier alinéa, l'analyse peut, dans les cas prévus par ordonnance, consister en une simple identification par la personne chargée d'effectuer l'analyse du type, de la provenance et du niveau du bruit, sans l'usage des appareils et méthodes mentionnés au premier alinéa et, dans ce cas, le procès-verbal d'analyse doit en faire mention.

Malgré le premier alinéa, l'analyse par simple identification suffit dans le cas des bruits spécifiquement prohibés à l'article 9.

14. Lorsque le procès-verbal de l'analyse effectuée conformément à l'article 13 établit que le bruit perturbateur dépasse le niveau maximal fixé par ordonnance ou est un bruit spécifiquement prohibé par le présent règlement, une plainte peut être déposée contre l'usager de l'objet, de l'appareil ou de l'instrument au moyen duquel ce bruit est émis, de même que contre la personne qui peut être responsable d'une telle émission.

15. L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire que la tranquillité d'une personne se trouvant dans un bâtiment d'habitation est troublée par un bruit qu'il estime excessif compte tenu de l'heure, du lieu et de toutes autres circonstances, peut ordonner à quiconque cause cette nuisance de la faire cesser immédiatement.

Quiconque n'obtempère pas sur-le-champ à l'ordre de l'agent de la paix donné conformément au premier alinéa contrevient au présent règlement.

16. Aucun permis ne peut être délivré pour un établissement ou une occupation lorsque les activités exercées dans cet établissement ou aux fins de cette occupation sont incompatibles avec les exigences du présent règlement.

Sont incompatibles au sens du premier alinéa les activités produisant dans le local qui fait l'objet de la demande de permis un bruit qui dépasse, dans un local voisin, le niveau de pression acoustique réglementaire.

Aux fins du premier alinéa, le directeur du service chargé de l'application du présent règlement peut faire

by-law may have a technical assessment made of the noise produced by similar activities.

17. A permit issued after the verifications provided for in article 16 does not exempt any person from the application of this by-law.

18. No permit may be issued for an establishment or an occupancy listed below, whose premises are next to a building or part of a building occupied for residential purpose and located in a zone where housing is authorized:

(1) dance hall, dance floor;

(2) demolition material site;

(3) discothèque;

(4) dump;

(5) entertainment hall;

(6) establishment comprising commercial premises fitted with a sound system;

(7) music studio, music rehearsal studio;

(8) open-air site for junk or second-hand goods;

(9) reception hall;

(10) scrap site.

For the purposes of the first paragraph, the word "premises" includes the open-air site of a site or dump referred to in paragraphs 2, 4, 8 and 10.

19. Articles 16 to 18 prevail over the provisions of any other by-law.

SECTION IV
ORDINANCES

20. For the purposes of this by-law, the executive committee may, by ordinance:

(1) designate the department director responsible for the enforcement of this by-law or one of its sections;

(2) determine the sound pressure level of noise which, in the circumstances described and in the cases referred to in this by-law, may not be exceeded;

(3) determine a proper method of measuring noise intensity;

procéder à une évaluation technique du bruit produit par de semblables activités.

17. Un permis délivré après les vérifications prévues à l'article 16 n'a pas pour effet d'exempter quiconque de l'application du présent règlement.

18. Aucun permis ne peut être délivré pour un établissement ou une occupation ci-après mentionné, dont le local est adjacent à un bâtiment ou à une partie d'un bâtiment occupé à des fins d'habitation et qui se trouve dans une zone où l'habitation est autorisée :

1° dépôt d'articles de bric-à-brac ou d'effets d'occasion exploité en plein air;

2° dépôt de ferraille;

3° dépôt de matériaux provenant de démolition;

4° dépotoir;

5° discothèque;

6° établissement comportant un local commercial sonorisé;

7° salle de danse, parquet de danse;

8° salle de réception;

9° salle de spectacle;

10° studio de musique, studio de répétition de musique.

Aux fins de l'application du premier alinéa, le mot « local » comprend le site d'opérations en plein air d'un dépôt ou d'un dépotoir mentionné aux paragraphes 1, 2, 3 et 4.

19. Les articles 16 à 18 prévalent sur toute disposition d'un autre règlement.

SECTION IV
ORDONNANCES

20. Aux fins de l'application du présent règlement, le comité exécutif peut, par ordonnance :

1° désigner le directeur du service chargé de l'application du présent règlement ou d'une de ses sections;

2° fixer le niveau de pression acoustique du bruit qui, dans les circonstances décrites et les cas mentionnés au présent règlement, ne peut être dépassé;

3° déterminer toute méthode appropriée de mesure de l'intensité d'un bruit;

(4) designate or describe any device or instrument to be used for measurement, analysis or other operations;

(5) determine certain areas where noise standards may need to be specified;

(6) single out certain periods of the day;

(7) set the terms and form of any notice.

For the purposes of section II, the executive committee may, by ordinance, determine different categories of vehicles.

For the purpose of section III, the executive committee may, by ordinance:

(1) prescribe methods for normalizing the noises measured;

(2) classify inhabited places into separate premises on the basis of the type of occupancy;

(3) determine the terms of exception to articles 9, 10 or 11 under circumstances or on the occasion of events, celebrations or demonstrations it specifies or authorizes.

SECTION V
PENAL PROVISIONS

21. Any person who contravenes this by-law is guilty of an offence and is liable:

(1) for a first offence, to a fine of $100 to $300;

(2) for a second offence, to a fine of $300 to $500;

(3) for a subsequent offence, to a fine of $500 to $1000.

Charter of the city of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102

517. For greater certainty as to the powers conferred on the council by article 516, but without restricting the scope thereof and subject to the reservations which it contains, and without restricting the scope of the powers otherwise conferred on the council by this charter, the authority and jurisdiction of the council extend to all the following matters:

a. the raising of money by taxation;

b. the borrowing of money on the city's credit;

4° désigner ou décrire tout appareil ou instrument à utiliser lors des mesures, analyses ou autres opérations;

5° déterminer certaines aires à l'égard desquelles il estime nécessaire de particulariser les normes de bruit;

6° distinguer certaines périodes de la journée;

7° établir les modalités et la forme de tout avis.

Aux fins de l'application de la section II, le comité exécutif peut, par ordonnance, établir différentes catégories de véhicule.

Aux fins de l'application de la section III, le comité exécutif peut, par ordonnance :

1° prescrire les méthodes de normalisation des bruits mesurés;

2° classifier les lieux habités en locaux distincts suivant leur mode d'utilisation;

3° déterminer, dans les circonstances ou à l'occasion d'événements, de fêtes ou de manifestations qu'il précise ou autorise, les modalités d'exception aux articles 9, 10 et 11.

SECTION V
DISPOSITIONS PÉNALES

21. Quiconque contrevient au présent règlement commet une infraction et est passible :

1° pour une première infraction, d'une amende de 100 $ à 300 $;

2° pour une première récidive, d'une amende de 300 $ à 500 $;

3° pour toute récidive additionnelle, d'une amende de 500 $ à 1 000 $.

Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-60, ch. 102

517. Pour plus ample certitude sur les pouvoirs conférés au conseil par l'article 516, mais sans en restreindre la portée et sous les réserves qu'il contient, sans restreindre non plus l'étendue des pouvoirs que cette charte attribue par ailleurs au conseil, l'autorité et la juridiction de ce dernier s'étendent à toutes les matières suivantes :

a) la perception de deniers par l'imposition de taxes;

b) l'emprunt d'argent sur le crédit de la cité;

c. streets, lanes and highways, and the right of passage above, across, along or beneath the same;

d. sewers, drains and aqueducts;

e. parks, squares and ferries;

f. licenses for trading and peddling;

g. the public order, peace and safety;

h. health and sanitation;

i. vaccination and inoculation;

j. public works and improvements;

k. explosive substances;

l. nuisances;

m. markets and abattoirs;

n. decency and good morals;

o. masters and servants;

p. water, light, heat, electricity and railways;

q. the granting of franchises and privileges;

r the inspection of food;

s. generally all matters concerning the proper administration of the affairs of the city, public interest and the welfare of its population.

. . . .

520. Without prejudice to articles 516, 517, 518 and 519 and subject to the provisions of articles 529 to 538, the council may, by by-law:

. . .

72. Define what shall constitute a nuisance and abate the same, and impose fines upon persons who create nuisances or permit them to exist;

. . .

Appeal allowed with costs, BINNIE J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Charest, Séguin, Caron, Montréal.

c) les rues, ruelles et voies publiques et le droit de passage au-dessus, au travers, le long ou au-dessous de celles-ci;

d) les égouts, drains et aqueducs;

e) les parcs, squares et traverses;

f) les licences de commerce et de colportage;

g) l'ordre, la paix et la sécurité publics;

h) l'hygiène et la salubrité;

i) la vaccination et l'inoculation;

j) les travaux et améliorations publics;

k) les substances explosibles;

l) les nuisances;

m) les marchés et abattoirs;

n) la décence et les bonnes mœurs;

o) les maîtres et serviteurs;

p) l'eau, la lumière, le chauffage, l'électricité et les chemins de fer;

q) l'octroi de franchises et de privilèges;

r) l'inspection des aliments;

s) généralement tout ce qui concerne la bonne administration des affaires de la cité, l'intérêt public et le bien-être de sa population.

. . .

520. Sans préjudice des articles 516, 517, 518 et 519 et sous réserve des dispositions des articles 529 à 538, le conseil peut, par règlement :

. . .

72° Définir ce qui constitue une nuisance; prohiber et supprimer les nuisances et imposer des amendes aux personnes qui en créent ou en laissent subsister,

. . .

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge BINNIE *est dissident.*

Procureurs de l'appelante : Charest, Séguin, Caron, Montréal.

Solicitors appointed by the Court as amicus curiae: Beauchemin, Paquin, Jobin, Brisson & Philpot, Montréal.

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

Procureurs nommés par la Cour en qualité d'amicus curiae : Beauchemin, Paquin, Jobin, Brisson & Philpot, Montréal.

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

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2005 Vol. 3

2e cahier, 2005 Vol. 3

Cited as [2005] 3 S.C.R. 217-424

Renvoi [2005] 3 R.C.S. 217-424

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	GINETTE MIGNEAULT	ANNE-MARIE NOËL
PAULINE MCTAVISH		PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2005.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2005.

CONTENTS

Boucher *v.* Stelco Inc. **279**

Pensions — Pension plans — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether Quebec Superior Court may rule on conclusions sought in action.

Civil procedure — Exception to dismiss action — Res judicata — Issue estoppel — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether action inadmissible in light of civil law principles relating to res judicata and common law principles relating to estoppel — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3137.

Private international law — Jurisdiction of Quebec courts — Doctrine of forum non conveniens — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether Superior Court had to decline jurisdiction based on doctrine of forum non conveniens — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3135.

Contino *v.* Leonelli-Contino **217**

Family law — Maintenance — Federal Child Support Guidelines — Shared custody — Proper approach to application of s. 9 of Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.

Kirkbi AG *v.* Ritvik Holdings Inc. **302**

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Trade and commerce — Trade-marks — Whether provision creating statutory action of passing off in federal trade-mark legislation ultra vires Parliament — Whether federal trade-marks legislation valid exercise of Parliament's general trade and commerce power — Constitution Act, 1867, s. 91(2) — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 7(b).

Trade-marks — Unfair competition — Passing-off action — Unregistered trade-marks — Doctrine of

Continued on next page

SOMMAIRE

Boucher *c.* Stelco Inc. **279**

Pensions — Régimes de retraite — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail pour obtenir une pension anticipée — La Cour supérieure du Québec peut-elle se prononcer sur les conclusions de cette action?

Procédure civile — Moyens de non-recevabilité — Chose jugée — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail pour obtenir une pension anticipée — Vu les règles de la chose jugée en droit civil et celles de la préclusion en common law, l'action est-elle irrecevable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3137.

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Doctrine du forum non conveniens — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail pour obtenir une pension anticipée — La Cour supérieure devait-elle décliner compétence en vertu de la doctrine du forum non conveniens? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135.

Contino *c.* Leonelli-Contino **217**

Droit de la famille — Pension alimentaire — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Garde partagée — Application appropriée de l'art. 9 des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.

Kirkbi AG *c.* Gestions Ritvik Inc. **302**

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Échanges et commerce — Marques de commerce — La disposition codifiant l'action pour commercialisation trompeuse dans la loi fédérale sur les marques de

Suite à la page suivante

functionality — Toy manufacturer asserting unregistered trade-mark in LEGO blocks consisting of distinctive orthogonal pattern of raised studs distributed on top of each block — Whether unregistered functional mark can form basis of action claiming passing off under s. 7(b) of Trade-marks Act — Whether doctrine of functionality applicable only to registered trade-marks — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 7(b).

Torts — Passing off — Conditions to establish liability.

Mikisew Cree First Nation *v.* Canada (Minister of Canadian Heritage) **388**

Indians — Treaty rights — Crown's duty to consult — Crown exercising its treaty right and "taking up" surrendered lands to build winter road to meet regional transportation needs — Proposed road reducing territory over which Mikisew Cree First Nation would be entitled to exercise its treaty rights to hunt, fish and trap — Whether Crown had duty to consult Mikisew — If so, whether Crown discharged its duty — Treaty No. 8.

Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples

Appeal — Role of intervener — New argument.

R. *v.* Escobar-Benavidez **386**

Criminal law — Charge to jury — Criminal record of accused — Post-offence conduct.

R. *v.* Pires; R. *v.* Lising **343**

Criminal law — Interception of private communications — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Accused denied leave to cross-examine peace officer who filed affidavit in support of wiretap authorizations — Whether accused entitled as of right to cross-examine affiant — Whether Garofoli approach should be abandoned.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Right to full answer and defence — Interception of private communications — Accused denied leave to cross-examine peace officer who filed affidavit in support of wiretap authorizations — Whether requirement that leave be granted to cross-examine affiant consistent with Charter principles.

R. *v.* Rodrigue **384**

Criminal law — Firearms — Possession of weapon for dangerous purpose — Intention to use weapon.

commerce excède-t-elle la compétence du Parlement? — La loi fédérale sur les marques de commerce représente-t-elle un exercice valide de la compétence du Parlement relative aux échanges et au commerce en général? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2) — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 7b).

Marques de commerce — Concurrence déloyale — Action pour commercialisation trompeuse — Marques de commerce non déposées — Principe de la fonctionnalité — Fabricant de jouets invoquant, à l'égard des briques LEGO, une marque de commerce non déposée constituée d'une configuration orthogonale distinctive de tenons sur le dessus de chaque brique — Une marque fonctionnelle non déposée peut-elle servir de fondement à une action pour commercialisation trompeuse en vertu de l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce? — Le principe de la fonctionnalité s'applique-t-il uniquement aux marques de commerce déposées? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 7b).

Responsabilité délictuelle — Commercialisation trompeuse — Conditions requises pour qu'il y ait responsabilité.

Première nation crie Mikisew *c.* Canada (Ministre du Patrimoine canadien) **388**

Indiens — Droits issus de traités — Obligation de consultation de la Couronne — Exercice par la Couronne du droit issu du traité et « prise » de terres cédées afin de construire une route d'hiver pour répondre aux besoins régionaux en matière de transport — Route proposée réduisant le territoire sur lequel la Première nation crie Mikisew aurait le droit d'exercer ses droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter les Mikisew? — Dans l'affirmative, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Traité n° 8.

Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones.

Appel — Rôle de l'intervenant — Nouvel argument.

R. *c.* Escobar-Benavidez **386**

Droit criminel — Exposé au jury — Casier judiciaire de l'accusé — Comportement de l'accusé postérieur à l'infraction.

R. *c.* Pires; R. *c.* Lising **343**

Droit criminel — Interception de communications privées — Droit de l'accusé de contre-interroger relativement aux affidavits — Refus aux accusés du droit de contre-interroger le policier ayant souscrit l'affidavit à l'appui des autorisations d'écoute électronique — L'accusé peut-il

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

contre-interroger de plein droit le déposant? — L'approche adoptée dans Garofoli doit-elle être abandonnée?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie abusive — Droit à une défense pleine et entière — Interception de communications privées — Refus aux accusés du droit de contre-interroger le policier ayant déposé l'affidavit à l'appui des autorisations d'écoute électronique — L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger le déposant est-elle compatible avec les principes de la Charte?

R. *c.* Rodrigue **384**

Droit criminel — Armes à feu — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — Intention d'utiliser l'arme.

Joanne Leonelli-Contino *Appellant*

v.

Joseph Contino *Respondent*

INDEXED AS: CONTINO *v.* LEONELLI-CONTINO

Neutral citation: 2005 SCC 63.

File No.: 30100.

2005: January 14; 2005: November 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Family law — Maintenance — Federal Child Support Guidelines — Shared custody — Proper approach to application of s. 9 of Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.

The appellant mother and the respondent father entered into a separation agreement in 1992. The separation agreement provided for joint custody of their son, whose daily residence was to be with his mother, and for the payment by the father of $500 per month in child support. In 1998, this amount was raised to $563. Three years later, the father applied for a reduction in the amount of child support pursuant to s. 9 of the *Federal Child Support Guidelines* because the child was now in his physical custody 50 percent of the time. Both parties filed their 1998, 1999 and 2000 tax returns as well as their respective financial statements. At the time, the mother's income was about $68,000 and the father's around $87,000. Both parties attributed 50 percent of their fixed and variable expenses to the child. The mother and father respectively assigned $1,916.95 and $1,814 of their total expenses to the child. The motions judge granted the motion and reduced the amount of child support to $100 per month. The Divisional Court set aside the decision and ordered the father to pay the full Table amount of $688 per month. The Court of Appeal reduced the monthly amount payable by the father to $399.61. It used the simple set-off amount as a starting point for determining the support amount (s. 9(*a*)) and adjusted the set-off amount by applying a multiplier of 67.6 percent to account for the mother's fixed

Joanne Leonelli-Contino *Appelante*

c.

Joseph Contino *Intimé*

RÉPERTORIÉ : CONTINO *c.* LEONELLI-CONTINO

Référence neutre : 2005 CSC 63.

N° du greffe : 30100.

2005 : 14 janvier; 2005 : 10 novembre.

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

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

Droit de la famille — Pension alimentaire — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Garde partagée — Application appropriée de l'art. 9 des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.

En 1992, la mère appelante et le père intimé ont conclu un accord de séparation prévoyant qu'ils auraient la garde conjointe de leur fils, que ce dernier résiderait principalement chez sa mère et que le père verserait une pension alimentaire de 500 $ par mois pour l'enfant. En 1998, ce montant est passé à 563 $. Trois ans plus tard, le père a demandé la diminution du montant de la pension alimentaire sur le fondement de l'art. 9 des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, alléguant qu'il avait désormais la garde de son fils la moitié du temps. Les deux parties ont déposé leurs déclarations de revenus pour 1998, 1999 et 2000, ainsi que leurs états financiers respectifs. Le revenu approximatif de la mère s'élevait alors à 68 000 $, et celui du père à 87 000 $. Les deux parties ont imputé à l'enfant 50 p. 100 de leurs dépenses fixes et variables. La mère et le père ont déclaré respectivement des dépenses totales de 1 916,95 $ et de 1 814 $ pour l'enfant. La juge des requêtes a accueilli la demande et ordonné que le montant de la pension alimentaire soit abaissé à 100 $ par mois. La Cour divisionnaire a annulé la décision et ordonné au père de verser le plein montant prévu dans la table, soit 688 $ par mois. La Cour d'appel a réduit le montant exigible du père, le fixant à 399,61 $ par mois. Elle a utilisé le montant issu de la simple compensation comme point de départ (al. 9*a*)), l'a rajusté à l'aide

costs (s. 9(*b*)) and by taking the actual situation of the parents and the child into account (s. 9(*c*)).

Held (Fish J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.: Section 9 of the Guidelines expressly provides for a particular regime in cases of shared custody, and this implies a departure from the payor/recipient model that comes under s. 3. Section 9 requires a court to determine the amount of child support in accordance with the three listed factors once the 40 percent threshold is met. The specific language of s. 9 warrants emphasis on flexibility and fairness to ensure that the economic reality and particular circumstances of each family are properly accounted for. The three factors structure the exercise of the discretion and none of them should prevail. The weight given to each factor will vary according to the particular facts of each case. Under s. 9, there is no presumption in favour of awarding at least the Guidelines amount under s. 3. Nor is there a presumption in favour of reducing the parent's child support obligation downward from the Guidelines amount, as it is possible that, after a careful review of all of the factors in s. 9, a court will come to the conclusion that the Guidelines amount is the proper amount of child support. [19-31] [39]

Under s. 9(*a*), a court is required to take the financial situations of both parents into account, but the provision does not include a conclusive formula to determine how the Table amounts are to be considered or accounted for. The simple set-off amount is the preferable starting point for the s. 9 analysis, but it must be followed by an examination of the continuing ability of the recipient parent to meet the needs of the child, especially in light of the fact that many costs are fixed. Where both parents are making effective contributions, it is necessary to verify how each parent's actual contribution compares to the Table amount that is provided for each of them when considered payor parents. This will provide the judge with better insight when deciding whether the adjustments to be made to the set-off amount are based on the actual sharing of child-related expenses. The court retains the discretion to modify the set-off amount where, considering the financial realities of the parents, it would lead to a significant variation in the standard of living experienced by the children as they move from one household to the other. [40-51]

Section 9(*b*) does not refer merely to the expenses assumed by the payor parent as a result of the increase in access time from less than 40 percent to more than

d'un multiplicateur de 67,6 p. 100 pour tenir compte des dépenses fixes de la mère (al. 9*b*)) et a pris en considération la situation réelle des parents et de l'enfant (al. 9*c*)).

Arrêt (le juge Fish est dissident) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron : L'article 9 des lignes directrices prévoit expressément l'application d'un régime particulier en cas de garde partagée, ce qui suppose une dérogation au modèle débiteur/créancier établi à l'art. 3. Il exige du tribunal qu'il détermine le montant de la pension alimentaire pour enfants en fonction des trois facteurs énumérés dès que le seuil de 40 p. 100 est atteint. Son libellé justifie l'accent mis sur la souplesse et l'équité afin que la réalité financière et la situation particulière de chacune des familles soient dûment prises en compte. Les trois facteurs encadrent l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et aucun ne doit primer. L'importance accordée à chacun variera selon les faits de l'espèce. Il n'existe ni présomption en faveur d'une ordonnance alimentaire dont le montant est au moins égal à celui issu de l'application de l'art. 3 des lignes directrices, ni présomption en faveur d'une réduction de l'obligation alimentaire d'un parent déterminée conformément aux lignes directrices, et il est possible que, après avoir examiné attentivement tous les facteurs de l'art. 9, le tribunal arrive à la conclusion que le montant prévu par les lignes directrices demeure indiqué. [19-31] [39]

Suivant l'alinéa 9*a*), le tribunal doit tenir compte de la situation financière des deux parents, mais la manière de prendre en compte les montants figurant dans les tables n'est pas précisée. La méthode de la compensation simple offre un meilleur point de départ pour l'analyse que commande l'art. 9, mais il faut ensuite se demander si le parent créancier est toujours en mesure de subvenir aux besoins de l'enfant, d'autant plus que de nombreux coûts sont fixes. Lorsque les deux parents contribuent, il faut confronter leur contribution respective avec ce que prévoit la table pour chacun d'eux à titre de parent débiteur. Le juge peut alors mieux décider si le rajustement qui doit être apporté au montant issu de la compensation se fonde sur le partage réel des dépenses liées à l'enfant. Le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de modifier le montant issu de la compensation lorsque, en raison de la situation financière réelle des parents, il en résulterait un changement important du niveau de vie de l'enfant chaque fois qu'il passerait d'un ménage à l'autre. [40-51]

L'alinéa 9*b*) ne vise pas seulement les dépenses que le parent débiteur doit assumer du fait que son droit d'accès passe de moins de 40 p. 100 à plus de 40 p. 100.

40 percent. This paragraph recognizes that the total cost of raising children may be greater in shared custody situations than in sole custody situations. Given that some applications under s. 9 are not meant to obtain a variation order but constitute a first order and that the Table amounts in the Guidelines do not assume that the payor parent pays for any expense for the child, the court will consider all of the payor parent's costs. The court will examine the budgets and actual expenditures of both parents in addressing the needs of the children and determine whether shared custody has resulted in increased costs globally. These expenses will be apportioned between the parents in accordance with their respective incomes. [52-53]

Lastly, s. 9(*c*) vests the court with a broad discretion to analyse the resources and needs of both the parents and the children. It is important to keep in mind the objectives of the Guidelines, requiring a fair standard of support for the child and fair contributions from both parents. The court will look at the standard of living of the child in each household and the ability of each parent to absorb the costs required to maintain the appropriate standard of living in the circumstances. Financial statements and/or child expense budgets are necessary for a proper evaluation of s. 9(*c*). There is no need to resort to s. 10 and s. 7 of the Guidelines either to increase or to reduce support, since the court has full discretion under s. 9(*c*) to consider "other circumstances" and order the payment of any amount above or below the Table amounts. It may be that s. 10 would find application in an extraordinary situation, but that is certainly not the case here. [68-72]

It is important that the parties lead evidence relating to ss. 9(*b*) and 9(*c*), and courts should demand information from the parties when the evidence is deficient. A court should neither make "common sense" assumptions about costs incurred by the payor parent, nor apply a multiplier to account for the fixed costs of the recipient parent. [56-57]

Taking into consideration all the factors prescribed in s. 9 and applying them to the particular factual context of this case, the mother should be awarded the sum of $500 per month in child support. [73-80]

Per Fish J. (dissenting): Support orders under s. 9 of the Guidelines are discretionary by design, but constrained by principle and subject to the overriding requirement of fitness. In determining an appropriate

Il reconnaît que le coût total de l'éducation d'un enfant peut être plus élevé dans le cadre d'une garde partagée que dans celui d'une garde exclusive. Étant donné que certaines demandes fondées sur l'art. 9 ne visent pas la modification d'une ordonnance alimentaire, mais l'obtention d'une ordonnance initiale, et que les montants figurant dans les tables pour l'application des lignes directrices ne supposent pas que le parent débiteur prend à sa charge quelque dépense de l'enfant, le tribunal considérera tous les frais du parent débiteur. Il examinera les budgets et les dépenses réelles des deux parents pour l'enfant et décidera si la garde partagée a eu pour effet d'accroître globalement les coûts. Ceux-ci seront répartis entre les parents en fonction de leurs revenus respectifs. [52-53]

Enfin, l'alinéa 9*c*) confère au tribunal le vaste pouvoir discrétionnaire d'analyser les ressources et les besoins à la fois des parents et des enfants. Il importe de garder présents à l'esprit les objectifs des lignes directrices — normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants et juste contribution de chacun des parents. Le tribunal se penchera sur le niveau de vie de l'enfant dans chacun des ménages et sur la capacité de chacun des parents de supporter le coût du maintien du niveau de vie voulu dans les circonstances. Les états financiers ou les budgets des dépenses pour l'enfant, ou les deux, sont nécessaires pour effectuer correctement l'évaluation que commande l'al. 9*c*). Point n'est besoin de recourir aux art. 10 et 7 des lignes directrices pour augmenter ou réduire le montant de la pension alimentaire, puisque l'al. 9*c*) investit le tribunal du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la « situation [générale] » et d'ordonner le versement d'un montant supérieur ou inférieur à celui que prévoit la table. L'article 10 pourrait s'appliquer dans un cas exceptionnel, mais certainement pas en l'espèce. [68-72]

Il importe que les parties présentent une preuve relativement aux al. 9*b*) et *c*), et le tribunal doit exiger qu'elles fournissent des éléments de preuve suffisants. Le tribunal ne doit ni formuler d'hypothèses « logiques » concernant les frais engagés par le parent débiteur ni utiliser un multiplicateur pour tenir compte des frais fixes du parent créancier. [56-57]

Au vu de tous les facteurs prévus à l'art. 9 et de leur application aux faits de la présente affaire, il convient d'accorder à la mère une pension alimentaire de 500 $ par mois pour l'enfant. [73-80]

Le juge Fish (dissident) : L'ordonnance alimentaire visée à l'art. 9 des lignes directrices est discrétionnaire à dessein tout en étant assujettie non seulement à des considérations de principe, mais aussi à l'exigence

award, all the governing factors set out in s. 9 must be considered. "Appropriate" does not mean mathematically or methodologically ascertainable with precision. It means within an acceptable range that is in each case determined by applying in a principled manner the s. 9 factors to the proven facts and particular circumstances of the matter. An appropriate support order in this case should ensure insofar as possible that the child of the parties enjoys a standard of living that is reasonably comparable to his standard of living before the divorce and does not vary markedly in material respects moving from one household to the other. The method for achieving this outcome should be evidence-based. [92] [103] [105]

Section 9(*a*) of the Guidelines requires the court to take the Table amounts into account in fixing child support for shared custody arrangements. The simple set-off of the Table amounts for sole custody may be a convenient starting point in a global consideration of all the factors that must be weighed under s. 9. The purpose of s. 9(*b*) is to ensure that the increased costs of shared custody are properly reflected in the support order. This relates essentially to the duplication of fixed costs and to other expenses that result from the exigencies of shared custody. The extent of the duplication of fixed costs will generally be apparent from the budgets submitted by the parties. However, where there is no evidentiary basis for taking into account the increased costs of shared custody arrangements, a court should not resort to multipliers, but instead can reopen the hearing for that purpose. Section 9(*c*) is the appropriate place for an apportionment of certain expenditures according to the respective incomes of the parents, including the duplicated expenses identified pursuant to s. 9(*b*). Finally, having applied all the s. 9 factors and in spite of the broad language of s. 9(*c*), a trial judge may still not have arrived at a just award. In such cases, s. 10(1) of the Guidelines allows a court to "award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9". [114-18] [125] [130-31]

In this case, the set-off amount is $128 per month, and only two types of expenditures should be equalized between the parents: the duplications and other incremental costs inherent in shared custody, which s. 9(*b*) requires a court to consider, and the variable child care costs that might otherwise be shared by the

prédominante de l'adéquation. Pour déterminer le montant approprié de la pension alimentaire, le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs pertinents énoncés à l'art. 9. Le montant « approprié » n'est pas déterminé avec précision de manière mathématique ou à l'aide d'une méthode. Il se situe plutôt à l'intérieur de limites acceptables qui, dans chacun des cas, sont déterminées par l'application raisonnée des facteurs de l'art. 9 aux faits établis par la preuve et aux circonstances particulières de l'affaire. L'ordonnance alimentaire appropriée en l'espèce devrait, dans la mesure du possible, faire en sorte que l'enfant des parties jouisse d'un niveau de vie qui soit raisonnablement comparable à celui d'avant le divorce et qui, à tous égards importants, ne diffère pas nettement d'un ménage à l'autre. La démarche permettant d'atteindre ce résultat doit être fondée sur la preuve. [92] [103] [105]

L'alinéa 9*a*) des lignes directrices exige que le tribunal tienne compte des montants figurant dans les tables pour fixer le montant de la pension alimentaire en cas de garde partagée. La compensation simple des montants figurant dans les tables pour la garde exclusive peut constituer un point de départ pratique pour l'examen global de tous les facteurs qui doivent être soupesés suivant l'art. 9. L'alinéa 9*b*) a pour objet de faire en sorte que l'ordonnance alimentaire tienne dûment compte des coûts plus élevés associés à la garde partagée. Ces coûts s'entendent essentiellement du doublement des coûts fixes et des autres dépenses qu'impose la garde partagée. Généralement, l'importance du doublement des coûts fixes se dégagera des budgets présentés par les parties. Toutefois, lorsque aucune preuve ne permet d'établir les coûts plus élevés associés à la garde partagée, le tribunal ne devrait pas recourir à un multiplicateur, mais reprendre l'audience et compléter la preuve. C'est à l'étape correspondant à l'al. 9*c*) qu'il convient de répartir certaines dépenses selon les revenus respectifs des parents, y compris le doublement des dépenses identifiées en application de l'al. 9*b*). Enfin, après avoir tenu compte de tous les facteurs de l'art. 9 et malgré le libellé général de l'al. 9*c*), un juge de première instance aurait quand même pu ne pas rendre une ordonnance alimentaire juste. En pareil cas, le par. 10(1) des lignes directrices autorise le tribunal à « fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9 ». [114-118] [125] [130-131]

En l'espèce, le montant issu de la compensation s'élève à 128 $ par mois et seules deux catégories de dépenses devraient être réparties également entre les parents : les doublements et autres coûts supplémentaires inhérents à la garde partagée, dont l'al. 9*b*) commande l'examen, et les dépenses variables occasionnées

parents. Furthermore, there are two non-numerical factors under s. 9(*c*) that must be taken into account: the disparity between the net assets of the parents and, since this case involves a modification and not an initial support order, the arrangement in effect prior to shared custody. The monthly child support previously paid by the father is an important consideration in the circumstances of this case because the mother incurred fixed costs that were in part a function of the support she was receiving at the time. However, the support previously paid creates no entitlement to continued support at the same level where the parties have moved to shared custody. The Court of Appeal awarded a support order of $399.61. This award lies within the acceptable range. The Court of Appeal set out the basic principles correctly. Its unfortunate observation as to the permissible use in some circumstances of a "stock multiplier" had no bearing on its conclusion, and the limited effect of its resort to a multiplicative factor is adequately compensated by the other factors. [129] [132] [137] [145] [150] [154]

Cases Cited

By Bastarache J.

Distinguished: *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250; **referred to:** *Green v. Green* (2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242; *Jamieson v. Jamieson*, [2003] N.B.J. No. 67 (QL), 2003 NBQB 74; *Berry v. Hart* (2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659; *Fletcher v. Keilty* (2004), 269 N.B.R. (2d) 302, 2004 NBCA 34; *Slade v. Slade* (2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2; *Dean v. Brown* (2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124; *Hill v. Hill* (2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33; *Cabot v. Mikkelson* (2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107; *Dennis v. Wilson* (1997), 104 O.A.C. 250; *Wylie v. Leclair* (2003), 64 O.R. (3d) 782; *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)* (2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297; *Luedke v. Luedke* (2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327; *Gieni v. Gieni* (2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87; *Middleton v. MacPherson* (1997), 204 A.R. 37; *Moran v. Cook* (2000), 9 R.F.L. (5th) 352; *Harrison v. Harrison* (2001), 14 R.F.L. (5th) 321; *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

By Fish J. (dissenting)

Paras v. Paras, [1971] 1 O.R. 130.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15(8) [now repealed], 17(8) [now repealed], 26.1(2) [ad. 1997, c. 1, s. 11].

par l'enfant et que peuvent par ailleurs se partager les parents. En outre, pour les besoins de l'al. 9*c*), deux facteurs non numériques doivent être soupesés : la disparité des avoirs nets des parents et, puisqu'il s'agit en l'espèce d'une demande de modification, et non d'une demande d'ordonnance initiale, la situation antérieure à la garde partagée. La pension alimentaire mensuelle versée par le père auparavant est une considération importante dans les circonstances de l'espèce, car les coûts fixes de la mère en dépendaient en partie. Cependant, elle n'est pas acquise une fois que les parties optent pour la garde partagée. La Cour d'appel a accordé une pension alimentaire de 399,61 $ par mois, ce qui se situe dans les limites acceptables établies. Elle a bien énoncé les principes de base. Sa malencontreuse observation concernant la possibilité de recourir à un « multiplicateur type » dans certaines circonstances n'a nullement entaché sa conclusion, et son recours restreint à un facteur multiplicatif est amplement contrebalancé par les autres facteurs. [129] [132] [137] [145] [150] [154]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Distinction d'avec l'arrêt : *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250; **arrêts mentionnés :** *Green c. Green* (2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S 27; *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242; *Jamieson c. Jamieson*, [2003] A.N.-B. n° 67 (QL), 2003 NBQB 74; *Berry c. Hart* (2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659; *Fletcher c. Keilty* (2004), 269 R.N.-B. (2e) 302, 2004 NBCA 34; *Slade c. Slade* (2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2; *Dean c. Brown* (2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124; *Hill c. Hill* (2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33; *Cabot c. Mikkelson* (2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107; *Dennis c. Wilson* (1997), 104 O.A.C. 250; *Wylie c. Leclair* (2003), 64 O.R. (3d) 782; *E. (C.R.H.) c. E. (F.G.)* (2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297; *Luedke c. Luedke* (2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327; *Gieni c. Gieni* (2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87; *Middleton c. MacPherson* (1997), 204 A.R. 37; *Moran c. Cook* (2000), 9 R.F.L. (5th) 352; *Harrison c. Harrison* (2001), 14 R.F.L. (5th) 321; *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130.

Citée par le juge Fish (dissident)

Paras c. Paras, [1971] 1 O.R. 130.

Lois et règlements cités

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175, art. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10.

Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175, ss. 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10.

Authors Cited

Canada. Department of Justice. Child Support Team. Research Report. *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report*. Ottawa: The Department, 1997.

Canada. Department of Justice. *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines*, vol. 2. Ottawa: The Department, 2002.

Colman, Gene C. "*Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines" (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63.

Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. *Child Support: Public Discussion Paper*. Ottawa: The Committee, 1991.

Finnie, Ross, Carolina Giliberti and Daniel Stripinis. *An Overview of the Research Program to Develop a Canadian Child Support Formula*. Ottawa: Department of Justice, 1995.

MacDonald, James C., and Ann C. Wilton. *Child Support Guidelines: Law and Practice*, 2nd ed., vol. 1. Toronto: Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2004, release 4).

McLeod, James G. "The Proposed Child Support Guideline Package: The Scope of Judicial Discretion", in *Federal Child Support Guidelines: Reference Manual*. Ottawa: Department of Justice, 1997, F-1.

Melli, Marygold S. "Guideline Review: Child Support and Time Sharing by Parents" (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219.

Melli, Marygold S., and Patricia R. Brown. "The Economics of Shared Custody: Developing an Equitable Formula for Dual Residence" (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543.

Millar, Paul, and Anne H. Gauthier. "What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada" (2002), 17 *C.J.L.S.* 139.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada 2004*. Toronto: Irwin Law, 2004.

Rogerson, Carol. "Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody" (1998), 15 *Can. J. Fam. L.* 11.

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

Thompson, D. A. Rollie. "Annotation to *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)*", 2004 CarswellBC 1157.

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), art. 15(8) [maintenant abrogé], 17(8) [maintenant abrogé], 26.1(2) [aj. 1997, ch. 1, art. 11].

Doctrine citée

Canada. Ministère de la Justice. Équipes sur les pensions alimentaires pour enfants. Rapport de recherche. *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique*. Ottawa : Le Ministère, 1997.

Canada. Ministère de la Justice. *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2. Ottawa : Le Ministère, 2002.

Colman, Gene C. « *Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines » (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63.

Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille. *Pensions alimentaires pour enfants : Document de travail public*. Ottawa : Le Comité, 1991.

Finnie, Ross, Carolina Giliberti et Daniel Stripinis. *Aperçu du programme de recherche visant à élaborer une formule canadienne de calcul des pensions alimentaires pour enfants*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1995.

MacDonald, James C., and Ann C. Wilton. *Child Support Guidelines : Law and Practice*, 2nd ed., vol. 1. Toronto : Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2004, release 4).

McLeod, James G. « Le système proposé de Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants : portée du pouvoir judiciaire discrétionnaire », dans *Pensions alimentaires pour enfants : Manuel de référence sur les Lignes directrices fédérales*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1997, F-1.

Melli, Marygold S. « Guideline Review : Child Support and Time Sharing by Parents » (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219.

Melli, Marygold S., and Patricia R. Brown. « The Economics of Shared Custody : Developing an Equitable Formula for Dual Residence » (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543.

Millar, Paul, and Anne H. Gauthier. « What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada » (2002), 17 *R.C.D.S.* 139.

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada 2004*. Toronto : Irwin Law, 2004.

Thompson, D. A. Rollie. "Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*" (2004), 42 R.F.L. (5th) 326.
Wensley, Kim Hart. "Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines: Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion?" (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (O'Connor A.C.J.O., Weiler and Rosenberg JJ.A.) (2003), 67 O.R. (3d) 703, 232 D.L.R. (4th) 654, 42 R.F.L. (5th) 295, 178 O.A.C. 281, [2003] O.J. No. 4128 (QL), allowing an appeal from a judgment of the Divisional Court (Carnwath, E. Macdonald and Czutrin JJ.) (2002), 62 O.R. (3d) 295, 166 O.A.C. 172, 30 R.F.L. (5th) 266, [2002] O.J. No. 4620 (QL), allowing an appeal from a decision of Rogers J. and setting aside her order reducing the father's child support payments. Appeal allowed, Fish J. dissenting.

Deidre Smith, *Susan E. Milne* and *Gary Joseph*, for the appellant.

Thomas G. Bastedo, Q.C., and *Samantha Chousky*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

When the federal government decided to adopt in 1997 the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 ("Guidelines"), its first decision was to choose between different formulae and design a system that would be adapted to the Canadian context. The formulae that were considered with

Rogerson, Carol. « Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody » (1998), 15 *Rev. Can. D. Fam.* 11.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
Thompson, D. A. Rollie. « Annotation to *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)* », 2004 CarswellBC 1157.
Thompson, D. A. Rollie. « Case Comment : *Contino v. Leonelli-Contino* » (2004), 42 R.F.L. (5th) 326.
Wensley, Kim Hart. « Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines : Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion? » (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef adjoint O'Connor et les juges Weiler et Rosenberg) (2003), 67 O.R. (3d) 703, 232 D.L.R. (4th) 654, 42 R.F.L. (5th) 295, 178 O.A.C. 281, [2003] O.J. No. 4128 (QL), qui a accueilli un appel contre un jugement de la Cour divisionnaire (les juges Carnwath, E. Macdonald et Czutrin) (2002), 62 O.R. (3d) 295, 166 O.A.C. 172, 30 R.F.L. (5th) 266, [2002] O.J. No. 4620 (QL), qui avait accueilli un appel contre une décision de la juge Rogers et annulé son ordonnance diminuant le montant de la pension alimentaire exigible du père pour l'enfant. Pourvoi accueilli, le juge Fish est dissident.

Deidre Smith, *Susan E. Milne* et *Gary Joseph*, pour l'appelante.

Thomas G. Bastedo, c.r., et *Samantha Chousky*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Charron rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Lorsqu'il a décidé d'établir les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« lignes directrices »), en 1997, le gouvernement fédéral a dû tout d'abord opter entre différentes formules et concevoir un système adapté au contexte canadien. Quatre formules 1

greatest attention were the four in use in the United States: (1) the Income-Shares Model, where the child should receive the same amount of the parental income, in proportion to each parent's income, as before the separation; (2) the Delaware or Melson Formula, where basic needs are met before determining how the child is to share the remaining parental income; (3) the Flat Percentage of Income Model, where it is assumed that each parent will spend the same percentage of his or her income on the child and the non-custodial parent's share is fixed by regulation; and (4) the Income Equalization Model which is designed to equalize the standards of living of custodial and non-custodial parents so that the child will experience the lowest reduction in standard of living possible (Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee, *Child Support: Public Discussion Paper* (1991), at pp. 10-11).

utilisées aux États-Unis ont retenu son attention : (1) celle fondée sur le partage du revenu (« *Income-Shares Model* »), où le montant payable pour l'enfant, établi à proportion du revenu de chacun des parents, équivaut au montant que le couple consacrait à l'enfant avant sa séparation; (2) la formule *Delaware* ou *Melson*, où les besoins essentiels sont comblés, puis le reste du revenu des parents est réparti au bénéfice de l'enfant; (3) le pourcentage fixe du revenu (« *Flat Percentage of Income Model* »), où l'on suppose que chacun des parents dépensera pour l'enfant le même pourcentage de son revenu, la part du parent non gardien étant déterminée par règlement; (4) l'égalisation des revenus (« *Income Equalization Model* »), dont l'objectif est d'équilibrer le niveau de vie du parent gardien et celui du parent non gardien de sorte que le niveau de vie de l'enfant diminue le moins possible (Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille : *Pensions alimentaires pour enfants : Document de travail public* (1991), p. 11-12).

2 The government decided to adopt a unique formula in the case of split custody; that is the situation where each spouse has custody of one or more children. It is best described as the revised fixed percentage. It is included in ss. 3 and 8 of the Guidelines (see Appendix) and has the features of the flat percentage formula, but uses a specific set of underlying principles to arrive at percentages that vary according to income level. The formula produces a schedule of payment amounts taking into consideration tax consequences. It provides for some add-ons with respect to special expenses (R. Finnie, C. Giliberti and D. Stripinis, *An Overview of the Research Program to Develop a Canadian Child Support Formula* (1995), at pp. 27-28).

Le gouvernement a décidé d'adopter une formule unique dans le cas de la garde exclusive — lorsque chacun des époux a la garde d'un enfant ou plus — : celle du pourcentage fixe révisé, prévue aux art. 3 et 8 des lignes directrices (voir l'annexe). Elle s'apparente à la formule du pourcentage fixe, mais se double d'un ensemble précis de principes de base permettant d'arriver à un pourcentage qui varie en fonction du niveau de revenu. Son application produit des tables tenant compte des conséquences fiscales, et elle prévoit des rajustements pour certaines dépenses spéciales (R. Finnie, C. Giliberti et D. Stripinis, *Aperçu du programme de recherche visant à élaborer une formule canadienne de calcul des pensions alimentaires pour enfants* (1995), p. 27-29).

3 When dealing with shared custody, however, the formula used in ss. 3 and 8 was not retained. New categories of custodial arrangements were created under s. 9 which states:

> **9.** Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account

Toutefois, en matière de garde partagée, cette formule n'a pas été retenue. De nouvelles catégories de modalités de garde ont été créées à l'art. 9, dont voici le libellé :

> **9.** Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :

(*a*) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;

(*b*) the increased costs of shared custody arrangements; and

(*c*) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

These shared custodial arrangements required the application of an entirely different formula, one that is not designed with the same guiding principles. Guidelines amounts applicable to the former non-custodial parent or to the highest income earner in the case of a first application cannot therefore be considered to be presumptively applicable. Shared custody arrangements are not a simple variation of the general regime, they constitute by themselves a complete system.

The application of the factors under s. 9 of the Guidelines have proven to pose serious difficulties. The problems have been addressed in terms of fairness. As mentioned by professor C. Rogerson in her article "Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody" (1998), 15 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 20:

Pushing in favour of some adjustment is a concern for fair and consistent treatment of payors who incur increased expenses during the time they spend with the child. There are two dimensions to the fairness claim. The first is fairness between the payor and the support recipient, who is arguably being relieved of some costs assumed by the payor. The second is fair and consistent treatment of the payor as compared to payors at the same income level who may not be spending any money directly on their children apart from the payment of child support.

But then adjustments are hard to evaluate. More time spent with a child may not involve increased spending or significant savings for the other parent. Where there is a significant disparity of incomes, a new formula can mean a drastic change in the amount of support for the lower-income parent, who was previously the custodial parent, and exacerbate the differences in standard of living in the two households. There is also a

a) des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;

b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;

c) des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

Ces modalités de garde partagée commandent l'application d'une tout autre formule fondée sur des principes directeurs différents. L'on ne saurait donc présumer de l'application du montant exigible, suivant les lignes directrices, du parent qui n'avait pas la garde ou dont le revenu était plus élevé lors de la demande initiale. Les modalités de garde partagée ne sont pas qu'une simple variante du régime général; elles constituent en elles-mêmes un système complet.

L'application des facteurs prévus à l'art. 9 a soulevé de grandes difficultés que l'on a abordées sous l'angle de l'équité. Comme l'a mentionné la professeure C. Rogerson dans son article intitulé « Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody » (1998), 15 *Rev. Can. D. Fam.* 11, p. 20 : 4

[TRADUCTION] L'argumentation en faveur d'un certain rajustement reflète le souci de traiter équitablement et uniformément les débiteurs dont les dépenses s'accroissent pendant que l'enfant est avec eux. Le souci d'équité a deux volets. Le premier est de traiter équitablement le débiteur et le créancier alimentaire, ce dernier étant en principe déchargé de certains coûts assumés par le débiteur. Le deuxième est de traiter équitablement et uniformément le débiteur par rapport aux autres débiteurs dont le niveau de revenu est le même et qui ne versent directement aucune somme pour subvenir aux besoins de leurs enfants, hormis la pension alimentaire.

Or, il est difficile de quantifier le rajustement qui s'impose. L'augmentation du temps passé avec l'enfant n'emporte pas nécessairement une augmentation des dépenses ni une économie substantielle pour l'autre parent. Lorsque l'écart entre les revenus est important, le recours à une nouvelle formule peut se traduire par une modification radicale du montant de la pension versée au parent moins fortuné qui avait jusqu'alors la garde

concern that shared custody can entail more cost in duplication of services and leave less money for support.

5 Against this backdrop, the role of the Court is to interpret the Guidelines as drafted by Parliament. Section 9 is labelled "Shared custody". Forty percent or more time spent with physical access to the child triggers the application of the three factors in s. 9. We are not concerned in this case with the difficulties sometimes encountered in determining whether the threshold has been met, but with the quantum of support to be awarded once it is. The Court is being asked to decide whether the s. 9 award can be greater than the Guidelines amount; whether the Guidelines amounts are presumptively applicable; whether all three factors in s. 9 are to be given equal weight; whether "increased costs" under s. 9 refers to increased costs of the previously non-custodial parent or increased costs resulting from the shared custodial arrangement; whether a multiplier can be used in the absence of evidence of increased costs; and how actual needs, conditions and means are taken into account in deciding on a deviation from the Guidelines amounts. These questions must be approached in the context of the particular facts of this case, to which I now turn.

1.1 *Overview of the Facts*

6 The mother and the father were married on October 30, 1982, and their only child, Christopher, was born on March 26, 1986. After they separated, they entered into an agreement, dated May 25, 1992, that provided for joint custody of Christopher. His daily residence was to be with the mother, free and liberal access being given to the father. The agreement further provided that the father would pay child support in the amount of $500 per month, subject to an annual cost of living increase. No annual increases were ever paid by the father, and in 1998, the mother applied for the

de l'enfant et exacerber la disparité des niveaux de vie entre les deux ménages. Il est également possible que la garde partagée soit plus coûteuse à cause du doublement des dépenses et qu'elle fasse diminuer les fonds disponibles pour les aliments.

C'est dans ce contexte qu'il incombe à notre Cour d'interpréter les lignes directrices prévues par le législateur. L'objet de l'art. 9 ressort de son intertitre « Garde partagée ». Une garde physique ou un droit d'accès exercé au moins 40 p. 100 du temps emporte l'application des trois facteurs prévus par cette disposition. Le présent pourvoi ne porte pas sur les difficultés parfois rencontrées pour déterminer si ce pourcentage est atteint, mais plutôt sur le montant de la pension alimentaire qui doit être accordé lorsque cette condition est satisfaite. Notre Cour est appelée à décider si le montant déterminé en application de l'art. 9 peut être supérieur à celui que prévoient les lignes directrices, si les montants prévus dans celles-ci sont présumés exigibles, s'il faut accorder la même importance aux trois facteurs énumérés à l'art. 9, si les « coûts plus élevés » mentionnés à l'art. 9 s'entendent des coûts plus élevés que doit supporter le parent qui, jusqu'alors, n'avait pas la garde de l'enfant ou des coûts plus élevés imputables à la garde partagée, si l'on peut employer un multiplicateur à défaut d'une preuve d'accroissement des coûts et de quelle manière l'on doit tenir compte des ressources et des besoins réels pour rajuster un montant établi en application des lignes directrices. Ces questions doivent être tranchées en fonction des faits de l'espèce, que j'aborde ci-après.

1.1 *Aperçu des faits*

La mère et le père se sont mariés le 30 octobre 1982 et leur enfant unique, Christopher, est né le 26 mars 1986. Après leur séparation, ils ont conclu une entente datée du 25 mai 1992 dans laquelle ils convenaient de partager la garde de Christopher. L'enfant devait habiter avec sa mère sur une base quotidienne, le père ayant librement accès à son fils. Il était également convenu que le père verserait pour l'enfant une pension alimentaire de 500 $ par mois indexée annuellement sur le coût de la vie. Le père n'a jamais indexé la somme comme convenu et, en 1998, la mère a présenté une demande en vue

Guidelines amount of support. By minutes of settlement signed in July of 1998, the father agreed to pay $563 per month in child support, based on his annual income of $68,712, adjusted annually in accordance with the Guidelines. Again, child support was not adjusted, although the father's income rose to $83,527.58 in 1999. The parties also shared equally in Christopher's orthodontic expenses, although the mother's income of $53,292 was less than that of the father.

d'obtenir à titre de pension alimentaire le montant prévu par les lignes directrices. Dans un règlement à l'amiable signé en juillet 1998, le père a accepté de payer pour l'enfant une pension alimentaire mensuelle de 563 $. Ce montant avait été établi en fonction de son revenu annuel de 68 712 $ et devait être rajusté chaque année conformément aux lignes directrices. Cette fois encore, aucun rajustement n'a eu lieu bien que le revenu du père soit passé à 83 527,58 $ en 1999. Les parties ont aussi assumé à parts égales les frais d'orthodontie de leur fils, même si le revenu de la mère — 53 292 $ — était inférieur à celui du père.

In 2000, the mother began taking a course on Tuesday nights and asked if the father would switch nights with her so that Christopher would be with the father on Tuesdays instead of Thursdays. The father stated that he would take Christopher on both days for the duration of the course. 7

En 2000, la mère s'est inscrite à un cours donné le mardi soir. Elle a demandé au père s'il s'occuperait de Christopher le mardi plutôt que le jeudi. Le père a offert de le prendre avec lui les deux soirs pendant la durée du cours.

As a result of having Christopher with him for an additional night each week, in September of 2000, the father requested a reduction in child support based on the s. 9 shared custody provisions, but the mother refused. In March 2001, the father applied to vary the amount of child support on the grounds that the extra night resulted in Christopher being with him 50 percent of the time. Both parties filed their 1998, 1999 and 2000 tax returns as well as their respective financial statements. Both parties attributed 50 percent of their fixed and variable expenses such as mortgage, taxes and groceries to Christopher and both claimed additional expenses for him. The mother and father respectively assigned $1,916.95 and $1,814 of their total expenses to Christopher. The mother stated that monthly expenses for him for clothes, school fees and activities for him totalled $275 per month, while the father claimed $120 per month in variable expenses. The mother also invested $153.84 monthly in a Registered Education Savings Plan ("RESP") for Christopher's benefit. Both these variable expenses and the amount invested monthly in the RESP were included in both parents' total expenses. 8

En septembre 2000, comme il avait la garde de son fils une soirée de plus par semaine, le père a demandé la réduction du montant de la pension alimentaire en invoquant l'art. 9 applicable à la garde partagée, mais la mère a refusé. En mars 2001, il a présenté une demande de modification de l'ordonnance alimentaire au motif que Christopher était désormais avec lui 50 p. 100 du temps depuis qu'il s'en occupait une soirée de plus chaque semaine. Les deux parties ont déposé leurs déclarations de revenus pour 1998, 1999 et 2000, ainsi que leurs états financiers respectifs. Elles y avaient imputé à Christopher 50 p. 100 de leurs frais fixes et variables, tels que les versements hypothécaires, les taxes et la facture d'épicerie, et déduit toutes deux des dépenses supplémentaires pour leur fils. La mère et le père ont respectivement imputé à Christopher des dépenses mensuelles totales de 1 916,95 $ et de 1 814 $. La mère a déclaré des débours de 275 $ par mois pour les vêtements, les études et les activités scolaires de Christopher, tandis que le père a soumis des dépenses variables de 120 $ par mois. La mère versait également 153,84 $ par mois dans un régime enregistré d'épargne-études (REEE) établi au bénéfice de Christopher. Ces dépenses variables et la contribution mensuelle au REEE étaient comprises dans les dépenses totales des deux parents.

1.2 *Judicial History*

1.2.1 Ontario Superior Court of Justice (Unified Family Court)

9 Rogers J. endorsed the record that in recognition of the shared custody regime, pursuant to s. 9, there would be a reduction in the Guidelines amount. She ordered a retroactive reduction in support to $100 per month, commencing in September 2000, requiring the mother to repay the overpayment at a rate of $50 per month. Further, she ordered the parties to share equally in s. 7 expenses (special or extraordinary expenses). The parties were entitled to claim the dependent deduction for Christopher in alternate years. The father was awarded costs in the amount of $3,800.

10 A transcription of the proceedings revealed that there had been an earlier finding that Christopher currently lives with his father 50 percent of the time as it was conceded by the mother at a pre-hearing conference. Rogers J. permitted the father to file recent copies of his tax returns but did not permit the mother, who was self-represented, to question any of the figures. Rogers J. fixed the mother's income at $68,082, inclusive of a $7,000 bonus. The father's income was found to be $87,000. She found that the Table amount of child support for the father was $688 per month, while for the mother, it was $560 per month. She determined the difference in their respective child support obligations to be $128, half of which was $64, an amount that she then grossed up by 50 percent to produce a figure of $96. Rogers J. raised this to $100 per month for ease of calculation.

11 Rogers J. indicated that she would not hear evidence from the mother concerning the financial hardship she experienced as a result of a move that she made for Christopher's benefit, as this was not in the affidavit material filed before her. She remarked:

> I can only hear about what's already in the materials. So go from what the evidence is that you've introduced and you may wish to tell me how that relates to this

1.2 *Historique judiciaire*

1.2.1 Cour supérieure de justice de l'Ontario (Cour de la famille)

La juge Rogers a inscrit au dossier de la requête que, en raison du régime de garde partagée, le montant figurant dans les lignes directrices serait réduit en application de l'art. 9. Elle a ordonné que le montant de la pension alimentaire soit abaissé à 100 $ par mois, rétroactivement, à compter de septembre 2000, et que la mère rembourse le paiement en trop à raison de 50 $ par mois. Les parties devaient également assumer à parts égales les dépenses visées à l'art. 7 (dépenses spéciales ou extraordinaires) et se prévaloir du crédit d'impôt pour personne à charge à tour de rôle. Des dépens de 3 800 $ ont été adjugés au père.

La transcription de l'instance révèle qu'il avait été déterminé au préalable que Christopher vivait désormais la moitié du temps avec son père, la mère l'ayant reconnu en conférence préparatoire. La juge Rogers a autorisé le père à déposer des copies de sa plus récente déclaration de revenus, mais a refusé à la mère, qui n'était pas représentée par avocat, d'en contester les chiffres. Elle a évalué le revenu de la mère à 68 082 $, y compris une prime de 7 000 $, et celui du père à 87 000 $. Elle a conclu que, selon la table, le montant de la pension alimentaire payable par le père pour l'enfant s'élevait à 688 $ par mois, alors que celui exigible de la mère était de 560 $. Elle a divisé par deux la différence entre leurs obligations alimentaires respectives (128 $), pour obtenir 64 $, montant qu'elle a ensuite majoré de 50 p. 100 pour arriver à 96 $, puis arrondi à 100 $ pour faciliter le calcul.

La juge Rogers a refusé d'entendre la mère au sujet des difficultés financières qu'elle avait éprouvées par suite d'un déménagement effectué dans l'intérêt de Christopher, au motif que l'affidavit produit au dossier n'en faisait pas état :

> [TRADUCTION] Je ne peux vous entendre que relativement à ce qui figure déjà dans les documents produits. Alors, fondez-vous sur la preuve que vous avez

but essentially there's been a finding that there's a fifty percent regime here. We're just doing math today. Okay? [Emphasis added.]

1.2.2 Ontario Superior Court (Divisional Court) (2002), 62 O.R. (3d) 295

The Divisional Court found that the motions judge had failed to consider whether there had been any increased costs as a result of the shared custody regime, as required by s. 9(*b*), and that she had also failed to consider the factors listed in s. 9(*c*). Without this analysis, the court stated that it was difficult to determine how the support amount was calculated. The court also observed that there was a lack of judicial consensus on how support should be calculated under s. 9 and that the proper procedure was also an issue. The court reviewed the relevant portions of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), noting that the court was required to order the Guidelines amount except with respect to five discretionary situations: children over the age of majority (s. 3(2)); high income earners (s. 4); step-parents (s. 5); undue hardship (s. 10); and shared custody (s. 9). The court noted the principles enunciated by this Court in *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, setting out the proper approach to the application of the Guidelines. Acknowledging that *Francis v. Baker* dealt with the proper approach to the exercise of the court's discretion to deviate from the Guidelines amount where the payor's income was over $150,000, the court determined that the same principles should apply to the other permitted deviations to ensure a consistent approach. The court held that in considering an application for deviation under any statutory exception, a court must first:

(a) make a presumption in favour of the Guidelines amount;

déposée et dites-moi en quoi cela s'y rapporte, mais, en fait, l'existence d'une garde moitié-moitié a été établie en l'espèce. Aujourd'hui, nous ne faisons que des calculs. D'accord? [Je souligne.]

1.2.2 Cour supérieure de l'Ontario (Cour divisionnaire) (2002), 62 O.R. (3d) 295

12 La Cour divisionnaire a conclu que la juge des requêtes avait omis de se demander si des coûts plus élevés pouvaient être associés au régime de garde partagée, comme le prévoyait l'al. 9*b*), et de prendre en considération les facteurs mentionnés à l'al. 9*c*). À défaut d'une telle analyse, il était difficile, selon elle, de déterminer comment le montant de la pension alimentaire avait été calculé. La Cour divisionnaire a également signalé l'absence de consensus au sein des tribunaux quant à la manière de calculer le montant de la pension alimentaire en application de l'art. 9 et fait observer que la question de la démarche appropriée se posait également. Elle a examiné les dispositions pertinentes de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), précisant que le tribunal devait ordonner le paiement du montant figurant dans les lignes directrices, sauf dans cinq cas où il pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire : enfant majeur (par. 3(2)); revenu élevé (art. 4); parent de substitution (art. 5); difficultés excessives (art. 10); garde partagée (art. 9). Elle a rappelé les principes énoncés par notre Cour dans *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, concernant l'application appropriée des lignes directrices. Après avoir reconnu que cet arrêt encadrait l'exercice du pouvoir discrétionnaire de rajuster le montant issu de l'application des lignes directrices lorsque le revenu du débiteur était supérieur à 150 000 $, la Cour divisionnaire a déterminé qu'il fallait appliquer ces principes dans les autres situations où le rajustement était permis, et ce, dans un dessein d'uniformité. Selon elle, le tribunal saisi d'une demande de rajustement dans un cas où la loi prévoyait une exception devait suivre la démarche suivante :

[TRADUCTION]

a) premièrement, établir l'existence d'une présomption en faveur du montant prévu dans les lignes directrices;

(b) impose an onus on the party seeking a deviation to establish on "clear and compelling evidence" that the deviation is in the child's best interest;

(c) consider all the statutory factors noted in the section establishing a permitted deviation without providing pre-eminence to any factor;

(d) deny any application for a deviation based merely upon invocation of the discretionary provision;

(e) focus on the child's actual circumstances and not perceived parental fairness considerations, such as balancing of parental means. [para. 16]

13 The Divisional Court presented a three-step analysis for applications for deviation from the Guidelines amount, beginning with a determination of whether the applicant exercises a right of access for no less than 40 percent of the time over the course of the year. Secondly, the court must find that the presumption in favour of the Guidelines amount has been rebutted. This is satisfied if the applicant has discharged the onus of establishing on clear and compelling evidence that the decision is in the child's best interests. The court stated that there is no right of deviation merely upon invocation of the discretionary provision of s. 9. The court must consider all the statutory factors without providing pre-eminence to any factor. The focus of determination must be the child's actual circumstances, not perceived parental fairness, such as balancing parental means. Finally, once the court makes the second finding and the presumption is rebutted, the court considers s. 9(*a*), (*b*) and (*c*) in the exercise of its discretion. In addition, the court adopted the view of the British Columbia Court of Appeal in *Green v. Green* (2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310, and rejected the formulaic approach to s. 9. It granted the appeal and increased support to $688 per month retroactive to September 1, 2000. The court was of the view that there was no clear and compelling evidence that the deviation was in the child's best interest and that the motions judge was clearly wrong in law to depart from the Guidelines amount.

b) exiger de la partie qui en fait la demande qu'elle établisse au moyen d'une « preuve claire et incontestable » que le rajustement est dans l'intérêt de l'enfant;

c) tenir compte de tous les facteurs prévus par la disposition permettant le rajustement sans en privilégier aucun;

d) rejeter toute demande de rajustement alléguant la seule existence du pouvoir discrétionnaire;

e) s'attacher à la situation réelle de l'enfant et non à quelque notion d'équité envers les parents, comme la pondération de leurs ressources. [par. 16]

La Cour divisionnaire a proposé une analyse en trois étapes pour déterminer le rajustement du montant issu de l'application des lignes directrices. Premièrement, le demandeur exerce-t-il un droit d'accès au moins 40 p. 100 du temps au cours de l'année? Deuxièmement, la présomption en faveur du montant figurant dans les lignes directrices a-t-elle été réfutée? Le demandeur satisfait à cette exigence en établissant au moyen d'une preuve claire et incontestable que la mesure est dans l'intérêt de l'enfant. La Cour divisionnaire a précisé qu'il n'existait aucun droit de rajustement fondé uniquement sur le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 9. Le tribunal doit prendre en considération tous les facteurs énumérés et n'en privilégier aucun. L'accent doit être mis sur la situation réelle de l'enfant, et non sur quelque notion d'équité envers les parents, comme la pondération de leurs ressources. Enfin, une fois la deuxième condition remplie par la réfutation de la présomption, le tribunal examine les al. 9*a*), *b*) et *c*) dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. La Cour divisionnaire a également fait sien le point de vue de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Green c. Green* (2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310, et rejeté l'approche réduisant la portée de l'art. 9 à l'application d'une formule. Elle a accueilli l'appel et porté le montant de la pension alimentaire à 688 $ par mois rétroactivement au 1er septembre 2000. Selon elle, aucun élément clair et incontestable n'établissait que le rajustement était dans l'intérêt de l'enfant, de sorte que la décision de la juge des requêtes de modifier le montant prévu par les lignes directrices était manifestement erronée en droit.

1.2.3 Ontario Court of Appeal (2003), 67 O.R. (3d) 703

Weiler and Rosenberg JJ.A., for the court, found that the Divisional Court had erred in its interpretation of s. 9 of the Guidelines. They held that once the applicant parent shows that the 40 percent threshold has been reached, there is no discretion at this early stage; the court must apply s. 9 and the presumptive Table amounts no longer apply. The Court of Appeal was also of the view that the motions judge had erred in adopting a formulaic approach. Recognizing that the courts in the country were generally divided on the proper approach to s. 9, the Court of Appeal indicated a preference for a structured discretionary approach in order to add a dimension of predictability and objectivity. Although the Court of Appeal expressed concern about the lack of information before the motions judge concerning the increased costs of shared custody, it was satisfied that there was sufficient evidence in the record to determine the appropriate quantum under s. 9 without falling back on a strict formulaic approach.

According to the Court of Appeal, *Francis v. Baker* could not be taken out of context and did not apply to s. 9. The court found that the Divisional Court erred in failing to consider the significant differences in wording contained in the various discretionary sections. In particular, the court found that the Divisional Court's analysis introduced a presumption not called for by the language of the section, one that is also contrary to the principles of statutory interpretation. The Divisional Court was wrong in finding that there is no right of deviation merely upon invocation of the discretionary provision of s. 9. According to the Court of Appeal, where the 40 percent threshold has been met, the provision establishes the manner of calculating the amount of child support. The language of s. 9 requires the court to determine child support by taking into account the three factors contained in that section: paras. (*a*), (*b*), and (*c*).

The Court of Appeal explained that under para. (*a*), calculation of the simple set-off amount was a

1.2.3 Cour d'appel de l'Ontario (2003), 67 O.R. (3d) 703

14 Les juges Weiler et Rosenberg ont conclu, au nom de la Cour d'appel, que la Cour divisionnaire avait mal interprété l'art. 9 des lignes directrices. Selon eux, dès que le parent demandeur établit que le seuil de 40 p. 100 a été atteint, le tribunal doit appliquer l'art. 9, et les montants tenus pour exigibles dans la table ne s'appliquent plus; il n'y a à cette étape aucun pouvoir discrétionnaire. La Cour d'appel a également estimé que la juge des requêtes avait eu tort de recourir à l'application d'une formule. Reconnaissant que les tribunaux canadiens étaient généralement partagés quant à la manière dont il convient d'appliquer l'art. 9, elle a dit privilégier une méthode discrétionnaire structurée pour des raisons de prévisibilité et d'objectivité. Même si elle a déploré le peu de données présentées à la juge des requêtes au sujet des coûts plus élevés associés à la garde partagée, elle a dit être convaincue que la preuve contenue au dossier permettait d'établir le montant approprié sous le régime de l'art. 9 sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'application stricte d'une formule.

15 Selon la Cour d'appel, l'arrêt *Francis c. Baker* ne pouvait être considéré indépendamment de son contexte et ne portait pas sur l'application de l'art. 9. La Cour divisionnaire avait eu tort de ne pas tenir compte de la formulation très différente des diverses dispositions conférant un pouvoir discrétionnaire. Plus particulièrement, son analyse avait fait apparaître une présomption que ne prévoyait pas la disposition et qui allait à l'encontre des principes d'interprétation législative. Elle avait eu tort de conclure qu'il n'existait aucun droit de rajustement fondé uniquement sur le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 9. Selon la Cour d'appel, une fois atteint le seuil de 40 p. 100, la façon de calculer le montant de la pension alimentaire pour enfants est prévue à l'art. 9 : le tribunal détermine ce montant en tenant compte des facteurs correspondant aux al. *a*), *b*) et *c*).

16 La Cour d'appel a expliqué que la compensation simple opérée à l'al. 9*a*) constituait un bon point

useful starting point in determining the amount of support. The set-off amount must then be adjusted in accordance with paras. (*b*) and (*c*). Under s. 9(*b*), the court found that it must take into account the increased costs of the shared custody arrangement. The paragraph recognizes that the increased access for one parent does not result in a dollar for dollar reduction for the other parent and that each parent must bear some of the burden of the additional costs. The court acknowledged that the appropriate method for accounting for the increased costs of shared custody is through the examination of evidence, but in the absence of such evidence, the use of a multiplier is a useful tool to recognize the custodial parent's fixed costs, and to augment the figure arrived at after a simple set-off. The Court of Appeal was of the view that under s. 9(*b*), the court could make common sense assumptions that the non-custodial parent would have additional costs for variable items such as food, entertainment and transportation, but that evidence would have to be adduced if the parent wanted the court to consider any increase in fixed costs such as those associated with larger accommodations. Finally, according to the Court of Appeal, para. (*c*) gives the court a broad discretion to take into account the actual situation of the parents and children in ordering support. The court indicated that one goal should be to ensure that the child enjoys a comparable standard of living in both households.

17 Weiler and Rosenberg JJ.A. then applied these factors to the circumstances of the case. They started with a simple set-off and chose a multiplier of 67.6 percent because the mother's accommodations costs were 67.6 percent of her fixed costs for the child. This produced a figure of $215. The court noted that the father had not provided any evidence of increased costs for Christopher, so it made the common sense assumption that variable costs for food and entertainment had risen pursuant to s. 9(*c*). The court went on to consider the spending patterns of both parents for the child, noting that the mother's expenses were $403.41 and the father's $270 per month, for a total of $673.41. The court found that the ratio of the father's salary to the mother's salary was 55:45, and that the father

de départ pour calculer le montant de la pension alimentaire. Le montant issu de la compensation devait ensuite être rajusté en fonction des al. 9*b*) et *c*). Elle a conclu qu'il fallait tenir compte des coûts plus élevés associés à la garde partagée, l'al. 9*b*) reconnaissant que l'accroissement du droit d'accès exercé par un parent ne se traduit pas par la diminution proportionnelle des coûts de l'autre parent, et que chacun d'eux devait assumer une partie du coût supplémentaire. La Cour d'appel a reconnu que le moyen approprié de tenir compte des coûts plus élevés associés à la garde partagée était d'examiner la preuve, mais qu'à défaut de preuve, l'emploi d'un multiplicateur permettait de tenir compte des coûts fixes du parent gardien et de majorer le montant issu de la compensation simple. Elle a opiné que pour l'application de l'al. 9*b*), le tribunal pouvait logiquement supposer que les dépenses variables (nourriture, divertissement, transport, etc.) du parent non gardien augmenteraient, mais qu'une preuve de l'augmentation des coûts fixes, tels que le coût de la location d'un plus grand logement, était nécessaire. Enfin, selon la Cour d'appel, l'al. 9*c*) permettait au tribunal d'exercer un large pouvoir discrétionnaire et de prendre en considération la situation réelle des parents et des enfants pour déterminer le montant de l'ordonnance alimentaire. Elle a précisé que l'un des objectifs devait être que l'enfant jouisse d'un niveau de vie comparable dans les deux ménages.

Les juges Weiler et Rosenberg ont ensuite appliqué ces facteurs aux faits de l'espèce. Après avoir effectué une compensation simple, ils ont opté pour un multiplicateur de 67,6 p. 100 parce que les frais de logement de la mère représentaient 67,6 p. 100 de ses dépenses fixes pour l'enfant. Le résultat obtenu s'élevait à 215 $. Le père n'ayant fourni aucune preuve de l'augmentation de ses dépenses pour Christopher, ils ont donc supposé logiquement, en application de l'al. 9*c*), que ses dépenses variables de nourriture et de divertissement s'étaient accrues. La Cour d'appel a ensuite examiné les dépenses mensuelles habituellement engagées par les deux parents pour l'enfant, soit 403,41 $ dans le cas de la mère et 270 $ dans le cas du père, pour un total de 673,41 $. Le ratio entre le salaire du père et celui de la mère

should therefore pay 55 percent of $673.41 or $370, the mother being responsible for $303. As the father was only paying $270 per month, the court found that he should pay the mother an additional $100 per month, to be added to the set-off amount of $215. The mother's monthly RESP payment of $153.84 for Christopher was then factored in by the court, and divided on the same ratio. This resulted in the addition of $84.61 to the $315, for a total of $399.61 in support to be paid by the father. As there was no evidence of financial hardship before the court, no increase under s. 10 was ordered.

The court determined that the motions judge had erred in making the reduced support award retroactive to the time the father first requested a reduction because the father had never increased support in accordance with the cost of living as required by the agreement of the parties.

2. Analysis

2.1 *Interpretation of Section 9 of the Guidelines*

In order to determine the correct interpretation to be given to s. 9 of the Guidelines, it is necessary to examine the words of the provision in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Guidelines, the object of the Guidelines, and the intention of Parliament (see, e.g., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Francis v. Baker*, at para. 34; *Chartier v. Chartier*, [1999] 1 S.C.R. 242).

Before turning to the heart of this case, it is important to point out what is in essence an issue of semantics. Parties and courts across the country have inconsistently referred to the parents under s. 9 as the "custodial" parent, "non-custodial" parent, "payor" parent and "recipient" parent. There is no perfect terminology. However, it is clear that in a shared physical custody arrangement, given the nature of child support, one cannot ignore that a transfer of money from one parent to the other will

s'établissant à 55/45, la Cour d'appel a estimé que le père devait assumer 55 p. 100 de 673,41 $, soit 370 $, contre 303 $ pour la mère. Comme le père ne dépensait que 270 $ par mois, il lui incombait de payer à la mère 100 $ de plus, en sus du montant issu de la compensation qui s'établissait à 215 $. La Cour d'appel a ensuite réparti suivant le même ratio la somme de 153,84 $ versée chaque mois par la mère dans le REEE établi pour son fils, de sorte que 84,61 $ se sont ajoutés aux 315 $ exigibles du père, pour un total de 399,61 $. Aucune preuve de difficultés financières ne lui ayant été présentée, la Cour d'appel n'a pas ordonné le paiement d'un montant supplémentaire en application de l'art. 10.

18 La Cour d'appel est arrivée à la conclusion que la juge des requêtes avait eu tort d'ordonner la réduction du montant de la pension alimentaire rétroactivement à la date de sa demande initiale, au motif que le père n'avait jamais indexé ce montant sur le coût de la vie comme l'exigeait l'entente liant les parties.

2. Analyse

2.1 *Interprétation de l'art. 9 des lignes directrices*

19 Interpréter correctement l'art. 9 des lignes directrices exige l'examen de la disposition dans son contexte global suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit des lignes directrices, leur objet et l'intention du législateur (voir, p. ex., *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Francis c. Baker*, par. 34; *Chartier c. Chartier*, [1999] 1 R.C.S. 242).

20 Avant de passer à la question au cœur du présent pourvoi, il importe de signaler une difficulté d'ordre essentiellement sémantique. À la grandeur du pays, parties et tribunaux ont qualifié de diverses manières les parents visés à l'art. 9 : « gardiens », « non gardiens », « débiteurs » et « créanciers ». Nulle terminologie n'est parfaite. Cependant, dans le contexte d'une garde partagée, étant donné la nature de la pension alimentaire pour enfants, l'on ne peut manifestement pas faire abstraction du transfert de

almost always occur. Thus, for sake of clarity, I will use the concepts of "payor" parent and "recipient" parent.

21 For ease of reference, I again reproduce s. 9 of the Guidelines:

> **9.** Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account
>
> (*a*) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;
>
> (*b*) the increased costs of shared custody arrangements; and
>
> (*c*) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

22 The mother submits that there is a presumption in favour of the Guidelines that applies to the exercise of all discretionary powers, including those found in s. 9. According to her, the onus is on the party seeking a deviation to establish on "clear and compelling evidence" that the deviation is in the child's best interest. She relies on this Court's decision in *Francis v. Baker*. The same approach was taken by the Divisional Court. I cannot accept her argument.

23 In *Francis v. Baker*, I held that, under s. 4 of the Guidelines (see Appendix), which deals with the situation of high income earners (income over $150,000), there is a presumption in favour of the Guidelines amount. Guideline figures can only be increased or reduced if the party seeking such a deviation has rebutted the presumption of appropriateness. No right of deviation exists merely by pleading the discretionary provision. As earlier noted, s. 9 however expressly provides for a particular regime in cases of shared custody. This implies a departure from the payor/recipient model that comes under s. 3. In fact, s. 3 recognizes that the calculations under that provision will not apply where "otherwise provided under these Guidelines".

fonds qui intervient presque toujours d'un parent à l'autre. J'emploierai donc, par souci de clarté, les termes parent « débiteur » et parent « créancier ».

Pour en faciliter la consultation, je reproduis à nouveau l'art. 9 des lignes directrices :

> **9.** Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :
>
> *a*) des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;
>
> *b*) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;
>
> *c*) des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

La mère soutient qu'une présomption en faveur des lignes directrices s'applique à l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire, dont celui que confère l'art. 9. Selon elle, il incombe à la partie qui fait la demande de rajustement d'établir au moyen d'une « preuve claire et incontestable » que ce rajustement est dans l'intérêt de l'enfant. Elle invoque à l'appui l'arrêt *Francis c. Baker* de notre Cour. La Cour divisionnaire a abondé dans le même sens. Je ne peux faire droit à cet argument.

Dans *Francis c. Baker*, j'ai conclu que l'art. 4 des lignes directrices (voir l'annexe) — qui s'applique à l'époux touchant un revenu supérieur à 150 000 $ — établissait une présomption en faveur du montant prévu par les lignes directrices. Ce montant ne peut être majoré ou réduit que si la partie demandant le rajustement réfute la présomption qu'il est indiqué. Nul n'a droit à un rajustement du seul fait que la disposition confère un pouvoir discrétionnaire. Or, je le rappelle, l'art. 9 prévoit expressément l'application d'un régime particulier en cas de garde partagée, ce qui suppose une dérogation au modèle débiteur/créancier établi à l'art. 3, laquelle disposition précise d'ailleurs que les calculs auxquels elle donne lieu ne s'appliquent pas en présence d'une « disposition contraire des présentes lignes directrices ».

While ss. 3(2), 4, 5 and 10 (see Appendix) provide a framework establishing a structured discretion, each provision incorporates distinct factors which are absent in s. 9. Sections 3(2) and 4 specifically prescribe that the amount in the Guidelines is mandatory unless the court considers that there are reasons to find that it is inappropriate. Section 9 does not contain such a presumption. As submitted by the father, if the drafters of the Guidelines had intended this approach, they would have used the same words to provide for direction in all of the relevant sections. In fact, the wording of s. 9 is imperative. The court "must" determine the amount of child support in accordance with the three listed factors once the 40 percent threshold is met. There is no discretion as to when the section is to be applied: discretion exists only in relation to the quantification of child support (J. D. Payne and M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada 2004* (2004), at p. 254).

Bien que le par. 3(2) et les art. 4, 5 et 10 (voir l'annexe) encadrent l'exercice du pouvoir discrétionnaire, chacune des dispositions prévoit des facteurs distincts qui ne figurent pas à l'art. 9. Le paragraphe 3(2) et l'art. 4 disposent expressément que le montant prévu par les lignes directrices est impératif sauf si, selon le tribunal, il y a des motifs de croire qu'il n'est pas indiqué. L'article 9 n'établit pas une telle présomption. Sinon, comme l'a soutenu le père, le législateur aurait libellé toutes les dispositions pertinentes de la même manière. À vrai dire, le texte de l'art. 9 a un caractère impératif. Le tribunal « doit » déterminer le montant de la pension alimentaire pour enfants en fonction des trois facteurs qui y sont énumérés dès que le seuil de 40 p. 100 est atteint. Aucun pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé quant à savoir dans quels cas cette disposition s'applique; seule la détermination du montant de la pension alimentaire donne lieu à l'exercice d'un tel pouvoir (J. D. Payne et M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada 2004* (2004), p. 254). 24

Given the presumption of consistent expression, it is possible to infer an intended difference in meaning from the use of different words or a different form of expression: R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 164. Consequently, the reliance by the mother on the presumption enunciated in *Francis v. Baker* cannot stand and the Court of Appeal was correct in distinguishing the decision.

Compte tenu de la présomption de l'uniformité d'expression, l'intention de conférer une signification différente peut être inférée de l'emploi de termes différents ou d'une forme différente d'expression : R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 164. La mère ne peut donc invoquer la présomption énoncée dans *Francis c. Baker*, et la Cour d'appel a eu raison d'établir une distinction d'avec cet arrêt. 25

Furthermore, s. 9(*a*) refers only to the Table amounts, not the Guidelines amounts, thus precluding consideration under that paragraph of all of the discretionary factors that are allowed under the Guidelines for departure from the Table amounts, as in the case of s. 7 add-ons. This suggests that s. 9(*a*) is relatively narrow in its scope and cannot form the exclusive basis for an award of support under s. 9 unless paras. (*b*) and (*c*) are taken into consideration (see Rogerson, at pp. 57-58; K. H. Wensley, "Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines: Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion?" (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63).

Par ailleurs, l'al. 9*a*) ne renvoie qu'aux montants figurant dans les tables, et non à ceux prévus dans les lignes directrices, ce qui exclut la prise en compte, sous le régime de cette disposition, de tous les facteurs discrétionnaires de dérogation aux tables énoncés dans les lignes directrices (comme à l'art. 7). Il s'ensuit que l'al. 9*a*) a une portée relativement étroite et qu'il ne peut constituer le seul fondement de l'ordonnance alimentaire visée à l'art. 9, sans que les al. *b*) et *c*) ne soient pris en considération (voir Rogerson, p. 57-58; K. H. Wensley, « Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines : Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion? » (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63). 26

27 The three factors structure the exercise of the discretion. These criteria are conjunctive: none of them should prevail (see Wensley, at p. 90; Payne and Payne, at p. 254; *Jamieson v. Jamieson*, [2003] N.B.J. No. 67 (QL), 2003 NBQB 74, at para. 24). Consideration should be given to the overall situation of shared custody and the costs related to the arrangement while paying attention to the needs, resources and situation of parents and any child. This will allow sufficient flexibility to ensure that the economic reality and particular circumstances of each family are properly accounted for. It is meant to ensure a fair level of child support.

28 The mother argues that, for shared custody, the Guidelines provide limited discretion to deviate from the amounts determined under s. 3, and then only upon consideration of the child's actual circumstances. For the reasons mentioned above, I must reject this argument. That is not the nature of the discretion provided in s. 9.

29 In the Court of Appeal decision, Weiler and Rosenberg JJ.A. write, at para. 40:

> It seems to us that the error by the Divisional Court was in treating the s. 3 calculation as the "Guidelines amount". The court made the same error in saying that "[t]here is no right of deviation merely upon invocation of the discretionary provision of s. 9." To the contrary, where the 40 per cent threshold in s. 9 has been met, that provision establishes the manner of calculating the amount of child support, a calculation quite different from that set out in s. 3 or s. 4. As we read s. 9, especially the use of the phrase "must be determined" in the opening paragraph, deviation from the amount determined under s. 3 or s. 4 is required and the court must follow the process set out in s. 9. We appreciate that this results in more uncertainty and introduces more subjectivity in the calculation of child support orders, but that is an inevitable consequence of the wording of s. 9.

30 These comments may lead some parents to think that there should be an automatic reduction in the amount of child support in a case such as this one. In my opinion, there is only an automatic deviation *from the method used* under s. 3, but not

Les trois facteurs encadrent l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ils sont conjonctifs : aucun ne doit primer (voir Wensley, p. 90; Payne et Payne, p. 254; *Jamieson c. Jamieson*, [2003] A.N.-B. nº 67 (QL), 2003 NBQB 74, par. 24). Le contexte global de la garde partagée et les coûts qui y sont associés doivent être examinés au vu des besoins, des ressources et de la situation des parents et de chaque enfant. Cette démarche est suffisamment souple pour que la réalité économique et les circonstances particulières de chaque famille soient dûment prises en compte, l'objectif étant de fixer une pension alimentaire pour enfants qui soit juste.

La mère fait valoir que, en matière de garde partagée, les lignes directrices confèrent, pour le rajustement du montant fixé en application de l'art. 3, un pouvoir discrétionnaire limité qui ne peut être exercé qu'en tenant compte de la situation réelle de l'enfant. Pour les motifs mentionnés précédemment, je dois rejeter cet argument. Telle n'est pas la nature du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 9.

Les juges Weiler et Rosenberg, de la Cour d'appel, ont dit ce qui suit (par. 40) :

> [TRADUCTION] Il nous semble que la Cour divisionnaire a commis une erreur en assimilant le montant calculé à l'art. 3 au « montant prévu par les lignes directrices ». Elle a commis la même erreur en précisant qu'« [i]l n'existe aucun droit de rajustement fondé uniquement sur le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 9 ». Au contraire, lorsque le critère de 40 p. 100 énoncé à l'art. 9 est respecté, cette disposition établit la façon de calculer le montant de la pension alimentaire pour enfants, qui est très différente de celle prévue à l'art. 3 ou à l'art. 4. Selon notre interprétation de l'art. 9 et notamment de l'expression « est déterminé » au premier paragraphe, le rajustement du montant déterminé en application de l'art. 3 ou de l'art. 4 s'impose et le tribunal doit suivre la procédure établie à l'art. 9. Nous sommes conscients que cela rend le calcul de l'ordonnance alimentaire pour enfants plus incertain et subjectif, mais il s'agit là d'une conséquence inévitable du libellé de l'art. 9.

Ces propos pourraient porter certains parents à croire que le montant de la pension alimentaire pour enfants doit être automatiquement réduit dans un cas comme celui considéré en l'espèce. À mon avis, le rajustement automatique ne vise que *la méthode*

necessarily *from the amount* of child support. As submitted by the mother, it is quite possible that after a careful review of all of the factors in s. 9, a trial judge will come to the conclusion that the Guidelines amount will remain the proper amount of child support (see, e.g., *Berry v. Hart* (2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659).

prévue à l'art. 3, et pas nécessairement *le montant* de la pension alimentaire pour enfants. Comme l'a fait valoir la mère, il est fort possible qu'après avoir examiné attentivement l'ensemble des facteurs de l'art. 9, le juge de première instance arrive à la conclusion que le montant prévu par les lignes directrices demeure indiqué (voir, p. ex., *Berry c. Hart* (2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659).

Thus, not only is there no presumption in favour of awarding at least the Guidelines amount under s. 3, there is no presumption in favour of reducing the parent's child support obligation downward from the Guidelines amount (Wensley, at pp. 89-90). 31

Il n'existe donc ni présomption en faveur d'une ordonnance alimentaire dont le montant est au moins égal à celui issu de l'application de l'art. 3 des lignes directrices, ni présomption en faveur d'une réduction de l'obligation alimentaire d'un parent déterminée conformément aux lignes directrices (Wensley, p. 89-90).

The underlying principle of the Guidelines is that "spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation" (*Divorce Act*, s. 26.1(2) (see Appendix)). The Guidelines reflect this principle through these stated objectives (Guidelines, s. 1): 32

Le principe qui sous-tend les lignes directrices veut que « l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge [soit] commune aux époux et qu'elle [soit] répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation » (*Loi sur le divorce*, par. 26.1(2) (voir l'annexe)). Ce principe ressort des objectifs énoncés à l'art. 1 :

(*a*) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;

a) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;

(*b*) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;

b) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;

(*c*) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and

c) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;

(*d*) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

d) assurer un traitement uniforme des époux et [des] enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

These objectives create a palpable tension in the Guidelines (Rogerson, at pp. 59 and 93). At para. 40 in *Francis v. Baker*, I wrote that the proper construction of a provision "requires that the objectives of predictability, consistency and efficiency on the one hand, be balanced with those of fairness, flexibility and recognition of the actual 'condition[s], 33

Ces objectifs créent une tension palpable dans les lignes directrices (Rogerson, p. 59 et 93). Dans *Francis c. Baker*, j'ai dit que pour interpréter correctement une disposition, « il faut soupeser les objectifs de prévisibilité, d'uniformité et d'efficacité en fonction des objectifs d'équité, de souplesse et de reconnaissance des "ressources, des besoins

means, needs and other circumstances of the children' on the other". Like s. 4 in that case, s. 9 must here be interpreted with these objectives in mind. Parliament, in adopting s. 9, deliberately chose to emphasize the objectives of fairness, flexibility and recognition of the actual conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought, even if to the detriment of predictability, consistency and efficiency to some degree. The legislator recognized in s. 9 that there is a wide range of situations of shared custody depicting the reality of different families. The British Columbia Court of Appeal, in the same vein, observed that there is a myriad of fact patterns which come under the application of s. 9: *Green v. Green*, at para. 34.

34 The mother submitted to the Court a detailed account of the legislative history of Bill C-41 which provided for the necessary amendments to the *Divorce Act* (1985) and the attendant regulations which became the Guidelines. Many of the policy concerns raised by the mother are not disputed in this case and may, in my opinion, divert the Court from the real legal issue under scrutiny.

35 The mother argues that the Department of Justice made clear to the Standing Senate Committee that the Table amounts assumed that an access parent was paying substantial costs for the benefit of the child when exercising access. She points out that there was a last-minute amendment that lowered the threshold of shared custody to 40 percent, instead of 49.9 percent, with no accompanying amendment to the Table. The mother relies upon this proposition to assert that the Table as enacted takes into consideration expenses incurred by the non-custodial parent having custody up to 49.9 percent of the time. Thus, as I understand her argument, there would be less need for a reduction in the level of child support to the recipient parent once the 40 percent threshold is reached.

et, d'une façon générale, de la situation [réelle] des enfants" » (par. 40). Comme l'art. 4 dans cette affaire, l'art. 9 doit en l'espèce être interprété en gardant ces objectifs présents à l'esprit. Le législateur, en rédigeant l'art. 9, a volontairement mis l'accent sur les objectifs d'équité, de souplesse et de reconnaissance des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée, même si cela compromet jusqu'à un certain point la prévisibilité, l'uniformité et l'efficacité. Le législateur reconnaît à l'art. 9 que les divers profils familiaux se traduisent par une grande variété de modalités de garde partagée. Dans le même ordre d'idées, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait observer qu'une multitude de situations tombent sous le coup de l'art. 9 : *Green c. Green*, par. 34.

Devant notre Cour, la mère a exposé en détail l'historique législatif du projet de loi C-41, qui a apporté les modifications nécessaires à la *Loi sur le divorce* (1985) et permis l'adoption du règlement d'application que sont devenues les lignes directrices. Bon nombre des questions de principe soulevées par la mère ne font pas l'objet de contestation en l'espèce et pourraient, à mon avis, éloigner notre Cour de la véritable question de droit qu'elle doit trancher.

La mère prétend que le ministère de la Justice a clairement indiqué au comité sénatorial permanent que les montants figurant dans les tables se fondaient sur l'hypothèse que le parent bénéficiant d'un droit d'accès verse des sommes substantielles au bénéfice de l'enfant lorsqu'il exerce ce droit d'accès. Elle signale qu'une modification de dernière minute a abaissé le seuil de la garde partagée de 49,9 p. 100 à 40 p. 100, sans que les tables ne soient modifiées en conséquence. Elle affirme donc que les tables adoptées tiennent compte des dépenses engagées par le parent non gardien ayant la garde de l'enfant au plus 49,9 p. 100 du temps. Si je comprends bien la thèse qu'elle défend, il serait moins nécessaire de réduire le montant versé au parent créancier une fois atteint le seuil de 40 p. 100.

I am of the opinion that this view is inconsistent with the statute. I agree with the father that the formula used to establish the standard Table amounts assumed that all of the expenditures for the children are met by the *recipient parent* and no account for any child-related expenditures is incurred by the payor parent at any level of access (see Canada, Department of Justice, *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report* (1997), at p. 2; Wensley, at pp. 83-85; G. C. Colman, "*Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines" (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63, at pp. 71-74; P. Millar and A. H. Gauthier, "What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada" (2002), 17 *C.J.L.S.* 139, at pp. 149 and 155-56).

Ce point de vue me paraît incompatible avec la loi. Je conviens avec le père que la formule employée pour établir les montants ordinaires figurant dans les tables suppose que le *parent créancier* supporte toutes les dépenses pour l'enfant et que le parent débiteur n'en assume aucune, peu importe l'étendue de son droit d'accès (voir Canada, Ministère de la Justice, *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique* (1997), p. 2; Wensley, p. 83-85; G. C. Colman, « *Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines » (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63, p. 71-74; P. Millar et A. H. Gauthier, « What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada » (2002), 17 *R.C.D.S.* 139, p. 149 et 155-156). 36

2.2 *Factors Under Section 9*

The framework of s. 9 requires a two-part determination: first, establishing that the 40 percent threshold has been met; and second, where it has been met, determining the appropriate amount of support.

2.2 *Facteurs énumérés à l'art. 9*

L'article 9 commande une démarche en deux étapes : (1) déterminer si le seuil de 40 p. 100 est atteint, puis, le cas échéant, (2) établir le montant de la pension alimentaire qui convient. 37

With respect to the second part of the determination, the litigious issue in the case at bar, courts across the country have struggled to develop an interpretation of s. 9 that is consistent with the Guidelines' objectives. While the approaches vary widely, they can be divided in two categories. One approach, similar to the approach used by the motions judge, can be described as the "formulaic approach". The other approach, which may be described as the "discretionary approach", eschews the use of formulae.

En ce qui concerne la deuxième étape, qui fait l'objet du litige en l'espèce, les tribunaux canadiens se sont efforcés d'interpréter l'art. 9 d'une manière compatible avec les objectifs des lignes directrices. Les méthodes employées varient considérablement, mais elles sont de deux ordres : celles, apparentées à la méthode utilisée par la juge des requêtes, qui reposent sur l'application d'une formule, et celles qui comportent l'exercice d'un pouvoir « discrétionnaire » et excluent l'emploi d'une formule. 38

The specific language of s. 9 warrants emphasis on flexibility and fairness. The discretion bestowed on courts to determine the child support amount in shared custody arrangement calls for the acknowledgment of the overall situation of the parents (conditions and means) and the needs of the children. The weight of each factor under s. 9 will vary according to the particular facts of

Le libellé de l'art. 9 justifie l'accent mis sur la souplesse et l'équité. Le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal pour la détermination du montant de l'ordonnance alimentaire dans le cas d'une garde partagée exige que l'on tienne compte de la situation globale des parents (ressources et besoins) et des besoins de l'enfant. L'importance accordée à chacun des facteurs de l'art. 9 variera selon les faits 39

each case. I will now consider each of the three s. 9 factors.

2.2.1 Section 9(*a*) — Amounts Set Out in the Applicable Tables for Each of the Spouses

40 The first factor requires that the court take into account the financial situations of both parents (instead of the sole income of the spouse against whom the order is sought, as in s. 3). It is important to highlight the fact that the final and fully considered version of s. 9 does not include a conclusive formula to determine how the Table amounts are to be considered or accounted for.

41 The Court of Appeal, while it agreed that the use of a formula is not explicitly required in the section, concluded that the set-off approach in s. 8 could be a useful starting point to bring consistency and objectivity to the determination, especially in cases where there is limited information and the incomes of the parties are not widely divergent. I agree, but would caution against deciding these issues without proper information. I would particularly caution against a rigid application of the set-off which can entail, in the case of a variation order, a drastic change in support, dubbed the "cliff effect" by commentators (M. S. Melli and P. R. Brown, "The Economics of Shared Custody: Developing an Equitable Formula for Dual Residence" (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543, at p. 565; Rogerson, at p. 74; Wensley, at p. 70), that may not be warranted when a close examination of the financial situation of the parents and standard of living in both households is considered. The value of the set-off is in finding a starting point for a reasonable solution taking into account the separate financial contribution from each parent. A court will depart from the set-off amount or make adjustments to it if it is inappropriate in light of the factors considered under ss. 9(*b*) and 9(*c*). The set-off amount must therefore be followed by an examination of the continuing ability of the recipient parent to meet the needs of the child, especially in light of the fact that many costs are fixed. As mentioned by numerous commentators, this is a problem in many cases where there is a great discrepancy in the incomes of the parents

de l'espèce. Je vais maintenant examiner chacun des trois facteurs.

2.2.1 L'alinéa 9*a*) — Les montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux

Le premier facteur exige du tribunal qu'il tienne compte de la situation financière des deux parents (et non seulement du revenu de l'époux faisant l'objet de la demande, comme le prévoit l'art. 3). Il importe de souligner que, dans sa version définitive et mûrement réfléchie, l'art. 9 ne précise pas de quelle manière les montants figurant dans les tables doivent être pris en compte.

Même si elle a convenu que la disposition n'exigeait pas expressément l'emploi d'une formule, la Cour d'appel a conclu que la méthode de la compensation prévue à l'art. 8 pouvait constituer un bon point de départ pour favoriser l'uniformité et l'objectivité, surtout lorsque les données sont limitées et que l'écart entre les revenus des parties n'est pas substantiel. Je partage cet avis, mais je tiens à rappeler que le tribunal doit s'abstenir de trancher ces questions s'il ne dispose pas d'un minimum de renseignements. Il ne faut surtout pas appliquer strictement la méthode de la compensation, car il peut en résulter, dans le cas d'une ordonnance modificative, un changement radical du montant de la pension alimentaire, ce que certains observateurs ont appelé l'effet « chute brutale » (M. S. Melli et P. R. Brown, « The Economics of Shared Custody : Developing an Equitable Formula for Dual Residence » (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543, p. 565; Rogerson, p. 74; Wensley, p. 70), qui peut ne pas être justifié si l'on examine attentivement la situation financière des parents et le niveau de vie des deux ménages. L'avantage que présente la compensation est d'offrir un point de départ à la recherche d'une solution raisonnable qui tienne compte de la contribution financière distincte de chacun des parents. Le tribunal ne retiendra pas le montant issu de la compensation ou le rajustera s'il n'est pas indiqué au regard des facteurs mentionnés aux al. 9*b*) et *c*). Une fois la compensation opérée, il faut donc se demander si le parent créancier est toujours en mesure de subvenir aux besoins

(see Rogerson, at p. 64). It is also a problem in cases where one parent actually incurs a higher share of the costs than the other (taking responsibility for clothing or activities for instance). I would also note that the 40 percent threshold itself should be irrelevant to this evaluation; the cliff effect is not merely a result of the threshold; it is a result of the different methodology.

The Court of Appeal (as well as the father) summarized a number of applications of the set-off approach adopted by Canadian courts (see *Fletcher v. Keilty* (2004), 269 N.B.R. (2d) 302, 2004 NBCA 34; *Slade v. Slade* (2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2; *Dean v. Brown* (2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124; *Hill v. Hill* (2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33; *Cabot v. Mikkelson* (2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107; *Dennis v. Wilson* (1997), 104 O.A.C. 250; *Wylie v. Leclair* (2003), 64 O.R. (3d) 782 (C.A.); *Green v. Green*; *Berry v. Hart*; *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)* (2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297; *Luedke v. Luedke* (2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327; *Gieni v. Gieni* (2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87; see also *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines* (2002), vol. 2, at pp. 68-70; J. C. MacDonald and A. C. Wilton, *Child Support Guidelines: Law and Practice* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 9-11 to 9-16).

The three main applications of the set-off formula adopted by the courts are:

1. Simple (or straight) set-off: The support payment is calculated by determining the Table amount for each of the parents as though each was seeking child support from the other. The amount payable is the difference between the two amounts (see, e.g., *Middleton v.*

de l'enfant, d'autant plus que de nombreux coûts sont fixes. Comme l'ont mentionné de nombreux observateurs, la question se pose dans bon nombre de cas où l'écart entre les revenus des parents est important (voir Rogerson, p. 64) et lorsqu'un parent engage dans les faits une plus grande part des dépenses pour l'enfant (en prenant à sa charge ses vêtements ou ses activités, par exemple). Je signale par ailleurs que le seuil de 40 p. 100 n'est pas pertinent à cet égard; l'effet « chute brutale » ne résulte pas seulement de l'application de ce seuil, mais de l'emploi d'une méthode différente.

42 La Cour d'appel (tout comme le père) a résumé un certain nombre de décisions où les tribunaux canadiens ont appliqué la méthode fondée sur la compensation (voir *Fletcher c. Keilty* (2004), 269 R.N.-B. (2e) 302, 2004 NBCA 34; *Slade c. Slade* (2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2; *Dean c. Brown* (2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124; *Hill c. Hill* (2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33; *Cabot c. Mikkelson* (2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107; *Dennis c. Wilson* (1997), 104 O.A.C. 250; *Wylie c. Leclair* (2003), 64 O.R. (3d) 782 (C.A.); *Green c. Green*; *Berry c. Hart*; *E. (C.R.H.) c. E. (F.G.)* (2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297; *Luedke c. Luedke* (2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327; *Gieni c. Gieni* (2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87; voir également *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* (2002), vol. 2, p. 73-75; J. C. MacDonald et A. C. Wilton, *Child Support Guidelines : Law and Practice* (2e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 9-11 à 9-16).

43 Voici les trois principales méthodes fondées sur la compensation qu'ont retenues les tribunaux canadiens :

1. Compensation simple : Le montant de la pension alimentaire correspond à la différence entre les montants qui figurent dans la table pour les parents, comme si chacun d'eux demandait une pension alimentaire pour enfants (voir, p. ex., *Middleton c.*

MacPherson (1997), 204 A.R. 37 (Q.B.); *Luedke v. Luedke*).

2. Pro-rated set-off: The Table amount for each of the parents is reduced by the percentage of time the child spends with each parent. The recipient parent's amount of time with the children is multiplied by the payor's Guidelines amount and the payor parent's amount of time with the children is multiplied by the recipient parent's Guidelines amount. These two pro-rated amounts are then set-off against one another (see, e.g., *Moran v. Cook* (2000), 9 R.F.L. (5th) 352 (Ont. S.C.J.); *Harrison v. Harrison* (2001), 14 R.F.L. (5th) 321 (Ont. S.C.J.); *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)*). A variation of this approach is the "straight pro-rate" which takes the percentage of time the recipient parent has custody of the children multiplied by the Guidelines amount for the payor parent.

3. Set-off plus multiplier: The set-off amount (simple set-off or pro-rated set-off) is increased by a multiplier (usually 1.5), based on the assumption that a portion of the recipient parent's costs are fixed, and therefore, unaffected by the increased time the child spends with the other parent.

44 I agree with the father and the Court of Appeal that the simple set-off is preferable to the pro-rated set-off as a starting point for the s. 9 analysis in view of the language used by the legislator in para. (*a*). The pro-rated set-off was criticized by a number of scholars and courts, including the Court of Appeal in the case at bar, who refused to apply it as it disproportionately impacts on the lower income spouse (see *Green v. Green*, at para. 32). Professor Rogerson, at pp. 74-75, explains the "cliff effect" created by this approach:

> The method of pro-rating the table amounts to reflect custodial time that was adopted in *Hunter*, and

MacPherson (1997), 204 A.R. 37 (B.R.); *Luedke c. Luedke*).

2. Compensation au prorata : Pour chacun des parents, le montant figurant dans la table est réduit en fonction du temps passé avec l'enfant. Le temps que le parent créancier passe avec l'enfant est ensuite multiplié par le montant prévu dans les lignes directrices pour le parent débiteur et le temps passé par ce dernier avec l'enfant est multiplié par le montant prévu dans les lignes directrices pour le parent créancier. L'on établit ensuite la différence entre les deux montants obtenus (voir, p. ex., *Moran c. Cook* (2000), 9 R.F.L. (5th) 352 (C.S.J. Ont.); *Harrison c. Harrison* (2001), 14 R.F.L. (5th) 321 (C.S.J. Ont.); *E. (C.R.H.) c. E. (F.G.)*). Une variante de cette méthode est la compensation [TRADUCTION] « stricte au prorata », qui consiste à multiplier le pourcentage du temps où le parent créancier a la garde de l'enfant par le montant prévu dans les lignes directrices pour le parent débiteur.

3. Compensation avec multiplicateur : Le montant obtenu à l'issue de la compensation (simple ou au prorata) est majoré à l'aide d'un multiplicateur (habituellement 1,5), suivant l'hypothèse qu'une partie des coûts du parent créancier sont fixes et demeurent donc inchangés même si l'enfant passe plus de temps avec l'autre parent.

Je conviens avec le père et la Cour d'appel que la méthode de la compensation simple offre un meilleur point de départ que celle de la compensation au prorata pour l'analyse que commande l'art. 9, compte tenu du libellé de l'al. 9*a*). Nombre d'auteurs et de cours de justice, y compris la Cour d'appel en l'espèce, ont critiqué la compensation au prorata et déploré son incidence disproportionnée sur le parent moins fortuné (voir *Green c. Green*, par. 32). La professeure Rogerson explique l'effet « chute brutale » associé à cette méthode (p. 74-75) :

> [TRADUCTION] Adoptée dans *Hunter* et retenue par le législateur dans certains États américains au nombre des

which has been legislated as part of the shared custody formulas in some American jurisdictions, creates what commentators have called the "cliff" problem. A 1% increase in access, from 39% to 40%, can result in a 40% decrease in the table amount of support to be paid. This is both a conceptual and a practical problem. On the conceptual level, in a sole custody situation, the full table amount is paid even though the custodial parent may have the child only 61% of the time, and the access parent may have the child the remaining 39% of the time. It seems illogical that as a result of a 1% increase in access by the other parent, which allows him or her to reach the shared custody threshold, the custodial parent should be deprived of support for the full 40% of the time the child spends with the other parent. On a practical level, the "cliff" effect will make a custodial parent reluctant to allow an access parent even small amounts of extra time because they will carry such dramatic financial consequences.

I will address the problems related to the multiplier later in these reasons.

However, even the simple set-off is incomplete. The Court of Appeal was of the view that it is based on certain underlying assumptions and that it will need to be revised in accordance with paras. (*b*) and (*c*) in cases where these assumptions do not accord with the reality of shared custody:

(1) The Table amount is the maximum that a parent with that income can [presumably] afford to pay for support (apart from extraordinary expenses);

(2) The ordinary needs of the child equal the Table amount;

(3) The parents each spend an equal amount for the care of the child; and

(4) The child's needs are reduced by virtue of a shared custody arrangement on a dollar for dollar basis. [para. 67]

I have not been able to identify the source of these assumptions. With respect, I would question whether the Table amount is the maximum that a parent can afford. I would rather think it is the average expenditure of parents with the referable income (see notes 5 and 6 of Schedule I of the Guidelines).

formules applicables en cas de garde partagée, la méthode de la compensation au prorata, qui consiste à réduire le montant prévu dans la table en fonction de la garde exercée, crée ce que les observateurs ont appelé un problème de « chute brutale ». L'accroissement du droit d'accès de 1 p. 100 — de 39 à 40 p. 100 — peut faire diminuer de 40 p. 100 le montant de la pension alimentaire selon la table. Cela pose un problème sur les plans théorique et pratique. Sur le plan théorique, lorsque la garde est accordée à un seul parent, le plein montant prévu dans la table est versé même si ce parent ne s'occupe de l'enfant que 61 p. 100 du temps, et que l'autre exerce son droit d'accès le reste du temps (39 p. 100). Il paraît illogique que l'augmentation de 1 p. 100, qui permet de franchir le seuil minimum de la garde partagée, fasse perdre au parent gardien le droit à une pension alimentaire pour tout le temps (40 p. 100) que l'enfant passe avec l'autre parent. Sur le plan pratique, l'effet « chute brutale » rendra le parent gardien réticent à consentir au parent non gardien un supplément d'accès, aussi minime soit-il, par crainte qu'il n'en subisse d'aussi grandes conséquences.

J'aborderai plus loin les problèmes liés au multiplicateur. 45

Toutefois, même la compensation simple est insuffisante. La Cour d'appel a estimé qu'elle reposait sur certaines hypothèses et qu'elle devra être suivie de la prise en compte des facteurs prévus aux al. 9*b*) et *c*) lorsque ces hypothèses ne cadreront pas avec la réalité de la garde partagée : 46

[TRADUCTION]

(1) le montant figurant dans la table représente le maximum que le parent gagnant ce revenu peut [vraisemblablement] payer pour l'enfant (sauf dépenses extraordinaires);

(2) le montant figurant dans la table correspond aux besoins ordinaires de l'enfant;

(3) les parents subviennent à parts égales aux besoins de l'enfant;

(4) les besoins de l'enfant sont réduits dans la proportion où la garde est partagée. [par. 67]

Je n'ai pu déterminer l'origine de ces hypothèses. En toute déférence, je doute que le montant figurant dans la table corresponde au maximum qu'un parent peut payer. Je crois plutôt qu'il s'agit des dépenses moyennes des parents pour un revenu donné (se reporter aux notes 5 et 6 de l'annexe I 47

This would accord with the methodology for estimating Table amounts and be more consistent with the discretion given to order amounts higher than those found in the Table in special circumstances (see Guidelines, s. 4 and s. 9; also J. D. McLeod, "The Proposed Child Support Guideline Package: The Scope of Judicial Discretion", in *Federal Child Support Guidelines: Reference Manual* (1997), p. F-27). The only possible source for the assumption that the Table amount is the maximum that a parent with the referable income can afford to pay for support, is contained in the 1997 research report of the Department of Justice Child Support Team entitled *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report*. Under the heading "Underlying Principles and Assumptions", the report states:

> The objective of the formula that generates the child support tables is simply to find a means of calculating an amount to be transferred from the paying parent to the receiving parent. The transferred sum should maximise the amount available to be spent on the children while still allowing an adequate reserve for the self support of the paying parent. Several assumptions have been incorporated into the model. First, it is assumed that within the principal residence of the children, the parent and the children will share the same standard of living. A second assumption presumes that if the incomes of the parents are equal, it is fair and equitable that each should contribute equally to the financial support of the children, regardless of the extent of their contribution to the nurturing of the children. [Emphasis added; p. 1.]

I do not consider this statement to be particularly relevant, as maximising the amount available for the children is not the same as establishing Table amounts which indicate the maximum that a payor parent can afford to spend on child support. The first constitutes a general purpose, while the latter entails a specific methodology in calculating the Table amounts. In identifying the actual

des lignes directrices). Cette interprétation est en accord avec la méthode employée pour arriver aux montants figurant dans la table et elle est davantage compatible avec le pouvoir discrétionnaire d'ordonner leur majoration dans certaines circonstances particulières (voir les lignes directrices, art. 4 et 9; également, J. D. McLeod, « Le système proposé de Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants : portée du pouvoir judiciaire discrétionnaire », dans *Pensions alimentaires pour enfants : Manuel de référence sur les Lignes directrices fédérales* (1997), p. F-27). La seule origine possible de l'hypothèse voulant que le montant figurant dans la table représente le montant maximal de la pension alimentaire que peut payer le parent gagnant le revenu en cause se trouve dans le rapport de recherche établi en 1997 par l'Équipe sur les pensions alimentaires pour enfants du ministère de la Justice et intitulé *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique*. À la rubrique « Hypothèses et principes sous-jacents », le rapport précise ce qui suit :

> La formule qui établit les montants de pension alimentaire à payer vise simplement à trouver un moyen de calculer un montant à transférer du parent payeur au parent receveur. Ce montant transféré devrait permettre d'obtenir le montant maximal à consacrer aux enfants, tout en laissant une réserve appropriée pour que le parent payeur puisse subvenir à ses besoins. Plusieurs hypothèses ont été intégrées dans le modèle. Premièrement, on suppose que dans la résidence principale des enfants, le parent receveur et les enfants auront le même niveau de vie. Selon une deuxième hypothèse, si les revenus de chacun des deux parents séparés sont égaux, il est juste et équitable que chacun contribue également au soutien financier des enfants, peu importe l'étendue de leur contribution aux soins dispensés aux enfants. [Je souligne; p. 1.]

Cet énoncé ne me paraît pas spécialement pertinent dans la mesure où permettre d'obtenir le montant maximal pour les enfants n'équivaut pas à prévoir dans la table le montant maximal de la pension alimentaire que le parent payeur peut verser pour eux. Dans le premier cas, il s'agit d'un objectif général, alors que le second suppose le recours à une méthode particulière pour calculer les

assumptions which were incorporated into the model used to generate the tables, the report does not state that the Table amounts were meant to indicate the maximum that a payor parent with the referable income can afford to spend on support.

I would also question the second assumption; in my view, the Table is not based on a consideration of specific needs of children, but on the average expenditure of parents and consideration of the ability to pay of parents (see McLeod, at pp. F-8 and F-9). The third assumption is easily accepted: the set-off assumes each parent has an equal share of variable expenses. This said, I do not think it is necessary to identify a situation contrary to that which would correspond to underlying assumptions in order to apply s. 9(*b*) and (*c*). What is important is that the set-off does not take into account actual spending patterns as they relate to variable costs or the fact that fixed costs of the recipient parent are not reduced by the increased spending of the payor parent.

Hence, the simple set-off serves as the starting point, but it cannot be the end of the inquiry. It has no presumptive value. Its true value is in bringing the court to focus first on the fact that both parents must make a contribution and that fixed and variable costs of each of them have to be measured before making adjustments to take into account increased costs attributable to joint custody and further adjustments needed to ensure that the final outcome is fair in light of the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and child for whom support is sought. *Full consideration* must be given to these last two factors (see Payne, at p. 263). The cliff effect is only resolved if the court covers and regards the other criteria set out in paras. (*b*) and (*c*) as equally important elements to determine the child support.

It should be noted here that the Table amounts are an estimate of the amount that is notionally being paid by the non-custodial parent; where

montants figurant dans la table. Lorsqu'il énumère les hypothèses intégrées dans le modèle pour créer les tables, le rapport ne dit pas que les montants sont censés correspondre au montant maximal de la pension alimentaire que peut verser le parent payeur gagnant le revenu en cause.

48 Je remets aussi en question la deuxième hypothèse. À mon sens, la table ne se fonde pas sur les besoins précis des enfants, mais bien sur les dépenses moyennes des parents et leur capacité de payer (voir McLeod, p. F-8 et F-9). La troisième hypothèse va de soi : une part égale des dépenses variables est attribuée à chacun des parents. Cela dit, je n'estime pas nécessaire de poser une situation contraire à celle correspondant aux hypothèses sous-jacentes pour appliquer les al. 9*b*) et *c*). L'important est que la compensation ne tient compte ni de la répartition réelle des dépenses variables ni du fait que les frais fixes du parent créancier ne diminuent pas lorsque le parent débiteur dépense davantage.

49 C'est pourquoi la compensation simple sert de point de départ à l'analyse, mais ne peut en être le point d'arrivée. Elle n'établit pas de présomption. Elle permet en fait au tribunal de mettre d'abord l'accent sur l'obligation des deux parents de contribuer et sur la nécessité de déterminer les frais fixes et variables de chacun avant de rajuster le montant pour tenir compte du coût plus élevé de la garde partagée et de le modifier par ailleurs pour faire en sorte que le résultat final soit juste au regard des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée. Les deux derniers facteurs doivent être *dûment pris en considération* (voir Payne, p. 263). Le risque de chute brutale ne peut être écarté que si le tribunal considère les autres facteurs énoncés aux al. 9*b*) et *c*) aussi importants dans la détermination du montant de la pension alimentaire pour enfants.

50 Il importe de signaler que le montant figurant dans la table est une estimation de ce que verse théoriquement le parent non gardien. Lorsque les

both parents are making an effective contribution, it is therefore necessary to verify how their actual contribution compares to the Table amount that is provided for each of them when considered payor parents. This will provide the judge with better insight when deciding whether the adjustments to be made to the set-off amount are based on the actual sharing of child-related expenses.

51 This is where discretion comes into play. The court retains the discretion to modify the set-off amount where, considering the financial realities of the parents, it would lead to a significant variation in the standard of living experienced by the children as they move from one household to another, something which Parliament did not intend. As I said in *Francis v. Baker*, one of the overall objectives of the Guidelines is, to the extent possible, to avoid great disparities between households. It is also necessary to compare the situation of the parents while living under one roof with the situation that avails for each of them when the order pursuant to s. 9 is sought. As far as possible, the child should not suffer a noticeable decline in his or her standard of living. Still, it is not a discretion that is meant to set aside all rules and predictability. The court must not return to a time when there was no real method for determining child support (*Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.)).

2.2.2 Section 9(*b*) — Increased Costs of Shared Custody Arrangements

52 What should the courts examine under this heading? Section 9(*b*) does not refer merely to the expenses assumed by the payor parent as a result of the increase in access time from less than 40 percent to more than 40 percent, as argued in this Court. This cannot be for at least two reasons. First, it would be irreconcilable with the fact that some applications under s. 9 are not meant to obtain a variation of a support order, but constitute a first order (see Payne, at p. 261). Second, as mentioned earlier, the Table amounts in the Guidelines do not assume that the payor parent pays for the housing, food, or any other expense for the child. The Tables are based on the amount needed to provide

deux parents contribuent, il faut donc confronter leur contribution respective avec ce que prévoit la table pour chacun d'eux à titre de parent débiteur. Le juge peut alors mieux décider si le rajustement qui doit être apporté au montant issu de la compensation se fonde sur le partage réel des dépenses liées à l'enfant.

C'est à cette étape que le pouvoir discrétionnaire entre en jeu. Le tribunal peut modifier le montant issu de la compensation lorsque, en raison de la situation financière réelle des parents, il en résulterait un changement important du niveau de vie de l'enfant chaque fois qu'il passerait d'un ménage à l'autre, ce que n'a pas voulu le législateur. Comme je l'ai dit dans *Francis c. Baker*, l'un des objectifs généraux des lignes directrices est d'éviter le plus possible une grande disparité entre les ménages. Il faut aussi comparer la situation des parents tandis qu'ils partageaient le même toit à celle de chacun d'eux lorsqu'est demandée l'ordonnance visée à l'art. 9. Autant que possible, l'enfant ne doit subir aucune diminution sensible de son niveau de vie. Néanmoins, ce pouvoir discrétionnaire ne vise pas à écarter toutes les règles et la prévisibilité. Le tribunal ne doit pas retourner à l'époque où aucune méthode ne permettait véritablement de calculer la pension alimentaire pour enfants (*Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.)).

2.2.2 L'alinéa 9*b*) — Les coûts plus élevés associés à la garde partagée

Quels éléments le tribunal doit-il examiner sous cette rubrique? L'alinéa 9*b*) ne vise pas seulement les dépenses que le parent débiteur doit assumer du fait que son droit d'accès passe de moins de 40 p. 100 à plus de 40 p. 100, comme on l'a fait valoir devant notre Cour. Cela ne saurait être le cas pour deux raisons. Premièrement, une telle interprétation serait inconciliable avec le fait que l'objet de certaines demandes fondées sur l'art. 9 n'est pas la modification de l'ordonnance alimentaire, mais l'obtention d'une ordonnance initiale (voir Payne, p. 261). Deuxièmement, je le répète, les montants figurant dans les tables pour l'application des lignes directrices ne supposent pas que

a reasonable standard of living for a single custodial parent (see *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report*, at p. 2). This Court cannot be blind to this reality and must simply conclude that s. 9(*b*) recognizes that the *total cost* of raising children in shared custody situations may be greater than in situations where there is sole custody: *Slade v. Slade*, at para. 17; see also Colman, at pp. 71-74; Wensley, at pp. 83-85. Consequently, *all* of the payor parent's costs should be considered under s. 9(*b*). This does not mean that the payor parent is in effect spending more money on the child than he or she was before shared custody was accomplished. As I discuss later in these reasons, it means that the court will generally be called upon to examine the budgets and actual expenditures of both parents in addressing the needs of the children and to determine whether shared custody has in effect resulted in increased costs globally. Increased costs would normally result from duplication resulting from the fact that the child is effectively being given two homes.

A change in the actual amount of time a payor parent spends with a child will therefore give rise under s. 9(*b*) to an inquiry in order to determine what are, in effect, the additional costs incurred by the payor as a result of the change in the custodial arrangement. I say this because not all increases in costs will result directly from the actual amount of time spent with the child. One parent can simply assume a larger share of responsibilities, for school supplies or sports activities for example. For these reasons, the court will be called upon to examine the budgets and actual child care expenses of each parent. These expenses will be apportioned between the parents in accordance with their respective incomes.

2.2.3 Section 9(*c*) — Conditions, Means, Needs and Other Circumstances

It is clear then that not every dollar spent by a parent in exercising access over the 40 percent

le parent débiteur prend à sa charge les dépenses de l'enfant (logement, nourriture, etc.). Les tables sont plutôt établies en fonction de ce qui est nécessaire pour garantir un niveau de vie convenable à un parent gardien célibataire (voir *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique*, p. 2). Notre Cour ne peut en faire abstraction et doit simplement conclure que l'al. 9*b*) reconnaît que le *coût total* de l'éducation d'un enfant peut être plus élevé dans le cadre d'une garde partagée que dans celui d'une garde exclusive : *Slade c. Slade*, par. 17; voir également Colman, p. 71-74; Wensley, p. 83-85. Par conséquent, *tous* les frais du parent débiteur doivent être considérés pour l'application de l'al. 9*b*). Cela ne veut pas dire qu'il dépense effectivement plus qu'avant pour l'enfant, mais que le tribunal sera généralement appelé à examiner les budgets et les dépenses réelles des deux parents pour l'enfant et à décider si la garde conjointe a eu pour effet d'accroître globalement les coûts. J'y reviendrai. L'accroissement des coûts résulte normalement du fait que l'enfant a deux foyers et du doublement des dépenses qui s'ensuit.

53 La modification du temps que le parent débiteur passe avec l'enfant donnera donc lieu à un examen fondé sur l'al. 9*b*) pour déterminer quels sont les frais supplémentaires réels supportés en raison des nouvelles modalités de garde. Je le précise, car tout accroissement des coûts ne résultera pas directement de la modification du temps réel passé avec l'enfant. Un parent peut tout simplement prendre à sa charge une plus grande part des dépenses, celles liées aux fournitures scolaires et aux activités sportives par exemple. C'est pourquoi le tribunal sera appelé à examiner les budgets des parents et leurs dépenses réelles pour l'enfant. Ces dépenses seront réparties en fonction de leurs revenus respectifs.

2.2.3 L'alinéa 9*c*) — Les ressources, les besoins et, d'une façon générale, la situation de chaque époux et de tout enfant

54 Il est donc clair que toute somme dépensée par un parent dans l'exercice de son droit d'accès

threshold results in a dollar saved by the recipient parent: *Green v. Green*, at para. 27. Professor Rogerson refers to this at pp. 20-21:

> On the other hand, allowing such an adjustment raises many concerns. Increased time spent with a child does not necessarily entail increased spending on the child. Furthermore, dollars spent by an access or secondary custodial parent do not necessarily translate into a dollar for dollar reduction in expenditures by the primary custodial parent, many of whose major child-related costs are fixed — such as housing and transportation; any savings will typically be only with respect to a small category of expenditures for food and entertainment. Particularly in cases where there is a significant disparity in income between the parents, reductions in the basic amount of child support may undermine a lower-income custodial parent's ability to make adequate provision for the child or children, and will certainly exacerbate the differences in standard of living between the two parental homes.

Indeed, irrespective of the residential arrangement, it is possible to presume, in the absence of evidence to the contrary, that the recipient parent's fixed costs have remained unchanged and that his or her variable costs have been reduced only modestly by the increased access. Thus, when no evidence is adduced, the court should recognize the *status quo* regarding the recipient parent.

55 The analysis should be contextual and remain focussed on the particular facts of each case. For example, an application that represents a variation of a prior support arrangement, will usually raise different considerations from a s. 9 application where no prior order or agreement exists. In the former case, the recipient parent, when he or she first got custody, may have validly incurred expenses based on legitimate expectations about how much child support would be provided. These expenses should be taken into consideration and a court should have proper regard to the fixed costs of the recipient parent.

56 Moreover, as asserted by Prowse J.A. in *Green v. Green*, at para. 35, it is important that the parties lead evidence relating to s. 9(*b*) and (*c*). This evidence has often been lacking, with the result that

au-delà du seuil de 40 p. 100 ne se traduit pas par une économie équivalente pour le parent créancier : *Green c. Green*, par. 27. Dans son article, la professeure Rogerson aborde cette question (p. 20-21) :

> [TRADUCTION] Par contre, autoriser un tel rajustement suscite de nombreuses craintes. Passer plus de temps avec l'enfant ne veut pas nécessairement dire dépenser plus pour lui. En outre, les dépenses engagées par le parent bénéficiant d'un droit d'accès ou le parent dont le temps de garde est moins élevé ne se traduisent pas nécessairement par la diminution proportionnelle des dépenses de l'autre parent, dont la majeure partie des coûts importants liés à l'enfant sont souvent fixes (logement, transport, etc.). En général, l'économie ne touche que quelques dépenses de nourriture et de divertissement. Spécialement lorsque l'écart est important entre les revenus des parents, la réduction du montant de base de la pension alimentaire pour enfants peut nuire à la capacité du parent gardien moins fortuné de subvenir adéquatement aux besoins de l'enfant, et elle exacerbera certainement la disparité entre les niveaux de vie des deux ménages.

En effet, quelles que soient les modalités de garde, on peut présumer, faute de preuve contraire, que les coûts fixes du parent créancier n'ont pas diminué et que le droit d'accès accru n'a entraîné qu'un léger fléchissement de ses coûts variables. Par conséquent, le tribunal qui n'est saisi d'aucune preuve contraire doit reconnaître que la situation du parent créancier n'a pas changé.

L'analyse doit être contextuelle et porter essentiellement sur les faits de l'espèce. Par exemple, la demande visant la modification d'une pension alimentaire déjà convenue ou accordée soulèvera habituellement d'autres considérations qu'une demande présentée en application de l'art. 9 en l'absence de toute ordonnance antérieure. Dans le premier cas, lorsqu'il a obtenu la garde, le parent créancier a pu engager des dépenses légitimes au regard de la pension alimentaire qui devait lui être versée. Ces dépenses doivent être prises en compte, et le tribunal doit prêter attention aux coûts fixes du parent créancier.

Par ailleurs, comme l'a affirmé la juge Prowse dans *Green c. Green*, au par. 35, il importe que les parties présentent une preuve relativement aux al. 9*b*) et *c*). Cette preuve a souvent fait défaut, si bien

the courts have been forced either to make assumptions about increased costs (as was done by the Court of Appeal in the present case), or to dismiss the application under s. 9 for lack of an evidentiary foundation.

In my opinion, courts should demand information from the parties when it is deficient. Three main options have been discussed and applied by appellate courts:

(1) Rely on the parties' financial statements and child expense budgets which provide a fairly reliable source of information;

(2) Adjourn the motion to provide additional evidence (see, e.g., *Cabot v. Mikkelson*, at para. 43);

(3) Make "common sense" assumptions about costs incurred by the payor parent and apply a multiplier to account for the fixed costs of the recipient parent.

The third option is not acceptable, as I will explain below.

In the present case, the Court of Appeal relied on "common sense" assumptions. The Court found that the father must have incurred additional variable costs for such items as food and entertainment. The Court of Appeal should have considered the total additional costs attributable to the situation of shared custody under s. 9(*b*), the evidence adduced permitting this, and should not have simply assumed what more additional costs would be.

The Court of Appeal also resorted to the multiplier. The assumption behind the multiplier is that 50 percent of the recipient parent's costs are fixed and, therefore, unaffected by the time the children spend with the payor parent. The multiplier operates to obviate the necessity of the parties calling evidence of the increased costs associated with children living for substantial periods of time in two households. While this formula takes into

que les tribunaux ont dû s'en remettre à des conjectures relativement aux coûts plus élevés (comme la Cour d'appel en l'espèce) ou rejeter pour absence de fondement la demande s'appuyant sur l'art. 9.

57 À mon avis, le tribunal doit exiger des parties qu'elles fournissent des éléments de preuve suffisants. Les cours d'appel ont analysé et appliqué trois options principales :

(1) l'utilisation des états financiers des parties et de leurs budgets de dépenses pour l'enfant, qui constituent une source de renseignements assez fiable;

(2) l'ajournement de la requête afin que la preuve puisse être complétée (voir, p. ex., *Cabot c. Mikkelson*, par. 43);

(3) la formulation d'hypothèses « logiques » concernant les sommes engagées par le parent débiteur et l'application d'un multiplicateur pour tenir compte des coûts fixes du parent créancier.

Comme je l'explique ci-après, la troisième option n'est pas acceptable.

58 En l'espèce, la Cour d'appel a supposé logiquement que le père avait dû supporter des coûts variables supplémentaires, notamment pour la nourriture et le divertissement. Elle aurait dû considérer le total des coûts supplémentaires imputables à la garde partagée au sens de l'al. 9*b*), la preuve versée au dossier permettant de le faire, et ne pas s'en remettre simplement à des conjectures pour évaluer les coûts supplémentaires.

59 La Cour d'appel a également eu recours à un multiplicateur qui suppose que 50 p. 100 des coûts du parent créancier sont fixes et, partant, demeurent inchangés quel que soit le temps que l'enfant passe avec le parent débiteur. Le multiplicateur soustrait les parties à l'obligation de prouver les coûts plus élevés associés à l'existence de deux ménages au sein desquels l'enfant passe de longues périodes. Cette formule tient compte des coûts plus élevés

consideration the increased costs of shared custody, it does so in a somewhat inflexible fashion: *Green v. Green*, at para. 33.

60 In the opinion of the appellate court, the use of such a method recognizes the concerns raised by the commentators and the courts that dollars spent on increased access or shared custody do not necessarily lead to a reduction in expenditures for the recipient parent. The use of a multiplier also furthers two of the objectives of the Guidelines, predictability and consistency, in calculating support. According to the Court of Appeal, used with discretion, a multiplier can provide a mechanism for recognizing the relative inflexibility of some of the recipient parent's costs. In the absence of evidence concerning fixed costs of the recipient parent, the most common multiplier is 50 percent, which is applied to the set-off amount. The amount of the multiplier ought, however, according to the Court of Appeal, to be adjusted depending on the circumstances.

61 The father argues that, as currently drafted, the Guidelines do not support the use of a multiplier. He submits that while it may be correctly assumed that there are increased costs associated with a shared custody arrangement, it is not possible to simply assume the amount of that increase. I agree.

62 Multipliers are controversial in the jurisprudence and commentaries. They have been characterized as unfair and discriminatory (Wensley, at pp. 83-85; Colman, at p. 77). One cannot help observing that, in the case at bar, the Court of Appeal applied a multiplier to account for the fixed costs of the mother, but it required the father to prove his additional or increased costs of custody. There is no basis for such asymmetrical treatment of each parent's fixed and duplicated housing costs: D. A. R. Thompson, "Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*" (2004), 42 R.F.L. (5th) 326, at p. 331. In fact, it seemingly ignores the fact that the initial set-off takes into account the fixed costs of both parents.

associés à la garde partagée, mais d'une manière quelque peu rigide : *Green c. Green*, par. 33.

Selon la Cour d'appel, l'emploi d'une telle méthode donne suite aux mises en garde des auteurs et des cours de justice selon lesquelles les dépenses occasionnées par un droit d'accès accru ou une garde partagée ne se traduisent pas nécessairement par la diminution des dépenses du parent créancier. Le recours à un multiplicateur permet également d'atteindre deux objectifs des lignes directrices, la prévisibilité et l'uniformité, dans la détermination de l'ordonnance alimentaire. Employé avec circonspection, le multiplicateur, selon la Cour d'appel, offre un moyen de reconnaître l'incompressibilité relative de certains coûts du parent créancier. Faute de preuve concernant les coûts fixes du parent créancier, le multiplicateur le plus courant — 50 p. 100 — est appliqué au montant issu de la compensation. Pour la Cour d'appel, le multiplicateur doit cependant être rajusté en fonction de la situation.

Le père soutient que le libellé actuel des lignes directrices ne justifie pas l'emploi d'un multiplicateur. Il prétend qu'on peut à juste titre supposer que des coûts plus élevés sont associés à la garde partagée, mais qu'on ne saurait mesurer l'accroissement au moyen d'une simple conjecture. Je suis d'accord.

Le recours à des multiplicateurs ne fait pas l'unanimité dans la jurisprudence et la doctrine. On l'a qualifié d'injuste et de discriminatoire (Wensley, p. 83-85; Colman, p. 77). Il appert en l'espèce que la Cour d'appel a appliqué un multiplicateur pour tenir compte des coûts fixes de la mère, mais qu'elle a exigé du père qu'il prouve ses frais de garde supplémentaires ou accrus. Rien ne justifie un tel traitement asymétrique des frais de logement fixes de chacun des parents et du doublement de ces frais : D. A. R. Thompson, « Case Comment : *Contino v. Leonelli-Contino* » (2004), 42 R.F.L. (5th) 326, p. 331. À vrai dire, il fait apparemment abstraction de la prise en compte des frais fixes des deux parents lors de la compensation initiale.

The British Columbia Court of Appeal commented on the use of a multiplier in *Green v. Green*, at para. 35 and concluded to its inapplicability:

> In order to apply s. 9 however, it is important that the parties lead evidence relating to s. 9(*b*) and (*c*); that is, of "the increased costs of shared custody arrangements" and "the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse [parent] and of any child for whom support is sought". This evidence has often been lacking, with the result that the courts have been forced either to make assumptions about increased costs, or to refuse the application under s. 9 for lack of an evidentiary foundation. The latter option is particularly unsatisfactory in cases of in-person litigants who often have little idea about the nature of the evidence which is required. A carefully crafted, standard form, "fill-in-the-blanks" affidavit attached to the Guidelines may be of some assistance in that regard. Having said that, I recognize that it is not always easy for an access parent to demonstrate precisely what costs have increased as a result of increased access, and by how much. That problem highlights the attraction for some of a multiplier approach, since it has the benefit of simplicity and ease of application for in-person litigants, in particular. In the American jurisdictions which use a multiplier, it is incorporated into the relevant child support guidelines. I do not interpret our Guidelines, as currently drafted, as justifying such an approach. [Emphasis added.]

In *Slade v. Slade*, at para. 19, the Newfoundland Court of Appeal also considered the application of a multiplier:

> There are other approaches. For example, a multiplier of 1.5 has been applied to the set-off figure on the assumption that 50% of the custodial parent's costs are fixed and therefore unaffected by the time the children are with the other parent. The multiplier is commonly used in United States jurisdictions which have sought to avoid the necessity of calling evidence of actual increased costs associated with shared custody. Section 9 would indicate that in Canada the examination of the actual circumstances was chosen as the appropriate method. However, as Justice Prowse said in *Green*: "This evidence has often been lacking, with the result that the courts have been forced either to make assumptions about increased costs, or to refuse the application under s. 9 for lack of an evidentiary foundation" (para. 35). Justice Prowse indicated that she did not view s. 9 as justifying the multiplier approach. However, she was

Dans *Green c. Green*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est prononcée sur l'emploi d'un multiplicateur et a conclu qu'il était exclu (par. 35) : 63

> [TRADUCTION] Cependant, pour appliquer l'art. 9, il importe que les parties présentent des éléments de preuve relativement aux al. 9*b*) et *c*), savoir « [l]es coûts plus élevés associés à la garde partagée » et « [l]es ressources, [l]es besoins et, d'une façon générale, [la] situation de chaque époux [parent] et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée ». Cette preuve a souvent fait défaut, si bien que les tribunaux ont dû s'en remettre à des conjectures relativement aux coûts plus élevés ou rejeter la demande pour absence de fondement. Cette dernière issue est particulièrement insatisfaisante dans le cas où la partie n'est pas représentée par avocat et a souvent peine à concevoir la preuve requise. D'où l'opportunité de joindre aux lignes directrices un affidavit type soigneusement conçu et qu'il suffirait de remplir. Cela dit, je reconnais qu'il n'est pas toujours facile à un parent de préciser quels coûts ont augmenté en raison de l'accroissement de son droit d'accès, et dans quelle proportion. Cette difficulté explique l'intérêt que certains portent à l'emploi d'un multiplicateur, cette méthode étant simple et facile d'application, spécialement pour une partie non représentée par avocat. Dans les États américains où il est employé, le multiplicateur est intégré aux lignes directrices applicables aux pensions alimentaires pour enfants. À mon sens, le libellé actuel des lignes directrices ne justifie pas son emploi. [Je souligne.]

Dans *Slade c. Slade*, la Cour d'appel de Terre-Neuve s'est également penchée sur l'utilisation d'un multiplicateur (par. 19) : 64

> [TRADUCTION] D'autres méthodes existent. À l'issue de la compensation, on a utilisé un multiplicateur de 1,5 en supposant que 50 p. 100 des coûts du parent ayant la garde étaient fixes et demeuraient donc les mêmes indépendamment du temps que l'enfant passait avec l'autre parent. Le recours à un multiplicateur est courant dans les États américains qui ont voulu soustraire les parties à l'obligation de faire la preuve des coûts plus élevés associés à la garde partagée. L'article 9 donne à penser que, au Canada, la bonne méthode consiste à tenir compte de la situation réelle. Toutefois, comme l'a dit la juge Prowse dans *Green*, "cette preuve a souvent fait défaut, si bien que les tribunaux ont dû s'en remettre à des conjectures relativement aux coûts plus élevés ou rejeter la demande pour absence de fondement" (par. 35). Elle a ajouté que l'art. 9 ne justifiait pas le recours à un multiplicateur. Cependant, elle ne

unwilling to say that there was only one approach possible under the section. The multiplier has been used in a number of cases in this Province and, to be frank, when specific evidence regarding the increased cost of shared custody is not before the trial judge the multiplier would appear to be a method of providing rough justice; though I would agree with Justice Prowse, the research to support the multiplier of 1.5 has not been done in Canada. [Emphasis added.]

65 D. A. R. Thompson in his Annotation to *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)*, 2004 CarswellBC 1157, highlights some of the more egregious problems related with the use of a multiplier:

The problems with the *Contino* analysis are entirely in steps (2) and (3). A multiplier for increased costs is already built into the straight set-off. Multipliers are not needed so long as you steer clear of any use of the pro-rated set-off, as the Ontario Court of Appeal directed (unlike the B.C. Court of Appeal). A multiplier on top of a straight set-off of Table amounts is clearly double-counting. The *Contino* court's use of actual spending under the third step leads to further double-counting — possibly even some triple-counting — of expenses for children.

See also Thompson, "Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*", at pp. 329-31.

66 M. S. Melli in "Guideline Review: Child Support and Time Sharing by Parents" (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219, at p. 232, observes that the multiplier is an instrument that may be difficult to use given its consequences:

. . . using a multiplier on the child support amount also has the effect of producing a lesser reduction in the payment by the nonresidential parent. When that parent is the lower income parent, the result may be as detrimental to the child as a decrease to the other parent. Furthermore, the principal costs of shared time, the duplication of facilities are borne by the nonresidential parent. Some of these costs are already factored into the child support formula as costs of visitation. To increase the child support award across the board to both parents makes the nonresidential parent pay twice for certain costs and seem structured to discourage time sharing by

s'est pas montrée disposée à n'admettre qu'une seule méthode sous le régime de cette disposition. Les tribunaux de la province ont employé le multiplicateur dans bon nombre d'affaires et, en toute honnêteté, lorsque le juge de première instance n'est pas saisi d'éléments de preuve précis concernant les coûts plus élevés associés à la garde partagée, il semble que le multiplicateur assure une certaine justice, bien que je sois d'accord avec la juge Prowse que, au Canada, aucune recherche n'a encore justifié l'emploi du multiplicateur de 1,5. [Je souligne.]

Dans son commentaire de l'arrêt *E. (C.R.H.) c. E. (F.G.)*, 2004 CarswellBC 1157, D. A. R. Thompson a fait ressortir quelques-uns des problèmes les plus graves liés à l'emploi d'un multiplicateur :

[TRADUCTION] Les problèmes que pose l'analyse retenue dans *Contino* se manifestent tous aux étapes (2) et (3). La compensation simple englobe déjà un multiplicateur pour les coûts plus élevés. Les multiplicateurs sont superflus dès qu'on s'abstient de recourir à la compensation au prorata, comme l'a ordonné la Cour d'appel de l'Ontario (contrairement à la Cour d'appel de la C.-B.). Appliquer un multiplicateur en sus de la compensation simple équivaut clairement à une double prise en compte. Dans *Contino*, la décision de la Cour d'appel de tenir compte des dépenses réelles à la troisième étape mène à une autre prise en compte double — voire triple — des dépenses liées à l'enfant.

Voir également Thompson, « Case Comment : *Contino v. Leonelli-Contino* », p. 329-331.

Dans son article intitulé « Guideline Review : Child Support and Time Sharing by Parents » (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219, M. S. Melli fait observer que l'emploi d'un multiplicateur peut, en raison de ses conséquences, être difficile (p. 232) :

[TRADUCTION] . . . le recours à un multiplicateur pour calculer le montant de la pension alimentaire pour enfants emporte également une moins grande diminution du montant exigible du parent qui n'habite pas avec l'enfant. Lorsque ce parent touche le revenu le moins élevé, le résultat peut être aussi préjudiciable pour l'enfant que ne le serait une diminution pour l'autre parent. En outre, les principaux coûts de la garde partagée, les aménagements doubles, sont supportés par le parent qui n'habite pas avec l'enfant. Certains de ces coûts sont déjà pris en considération dans le calcul du montant de la pension alimentaire pour enfants (coûts liés au droit

parents. For these reasons, guideline reviewers should investigate carefully proposals to use a multiplier.

de visite). La hausse générale du montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard des deux parents oblige le parent qui n'habite pas avec l'enfant à payer certains coûts deux fois et semble conçue pour décourager les parents à se partager la garde de l'enfant. C'est pourquoi les personnes chargées de la révision des lignes directrices devraient examiner attentivement les propositions favorables à l'emploi d'un multiplicateur.

It is of primary importance to note that, so far, the research to support the multiplier of 1.5, or any other multiplier for that matter, has not been done in Canada: *Slade v. Slade*, at para. 19. Even the Department of Justice in its *Children Come First* Report, does not recommend the use of a multiplier in the absence of available research in Canada to show how much shared custody increases cost: "Without empirical evidence on the relative proportion of fixed and 'shiftable' costs, the Department of Justice cannot support the use of a multiplier as a presumption in shared custody cases" (p. 74).

67 L'on ne saurait trop insister sur le fait que, à ce jour, au Canada, aucune recherche n'a justifié l'emploi d'un multiplicateur de 1,5 ou de tout autre multiplicateur : *Slade c. Slade*, par. 19. Même le ministère de la Justice ne recommande pas l'utilisation d'un multiplicateur au motif qu'aucune étude au Canada ne permet actuellement d'évaluer l'augmentation des coûts due à la garde partagée : « [f]aute de preuves empiriques quant à la proportion relative des coûts fixes et des coûts "variables", le ministère de la Justice ne peut favoriser l'utilisation d'un multiplicateur à titre de formule générale dans les cas de garde partagée » : *Les enfants d'abord*, p. 79.

Section 9(*c*) vests the court a broad discretion for conducting an analysis of the resources and needs of both the parents and the children. As mentioned earlier, this suggests that the Table amounts used in the simple set-off are not presumptively applicable and that the assumptions they hold must be verified against the facts, since all three factors must be applied. Here again, it will be important to keep in mind the objectives of the Guidelines mentioned earlier, requiring a fair standard of support for the child and fair contributions from both parents. The court will be especially concerned here with the standard of living of the child in each household and the ability of each parent to absord the costs required to maintain the appropriate standard of living in the circumstances.

68 L'alinéa 9*c*) confère au tribunal le vaste pouvoir discrétionnaire d'examiner les ressources et les besoins à la fois des parents et des enfants. Il s'ensuit, je le rappelle, que l'application des montants figurant dans la table et à partir desquels la compensation simple est effectuée ne saurait donc être présumée et qu'il faut s'assurer de la véracité des hypothèses qui sous-tendent ces montants au regard des faits, puisque les trois facteurs doivent être appliqués. À nouveau, il importe de garder présents à l'esprit les objectifs des lignes directrices énoncés précédemment — normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants et juste contribution de chacun des parents. Dans la présente affaire, notre Cour se souciera particulièrement du niveau de vie de l'enfant dans chacun des ménages et de la capacité de chacun des parents de supporter le coût du maintien du niveau de vie voulu dans les circonstances.

The Court of Appeal enumerates a number of factors to be considered under this subsection:

69 La Cour d'appel énumère un certain nombre de facteurs à prendre en compte pour l'application de cet alinéa :

1. Actual spending patterns of the parents;

1. les habitudes de dépenses réelles des parents;

2. Ability of each parent to bear the increased costs of shared custody (which entails consideration of assets, liabilities, income levels and income disparities); and

3. Standard of living for the children in each household.

70 The actual spending patterns of the parents have already been considered under s. 9(*b*). These factors are helpful, the last one being particularly useful for the exercise of discretion in a predictable manner. As I indicated above, financial statements and/or child expenses budgets are necessary for a proper evaluation of s. 9(*c*).

71 Moreover, given the broad discretion of the court conferred by s. 9(*c*), a claim by a parent for special or extraordinary expenses falling within s. 7 of the Guidelines (see Appendix) can be examined directly in s. 9 with consideration of all the other factors (see *Slade v. Slade*, at paras. 26-30). Section 9(*c*) is conspicuously broader than s. 7.

72 The Court of Appeal, when reversing the decision of the Divisional Court, posited that a reduction in support under s. 9 will sometimes result in undue hardship to the recipient parent and that in such cases the court will need to consider the provisions of s. 10(1) of the Guidelines. In my opinion, there is no need to resort to s. 10, either to increase or to reduce support, since the court has full discretion under s. 9(*c*) to consider "other circumstances" and order the payment of any amount, above or below the Table amounts (see "Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*", at p. 332). It is not that "other circumstances" of each spouse and "hardship" are equivalent terms, it is that the discretion of the court, properly exercised, should not result in hardship. It may be that s. 10 would find application in an extraordinary situation, but that is certainly not the case here.

2. la capacité de chacun d'eux de supporter les coûts plus élevés de la garde partagée (ce qui suppose l'examen de l'actif et du passif, ainsi que des revenus et de leur disparité);

3. le niveau de vie de l'enfant dans chacun des ménages.

Les habitudes de dépenses réelles des parents ont déjà été prises en considération à l'al. 9*b*). Ces facteurs sont utiles, le dernier favorisant tout particulièrement l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'une manière prévisible. Je rappelle que les états financiers ou les budgets des dépenses pour l'enfant, ou les deux, sont nécessaires pour effectuer correctement l'évaluation que commande l'al. 9*c*).

Qui plus est, vu le large pouvoir discrétionnaire que l'al. 9*c*) confère au tribunal, la demande relative à des dépenses spéciales ou extraordinaires visées à l'art. 7 des lignes directrices (voir l'annexe) peut être examinée directement dans le cadre de l'instance fondée sur l'art. 9, au regard de tous les autres facteurs (voir *Slade c. Slade*, par. 26-30). L'alinéa 9*c*) a visiblement une portée plus large que l'art. 7.

En infirmant la décision de la Cour divisionnaire, la Cour d'appel a postulé que la réduction du montant de la pension alimentaire sous le régime de l'art. 9 causait parfois des difficultés excessives au parent créancier et que, en pareil cas, le tribunal devait envisager l'application du par. 10(1) des lignes directrices. À mon avis, point n'est besoin de recourir à l'art. 10 pour augmenter ou réduire le montant de la pension alimentaire, puisque l'al. 9*c*) investit le tribunal du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la « situation [générale] » de chaque époux et d'ordonner le versement de tout montant supérieur ou inférieur à celui que prévoit la table (voir « Case Comment : *Contino v. Leonelli-Contino* », p. 332). Ce n'est pas que cette « situation [générale] » et l'existence de « difficultés excessives » soient équivalentes, mais l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire du tribunal ne devrait pas occasionner de difficultés excessives. L'article 10 pourrait s'appliquer dans un cas exceptionnel, mais certainement pas en l'espèce.

2.3 *Application of Section 9 to the Facts*

Now that the principles which regulate the appropriateness of child support awards under s. 9 of the Guidelines have been clarified, I will turn to the facts of this particular case.

In this case, the motions judge granted the motion and reduced the $563 in monthly child support that the father had been paying to $100. As the Court of Appeal stated, "[s]he applied a mathematical formula similar to the formula found in s. 8 of the Guidelines for split custody and essentially set-off the father's and mother's Table amounts. She then required the father to pay the difference, with a very minor adjustment" (para. 1).

It seems very clear from the reasons for judgment of Rogers J. that she did not exercise her discretion properly, having relied on a mathematical analysis which is at odds with the approach for determining child support under s. 9 of the Guidelines. In her order, Rogers J. mentioned:

There is now a shared custody regime and there is going to be a reduction from the guideline amount. I have gone through the math with Mr. Cooper. I thank him for his mathematical skills and or those of his calculator. It seems as though the number is something around $96.

The motions judge's failure to provide adequate reasons for this conclusion is apparent from her order. For its part, the Divisional Court held that there was no right of deviation from the s. 3 presumptive amount merely upon passing the 40 percent threshold; this too, is an erroneous approach.

The Court of Appeal fell into error by assuming, rather than applying evidence of the additional costs attributable to the shared custody, and by using a multiplier. The simple set-off verified against the budgets submitted by the parties under s. 9(*c*) is however acceptable in the absence of

2.3 *Application de l'art. 9 aux faits de l'espèce*

Maintenant que sont clarifiés les principes qui président à la détermination de l'ordonnance alimentaire qui s'impose en application de l'art. 9 des lignes directrices, il convient de se pencher sur les faits de la présente affaire. 73

En l'espèce, la juge des requêtes a accueilli la requête et fait passer de 563 $ à 100 $ par mois le montant de la pension alimentaire versée par le père. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, [TRADUCTION] « [e]lle a appliqué une formule mathématique similaire à celle prévue à l'art. 8 des lignes directrices en cas de garde exclusive et elle a essentiellement effectué la compensation des montants figurant dans la table pour le père et la mère. Elle a ensuite ordonné au père de payer la différence, montant qu'elle a très légèrement rajusté » (par. 1). 74

Il appert très clairement des motifs de la juge Rogers qu'elle n'a pas exercé correctement son pouvoir discrétionnaire puisqu'elle s'est fondée sur une méthode arithmétique incompatible avec l'analyse qui doit présider à la détermination du montant de la pension alimentaire pour enfants sous le régime de l'art. 9 des lignes directrices. Voici un extrait de son ordonnance : 75

[TRADUCTION] Les parties étant maintenant en situation de garde partagée, le montant prévu dans les lignes directrices sera réduit. J'ai fait les calculs avec M^e^ Cooper. Je le remercie d'avoir fait bénéficier la cour de ses aptitudes en arithmétique et de sa calculatrice. Il semble que le montant soit d'environ 96 $.

Au vu de son ordonnance, la juge des requêtes n'a pas dûment étayé cette conclusion. Pour sa part, la Cour divisionnaire a opiné que le fait d'atteindre le seuil de 40 p. 100 ne conférait aucun droit de rajustement du montant tenu pour applicable à l'art. 3; elle avait également tort. 76

La Cour d'appel a fait erreur en se fondant sur des hypothèses, et non sur la preuve, pour déterminer les coûts supplémentaires associés à la garde partagée et en utilisant un multiplicateur. La compensation simple rajustée en fonction des budgets présentés par les parties pour les besoins de l'al. 9*c*) est 77

other evidence, since it leads to an examination of the actual capacity of each party to contribute to the expenses and consideration of the standard of living of both households. The Court of Appeal exercised its discretion to order the total variable expenses to be shared in proportion to respective incomes. In my analysis, I will confirm this but will give further attention to the actual ability of each parent to absorb increased costs.

78 The record before this Court contains sufficient evidence, i.e., affidavits and financial statements from both parents, in order to set the correct support payment without having to order a new trial. I nevertheless would caution against making awards without having taken steps to obtain a complete record. As determined by the motions judge, the Table amount for the father on an income of $87,315 is $688 per month; the Table amount for the mother on an income of $68,082 is $560. The set-off amount is $128. The father's child expense budget reveals monthly expenditures attributable to the child of $1,814 and the mother's child expense budget reveals monthly expenditures attributable to the child of $1,916.95. These budgets were accepted at trial and should not be questioned here. They establish that expenditures are not the same for both parents, and that there is in fact a large amount of duplication with regard to fixed costs. Both of these factors point to the need for significant adjustments to the set-off amounts. The second step in the analysis consists of looking at the ratio of income between the parties of 56:44 (in the interest of precision and exactitude, I have slightly modified the ratio used by the Court of Appeal); the father ought to be responsible for 56 percent of the total child related expenditures, $2,089.33, and the mother ought to be responsible for 44 percent of the total child-related expenditures, $1,641.62. Already contributing $1,814, the father would be required to pay the mother the sum of $275.33. In addition, attention must be given to the fact that the father's net worth is $255,750 and the mother's $190,651; this is consistent with the means and conditions test in s. 9(*c*) and will be dealt with later.

toutefois acceptable à défaut d'autres éléments de preuve, puisqu'elle mène à l'examen de la capacité réelle de chacune des parties d'assumer une partie des dépenses et du niveau de vie des deux ménages. La Cour d'appel a exercé son pouvoir discrétionnaire en ordonnant que le total des dépenses variables soit partagé à proportion du revenu de chacune des parties. Je le confirmerai dans mon analyse, mais j'examinerai par ailleurs la capacité réelle de chacun des parents de supporter le coût accru.

Le dossier dont notre Cour est saisie contient tous les éléments de preuve nécessaires — affidavits et états financiers des deux parents — pour fixer le juste montant de la pension alimentaire sans avoir à ordonner un nouveau procès. J'insiste cependant sur l'importance de prendre des mesures pour constituer un dossier complet avant de fixer un montant. Comme l'a déterminé la juge des requêtes, le montant figurant dans la table pour le père, dont le revenu est de 87 315 $, s'élève à 688 $ par mois; celui qui y figure pour la mère, dont le revenu est de 68 082 $, s'élève à 560 $. Le montant issu de la compensation est de 128 $. Le budget produit par le père révèle que ses dépenses mensuelles pour l'enfant sont de 1 814 $. Celui de la mère révèle qu'elle dépense chaque mois 1 916,95 $ pour son fils. Ces budgets ont été admis en preuve en première instance et ne devraient pas être remis en question à ce stade. Ils établissent que les dépenses ne sont pas les mêmes pour les deux parents et qu'il existe dans les faits un doublement considérable des frais fixes. Ces deux facteurs font ressortir la nécessité de rajuster sensiblement les montants issus de la compensation. La deuxième étape de l'analyse consiste à examiner le ratio 56/44 (par souci d'exactitude, le ratio utilisé par la Cour d'appel est légèrement modifié) applicable aux revenus des parties; le père doit assumer 56 p. 100 du total des dépenses pour l'enfant, soit 2 089,33 $, et la mère 44 p. 100, soit 1 641,62 $. Sa contribution s'élevant déjà à 1 814 $, le père devrait payer à la mère la somme de 275,33 $. Par ailleurs, il faut tenir compte du fait que l'avoir net du père est de 255 750 $ et celui de la mère de 190 651 $, comme l'exige le facteur des ressources et des besoins énoncé à l'al. 9*c*), dont il est question plus loin.

The set-off amount under s. 9(*a*) is $128, but, as I have just noted, other circumstances and the evidence presented under s. 9(*c*) requires that it be adjusted. Based only on the sharing of child-related expenditures apportioned against the income of the parents, the father would be required to pay the mother a sum of $275.33 per month. Furthermore, examining all the costs of both parents, I have found no evidence that the fixed or variable costs of the mother decreased in any way following the shared custody arrangement; on the other hand, there is no evidence that the extra time devoted by the father or, more generally, the change brought to the custodial arrangement, has resulted in any increase in the father's actual expenses. Because this s. 9 application represents a variation from a long-standing financial status quo upon which the mother incurred valid expenses on behalf of this child, these realities are important considerations. As mentioned earlier, the means and conditions test in s. 9(*c*) requires that I also consider the difference in net worth between the parents, which is $65,099, and the general ability of each parent to absorb increased costs.

This means that I must now consider the impact of a new support order on the standard of living of the child under s. 9(*c*). I cannot ignore the fact that, in this case, I am dealing with a variation order and not a first time order. Up until this litigation, by way of settlement, for a number of years, the mother was receiving over $500 from the father (an amount that was not adjusted in 1999 even though the father's income rose to $83,527.58). Finally, while the motions judge refused to consider this fact, it is clear from the record that the mother moved to a new house in 2000 because she believed it was in the child's best interest, in the reasonable expectation that she would continue to receive $563 a month or more from the father. This expense, which was not challenged as inappropriate by the father, has to be considered part of the contextual analysis which includes consideration of the financial conditions and means of the mother. The purchase of the new home created some financial difficulties for the mother since she had to collapse a significant amount of her RRSPs (and

La compensation des montants visés à l'al. 9*a*) donne 128 $, mais, je le rappelle, la situation générale et la preuve présentée relativement à l'al. 9*c*) commandent le rajustement de ce montant. Si l'on répartissait les dépenses liées à l'enfant seulement à proportion du revenu des parents, le père devrait verser à la mère 275,33 $ par mois. De plus, à l'examen de tous les coûts supportés par le père, je n'ai relevé aucune preuve de diminution des coûts fixes ou variables de la mère résultant de la garde partagée. Par ailleurs, rien ne prouve que le temps supplémentaire que le père consacre à l'enfant ou, plus généralement, la modification des modalités de garde, a accru ses dépenses réelles. Étant donné que l'ordonnance demandée sur le fondement de l'art. 9 modifierait une situation financière de longue date en fonction de laquelle la mère a engagé des dépenses légitimes pour l'enfant, ces considérations importent. Je le répète, le facteur des ressources et des besoins prévu à l'al. 9*c*) exige également que je tienne compte de l'écart entre les avoirs nets des parents, qui s'élève à 65 099 $, et de la capacité générale de chacun d'eux de supporter le coût accru. 79

L'alinéa 9*c*) me commande donc de prendre en compte maintenant les répercussions d'une nouvelle ordonnance alimentaire sur le niveau de vie de l'enfant. Je ne peux faire abstraction du fait qu'il s'agit en l'espèce d'une ordonnance modificative, et non d'une ordonnance initiale. Pendant un certain nombre d'années, avant que ne prenne naissance le présent litige, le père a versé à la mère plus de 500 $ par mois conformément à une entente intervenue entre eux (montant qui n'a pas été rajusté en 1999, bien que le revenu du père soit passé à 83 527,58 $). Enfin, malgré le refus de la juge des requêtes de tenir compte de ce fait, il ressort du dossier que, en 2000, la mère a emménagé dans une nouvelle maison parce qu'elle croyait qu'il y allait de l'intérêt de l'enfant et qu'elle s'attendait raisonnablement à ce que le père continue de verser 563 $ ou plus par mois. Cette dépense, dont le père n'a pas contesté la légitimité, doit être considérée dans le cadre de l'analyse contextuelle, qui englobe notamment l'examen des ressources financières et de la situation générale de la mère. L'achat de la nouvelle 80

consequently pay income tax on what she cashed in). She was legitimately relying on the support payment she was receiving from the father pursuant to the earlier arrangements made between them. He could not have ignored that. In light of these factors, I have come to the conclusion that the child support must be set at $500 per month. I see no reason to question the view of the Court of Appeal that the facts of this case do not substantiate a retroactive order.

81 I would like to add a word of caution regarding the use of budgets at the appellate level in light of the approach adopted by Fish J. It is important, in my view, that all financial information be presented for a proper application of s. 9, but details concerning the appropriateness of individual items should be decided by the trial judge, on the basis of representations made by the parties. I, with all due respect, find it incongruous for this Court to question the unchallenged appropriateness of taking into account the cost of one car, for each household, or the fact that the father wishes to bring his son to restaurants on a regular basis. What we have here is a set of facts that have been accepted and are just one part of the general framework for the application of s. 9. I do not believe a line by line questioning of expenses and reapportionment of those expenses is fairer to the parties or more appropriate just because it involves a more moderate change of the set-off amount of $128.

3. Conclusion

82 The determination of an equitable division of the costs of support for children in shared custody situations is a difficult matter; it is not amenable to simple solutions. Any attempt to apply strict formulae will fail to recognize the reality of various families. A contextual approach which takes into account all three factors enunciated by Parliament in s. 9 of the Guidelines must be applied.

83 The appeal is allowed and the amount of support to be paid by the father to the mother is set at $500

maison a causé certaines difficultés financières à la mère puisqu'elle a dû encaisser une partie importante de l'actif de son REER (et payer de l'impôt en conséquence). Elle comptait à bon droit sur la pension alimentaire versée par le père suivant l'entente qui existait entre eux. Ce dernier ne pouvait l'ignorer. Vu ces éléments, j'arrive à la conclusion que le montant de la pension alimentaire doit être de 500 $ par mois. Je ne vois aucune raison de mettre en doute l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle les faits de l'espèce ne justifient pas une ordonnance rétroactive.

À la lumière de l'analyse du juge Fish, je tiens à faire une mise en garde concernant l'utilisation de budgets en appel. Selon moi, l'application correcte de l'art. 9 exige la présentation de toute l'information financière, mais il appartient au juge de première instance de décider, compte tenu des observations des parties, à l'issue d'un examen détaillé, de l'opportunité d'une dépense en particulier. En toute déférence, je trouve incongru que notre Cour s'interroge sur l'opportunité — non contestée — de tenir compte du coût d'une voiture pour chacun des ménages ou sur le fait que le père veut amener son fils au restaurant régulièrement. Nous sommes en présence d'un ensemble de faits qui ont été reconnus et qui ne sont qu'un des paramètres généraux d'application de l'art. 9. Je ne crois pas qu'un examen poste par poste des dépenses suivi d'une nouvelle répartition de celles-ci soit plus équitable vis-à-vis des parties ou plus approprié du seul fait qu'il donne lieu à une modification moins importante du montant issu de la compensation (128 $).

3. Conclusion

La répartition équitable des dépenses de l'enfant dans le contexte d'une garde partagée est une tâche difficile; il n'y a pas de solutions simples. L'application de formules strictes ne permet pas l'adaptation aux divers profils familiaux. Il faut appliquer une analyse contextuelle qui tient compte des trois facteurs énoncés par le législateur à l'art. 9 des lignes directrices.

Le pourvoi est accueilli et le montant de la pension alimentaire que le père doit verser à la mère est

per month. Like the justices of the Court of Appeal, I am of the view that success was divided at all levels and that the difficulties associated with the interpretation of s. 9 of the Guidelines makes this case a proper one to order that both parties bear their own costs throughout.

The following are the reasons delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

Child support provides an economic safety net for its intended beneficiaries — the children, not the parents — of failed family relationships. It serves to "break the fall" by affording the children a reasonable standard of living commensurate with the combined resources of their parents.

And, in cases of shared custody, child support seeks to secure for the child, insofar as possible, a similar standard of living in the two households concerned. Children may prefer one household to the other, but that cannot be made to depend on the respective means or resources of their parents.

Where a child resides with one parent less than 40 percent of the time, that parent is deemed, by legislative fiction, to incur no child-related expenses at all. The appropriate level of child support is fixed with mathematical precision by the *Federal Child Support Guidelines*, SOR/97-175 ("Guidelines"), (or a corresponding provincial grid).

That sort of social policy decision is a matter for Parliament. And Parliament has spoken.

In cases of shared custody, where the parents each have access to or custody of the child at least 40 percent of the time, Parliament has spoken as well. There, instead of imposing a mathematical calculus or grid, Parliament has left to the courts the determination of child support in accordance with s. 9 of the Guidelines.

fixé à 500 $ par mois. Tout comme les juges de la Cour d'appel, j'estime que, les parties ayant eu partiellement gain de cause devant toutes les instances et l'art. 9 des lignes directrices ayant donné lieu à des difficultés d'interprétation, il convient d'ordonner que les deux parties paient leurs propres dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

84 La pension alimentaire offre aux bénéficiaires visés — les enfants, et non les parents — un filet de sécurité financière en cas d'éclatement de la famille. Elle « amortit le choc » en assurant aux enfants un niveau de vie convenable proportionné aux ressources combinées des deux parents.

85 En cas de garde partagée, la pension alimentaire vise à ce que, dans la mesure du possible, l'enfant jouisse du même niveau de vie dans les deux ménages. L'enfant peut préférer un ménage à l'autre, mais ce ne doit pas être en raison des ressources respectives de ses parents.

86 La loi présume que le parent chez qui l'enfant habite moins de 40 p. 100 du temps n'engage aucune dépense pour ce dernier. Les *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, DORS/97-175 (« lignes directrices »), (ou la grille provinciale correspondante) permettent de déterminer avec une précision mathématique le montant de la pension alimentaire qui doit être versée pour l'enfant.

87 C'est au législateur qu'appartient ce genre de décision à caractère social, et il s'est prononcé.

88 Dans le cas d'une garde partagée où chacun des parents a accès à l'enfant ou en a la garde, au moins 40 p. 100 du temps, le législateur s'est également prononcé. Au lieu d'imposer un calcul mathématique ou l'application d'une grille, il laisse au tribunal le soin de déterminer le montant de la pension alimentaire conformément à l'art. 9 des lignes directrices.

89 Section 9 sets out in general terms the factors that judges must take into account. But it does not assign them relative weight or indicate — even in general terms — how the factors bear on one another. Still less does s. 9 contemplate, with respect to the shared custody arrangements that are governed exclusively by its terms, a single "correct" award.

90 Rather, s. 9 requires the court in each instance to determine the amount of child support "by taking into account": (a) the Table amounts that would apply if it were a case of sole custody; (b) the increased costs of shared custody arrangements; and (c) "the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought".

91 Applying s. 9 to the evidence in this case, the motions judge ordered Christopher's father to pay Christopher's mother $50 per month for Christopher's support ($100 less $50 in retirement of overpayment); the Divisional Court increased the amount to $688 ((2002), 62 O.R. (3d) 295); and the Court of Appeal fixed support at $399.61 ((2003), 67 O.R. (3d) 703). As I have already mentioned, s. 9 does not command a single result. But neither does it authorize such vastly divergent awards.

92 In short, s. 9 support orders are discretionary by design, but constrained by principle and subject to the overriding requirement of fitness. Support orders in shared custody cases must fall within the boundaries drawn by Parliament in setting out the governing factors under s. 9 of the Guidelines. All of these factors must be considered by the courts in determining an appropriate award. "Appropriate" does not mean mathematically or methodologically ascertainable with precision. It means *within an acceptable range* that is in each case determined by applying in a principled manner the factors set out in s. 9 to the proven facts and particular circumstances of the matter.

93 Of the widely divergent awards in the courts below, only the amount fixed in the Court of Appeal

L'article 9 énonce en termes généraux les facteurs dont le tribunal doit tenir compte. Il ne précise toutefois pas leur importance relative ni — même de manière générale — leur interaction. Il suppose encore moins, à l'égard des modalités de garde partagée régies exclusivement par ses dispositions, l'existence d'un seul montant « juste ».

L'article 9 exige plutôt du tribunal qu'il détermine dans chaque cas le montant de la pension alimentaire « compte tenu » : a) des montants qui s'appliqueraient, selon les tables, s'il s'agissait d'une garde exclusive, b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée et c) « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée ».

Après avoir appliqué l'art. 9 à la preuve en l'espèce, la juge des requêtes a ordonné au père de verser à la mère une pension alimentaire de 50 $ par mois pour Christopher (soit 100 $ moins 50 $ pour le remboursement de paiements en trop). La Cour divisionnaire a porté ce montant à 688 $ ((2002), 62 O.R. (3d) 295), puis la Cour d'appel l'a ramené à 399,61 $ ((2003), 67 O.R. (3d) 703). Je le rappelle, l'art. 9 ne dicte pas un résultat unique. Mais il n'autorise pas non plus la fixation de montants à ce point divergents.

Bref, l'ordonnance alimentaire visée à l'art. 9 est discrétionnaire à dessein tout en étant assujettie non seulement à des considérations de principe, mais aussi à l'exigence prédominante de l'adéquation. En cas de garde partagée, elle doit se situer dans les limites que le législateur a définies à l'art. 9 en y prévoyant les facteurs applicables. Le tribunal doit tenir compte de tous ces facteurs pour arriver au montant « approprié ». Ce dernier n'est pas déterminé avec précision de manière mathématique ou à l'aide d'une méthode. Il se situe plutôt *à l'intérieur de limites acceptables* qui, dans chacun des cas, sont déterminées par l'application raisonnée des facteurs de l'art. 9 aux faits établis par la preuve et aux circonstances particulières de l'espèce.

Parmi les montants très divergents fixés par les tribunaux inférieurs, seul celui de la Cour d'appel

falls within that range. It appears to me reasonable on its face and consistent with the governing principles. I would therefore dismiss this appeal.

II

The predictability ensured with mathematical precision by the Guidelines for sole custody cases has in some quarters created an understandable but futile expectation of like certainty with respect to shared custody arrangements.

Predictability and precision in sole custody awards result from the mandatory application of Table amounts included in the Guidelines. These Table amounts are built on Statistics Canada's "40/30" Equivalence Scale (see: Canada, Department of Justice, *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report* (1997), at p. 3). The Equivalence Scale, in turn, is based on empirical research that showed a 40 percent increase in cost to a household upon adding a second member (child or adult), and 30 percent more for each additional member (both percentages being approximate). In this model, the additional members reside in the household 100 percent of the time.

In shared custody arrangements, the child joins *two* households, each for at least 40 percent of the time. Support orders are in those circumstances governed by s. 9 of the Guidelines. Section 9(*a*) requires that the Table amounts applicable to single custody be taken into account *as one of a series of factors*. There is no meaningful way to graft those Table amounts onto shared custody support orders. They are not meant to be either added to or substracted from the ratio of expenses incurred by either parent at the time the support order is made.

Likewise, s. 9(*b*) of the Guidelines assumes that two households are more expensive than one due to duplicated fixed costs and the loss of economies of scale. But this assumption adds nothing of

s'inscrit dans de telles limites. Il me paraît raisonnable à première vue et compatible avec les principes applicables. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II

94 Chez certains, la prévisibilité assurée avec une précision mathématique par les lignes directrices en cas de garde exclusive a fait naître l'espoir compréhensible mais vain qu'il en aille de même en cas de garde partagée.

95 La prévisibilité et la précision de l'ordonnance alimentaire en cas de garde exclusive découlent de l'application obligatoire des montants figurant dans les tables intégrées aux lignes directrices. Ces tables ont été établies à partir de l'échelle d'équivalence « 40/30 » de Statistique Canada (voir : Canada, Ministère de la Justice, *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique* (1997), p. 3). L'échelle d'équivalence se fonde elle-même sur des recherches empiriques selon lesquelles les coûts augmentent de 40 p. 100 lorsqu'une deuxième personne (enfant ou adulte) se joint à un ménage, puis de 30 p. 100 pour toute autre personne supplémentaire (pourcentages approximatifs). Suivant ce modèle, les membres supplémentaires habitent le lieu de résidence du ménage la totalité du temps.

96 Dans le cas d'une garde partagée, l'enfant se joint à *deux* ménages à raison d'au moins 40 p. 100 du temps chacun. L'ordonnance alimentaire est alors régie par l'art. 9 des lignes directrices. L'alinéa 9*a*) dispose que les montants figurant dans les tables applicables à la garde exclusive constituent *l'un des facteurs* à prendre en considération. Il n'existe aucun moyen satisfaisant d'intégrer ces montants à l'ordonnance alimentaire. Ils ne peuvent être additionnés à la quote-part des dépenses supportées par l'un ou l'autre parent au moment où l'ordonnance alimentaire est rendue, ni en être soustraits.

97 De même, l'al. 9*b*) des lignes directrices suppose que les dépenses de deux ménages sont plus élevées que celles d'un seul à cause du doublement des frais fixes et de la perte d'économies d'échelle. Toutefois,

concrete assistance in fixing an appropriate amount of support.

98 I understand very well that the Guidelines call for objectivity, predictability and efficiency. With respect to shared custody, however, Parliament has departed from the strict table-based model that leads to relative certainty. The focus of s. 9 is on fitness, not formulas. This approach relies on the wisdom and experience of trial judges — the responsibility is primarily theirs — to determine fair awards by applying to the facts as they find them the mandatory considerations set out in s. 9.

99 Parliament has thus favoured judicial discretion, exercised in a principled manner, over the relative certainty of mathematically driven determinations. This legislative choice leaves no statutory vacuum. It signifies Parliament's confidence that judges will exercise wisely and in accordance with the governing criteria the discretion vested in them by s. 9 of the Guidelines, ensuring a sufficiently reliable and reasonably predictable result.

100 In short, s. 9 requires judges to fix child support in shared custody arrangements without the benefits and constraints of a mandatory grid. This deliberate rejection by Parliament of a precise formula or methodology does not authorize the courts to conjure one up from the void.

III

101 For many years Canadian courts took guidance from Kelly J.A.'s finding in *Paras* that "the objective of maintenance should be, as far as possible, to continue the availability to the children of the same standard of living as that which they would have enjoyed had the family break-up not occurred": see *Paras v. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), at p. 134.

102 Although the method for determining child support was fundamentally altered by the

cette hypothèse n'offre rien de concret pour fixer le montant approprié de la pension alimentaire.

Je sais fort bien que les lignes directrices appellent l'objectivité, la prévisibilité et l'efficacité. Or, en matière de garde partagée, le législateur écarte le modèle fondé sur la stricte application de tables offrant une certitude relative. L'article 9 met essentiellement l'accent sur l'adéquation de la pension alimentaire, et non sur l'application de formules. Il est tenu pour acquis que grâce à sa sagesse et à son expérience, le juge de première instance — à qui cette tâche incombe principalement — rendra une ordonnance équitable après avoir appliqué aux faits constatés les considérations impératives énoncées à l'art. 9.

Le législateur a donc privilégié le pouvoir discrétionnaire exercé de façon raisonnée à la certitude relative qu'offre un calcul mathématique. Son choix ne laisse aucun vide juridique et traduit sa confiance que les juges exerceront le pouvoir discrétionnaire conféré à l'art. 9 des lignes directrices judicieusement et selon les critères applicables, de sorte que les résultats seront raisonnablement fiables et prévisibles.

Bref, en cas de garde partagée, l'art. 9 oblige le tribunal à déterminer le montant de la pension alimentaire pour enfants sans les avantages et les contraintes d'une grille obligatoire. Le législateur ayant délibérément écarté toute formule ou méthode précise, le tribunal n'est pas admis à en créer une de toutes pièces.

III

Pendant de nombreuses années, les tribunaux canadiens se sont inspirés de l'arrêt *Paras* où le juge Kelly avait conclu que [TRADUCTION] « l'ordonnance alimentaire devrait avoir pour objectif de permettre aux enfants, dans toute la mesure du possible, de jouir d'un niveau de vie identique à celui dont ils auraient joui s'il n'y avait pas eu rupture de la famille » : voir *Paras c. Paras*, [1971] 1 O.R. 130 (C.A.), p. 134.

L'adoption des lignes directrices en 1997 a fondamentalement modifié le mode de détermination

adoption of the Guidelines in 1997, Kelly J.A.'s words continue to resonate. Section 26.1(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.) (am. S.C. 1997, c. 1), incorporates the former ss. 15(8) and 17(8), which have been seen as a reflection of Kelly J.A.'s observations in *Paras*: see J. D. Payne and M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada 2004* (2004), at p. 10.

In my view, an appropriate support order in this case should ensure insofar as possible that Christopher, the child of the parties, enjoys a standard of living that is reasonably comparable to his standard of living before the divorce and does not vary markedly in material respects moving from one household to the other. The proper pursuit of this objective will of course bear in mind, as I indicated earlier, that child support aims to alleviate the economic impact of divorce on the child; it must not be turned into a ramrod for equalizing the incomes of former spouses.

Like Kelly J.A. (*Paras*, at pp. 134-35), I understand that the resources of both parents will frequently be inadequate after their physical separation to maintain their previous standard of living, under a single roof. Where the two conflict, it is the child's standard of living and not theirs that is to be favoured.

The method for achieving this outcome should be evidence-based. In this respect I am essentially in agreement with my colleague Bastarache J. and the Court of Appeal in this case. Both have stressed the importance of an evidence-based approach.

My colleague indicates that "[t]he record before this Court contains sufficient evidence, i.e., affidavits and financial statements from both parents, in order to set the correct support payment without having to order a new trial" (para. 78). This should not be understood as a general rule that the parents' budgets are "all the necessary evidence" for deciding cases under s. 9. Trial judges have found that budgets alone often present an incomplete or misleading snapshot of the real situation. Upon

de la pension alimentaire, mais les propos du juge Kelly demeurent valables. Le paragraphe 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.) (mod. L.C. 1997, ch. 1), intègre les anciens par. 15(8) et 17(8) dans lesquels on a vu la consécration de l'avis exprimé par le juge Kelly dans *Paras* : voir J. D. Payne et M. A. Payne, *Child Support Guidelines in Canada 2004* (2004), p. 10.

À mon avis, l'ordonnance alimentaire appropriée 103
en l'espèce devrait, dans la mesure du possible, faire en sorte que l'enfant des parties, Christopher, jouisse d'un niveau de vie qui soit raisonnablement comparable à celui d'avant le divorce et qui, à tous égards importants, ne diffère pas nettement d'un ménage à l'autre. Dans la poursuite légitime de cet objectif, le tribunal doit évidemment garder présent à l'esprit, comme je l'ai indiqué précédemment, que la pension alimentaire vise à atténuer les répercussions financières du divorce sur l'enfant; elle ne doit pas devenir un outil de nivellement des revenus des ex-époux.

Tout comme le juge Kelly (*Paras*, p. 134-135), 104
je suis conscient qu'après leur séparation, les deux parents n'ont plus les moyens, dans bien des cas, de maintenir le niveau de vie dont ils jouissaient durant la vie commune. Lorsque leur niveau de vie et celui de l'enfant s'opposent, la préférence doit être accordée au second.

La démarche permettant d'atteindre ce résultat 105
doit être fondée sur la preuve. À cet égard, je partage essentiellement l'avis de mon collègue le juge Bastarache et de la Cour d'appel en l'espèce, qui ont tous deux souligné l'importance de s'appuyer sur la preuve.

Selon mon collègue, « [l]e dossier dont notre 106
Cour est saisie contient tous les éléments de preuve nécessaires — affidavits et états financiers des deux parents — pour fixer le juste montant de la pension alimentaire sans avoir à ordonner un nouveau procès » (par. 78). Il ne faut évidemment pas en déduire la règle générale que les budgets des parents constituent « tous les éléments de preuve nécessaires » permettant de statuer sur le fondement l'art. 9. Des juges de première instance ont

examining the budgets and considering any supplementary information obtained at the hearing, trial judges are authorized for this reason to adjourn the proceedings should they think this necessary to complete the record.

IV

107 The Tables included in the Guidelines assume that no child care expenditures are made by a parent with whom a child spends less than 40 percent of their time. That assumption vanishes when s. 9 is triggered.

108 Where access by one of the parents hovers just below 40 percent, concerns will arise that crossing the threshold can produce a precipitate drop in child support. To avoid this "cliff effect", the custodial parent (the parent who has sole custody) may be tempted to cling for selfish reasons to its financial advantages — for example, by hiring more babysitters to prevent the other parent from reaching the 40 percent level that brings with it shared custody. The access parent, on the other hand, may be tempted to express an enhanced interest in spending more time with the child, driven more by pecuniary than by parenting considerations.

109 Bastarache J., like the Court of Appeal, discusses the cliff effect in relation to the meaning of "increased costs" of shared custody arrangements under s. 9(*b*). My colleague considers that "increased costs" means all costs incurred by the payor parent; the Court of Appeal, on the other hand, found that the "increased costs" are the incremental costs incurred after the 40 percent threshold is crossed. As we shall see, it appears to me preferable to deal with s. 9(*b*) simply as a binding reminder of the duplications and other incremental costs inherent in shared custody, which the set-off Table amounts under s. 9(*a*) do not take into account.

110 In the present case, to the credit of both parents, there was no such evident tug of war. Both parents

estimé que, à eux seuls, les budgets offrent souvent une image incomplète ou trompeuse de la situation réelle. C'est pourquoi lorsqu'il examine les budgets et soupèse les renseignements supplémentaires obtenus à l'audience, le juge peut au besoin ajourner l'instance pour compléter le dossier.

IV

Les tables que renferment les lignes directrices supposent que le parent qui passe moins de 40 p. 100 du temps avec l'enfant n'engage pas de dépenses pour ce dernier. Cette hypothèse ne tient plus dès que l'art. 9 entre en jeu.

Le parent dont le droit d'accès est à peine inférieur à 40 p. 100 pourrait, s'il franchissait ce seuil, causer une diminution radicale du montant de la pension alimentaire. Et, pour éviter cette « chute brutale », le parent gardien (celui qui a la garde exclusive de l'enfant) pourrait, par égoïsme, chercher à conserver coûte que coûte ses avantages financiers en recourant au gardiennage, par exemple, pour empêcher l'autre parent d'atteindre le seuil de 40 p. 100 à partir duquel la garde deviendrait partagée. Pour sa part, le parent bénéficiant d'un droit d'accès pourrait manifester l'intention de passer plus de temps avec l'enfant en étant mû davantage par son intérêt pécuniaire que par des considérations d'ordre parental.

À l'instar de la Cour d'appel, le juge Bastarache analyse l'effet « chute brutale » au regard « des coûts plus élevés associés à la garde partagée » au sens de l'al. 9*b*). Selon mon collègue, les « coûts plus élevés » s'entendent de tous les frais supportés par le parent débiteur. Pour la Cour d'appel, ils correspondent aux frais supplémentaires engagés une fois franchi le seuil de 40 p. 100. Comme nous le verrons, il me paraît préférable de voir simplement dans l'al. 9*b*) un rappel contraignant des doublements et des autres frais supplémentaires qui sont inhérents à la garde partagée et dont ne tient pas compte la compensation des montants figurant dans les tables effectuée conformément à l'al. 9*a*).

Dans la présente affaire, les parents ne se sont apparemment pas livré une lutte acharnée, et c'est

appear to have kept the interests of their child paramount throughout.

When the mother decided to take a course that would prevent her from caring for Christopher on Tuesdays, she offered to let him spend the evening with his father rather than arrange for a relative to take him. As she explained before the motions judge, "I always tried to do whatever was in my power to ensure that Christopher has a close relationship with his father".

Nor is there any suggestion of machination in the father's offer to take Christopher both Tuesdays and Thursdays rather than exchanging one day for the other. He did not bring his application for modification on the heels of this change. After the mother's course ended, Christopher remained with his father, at least partially at Christopher's request. Only at this point did the father seek an adjustment in child support. He then waited another half-year before pressing his claim in the courts.

Care must nonetheless be taken not to interpret and apply s. 9 in a manner that creates a cliff effect in this case — or aggravates the risk of a cliff effect in others.

V

Simple set-off of the Table amounts for sole custody may be a convenient way to begin the process of fixing an appropriate amount of support and, in this way, serve as a "starting point". It is not, however — and should not be thought of — as a preliminary amount to be increased or decreased, or to have added to it or subtracted from it, other amounts determined on examination of the factors set out in paras. (*b*) and (*c*) of s. 9.

I agree with Bastarache J. that the Court of Appeal erred in its apparent endorsement of "stock multipliers". The expression "stock multiplier" refers here to an abstract or predetermined figure that bears no relation to the specific facts of the case.

tout à leur honneur. Il semble que l'intérêt de leur enfant ait toujours primé.

Lorsque la mère a décidé de suivre un cours qui l'empêcherait de prendre soin de son fils le mardi, elle a pensé le confier au père plutôt qu'à un membre de sa famille. Comme elle l'a expliqué à la juge des requêtes : [TRADUCTION] « j'ai toujours fait mon possible pour que Christopher conserve un lien étroit avec son père ». 111

Rien ne permet de croire que l'offre du père de s'occuper de Christopher le mardi et le jeudi, au lieu de simplement permuter les soirées, était une machination de sa part. Sa demande de modification n'a pas suivi immédiatement. Lorsque le cours a pris fin, Christopher, en partie à sa propre demande, a continué de passer les mêmes soirées chez son père. C'est seulement alors que le père a demandé le rajustement de la pension alimentaire. Il a ensuite patienté six autres mois avant de saisir le tribunal. 112

Il faut néanmoins se garder d'interpréter et d'appliquer l'art. 9 de manière à causer une « chute brutale » en l'espèce ou à accroître le risque d'une telle chute dans d'autres affaires. 113

V

La compensation simple des montants figurant dans les tables pour la garde exclusive peut être un moyen pratique d'entreprendre la détermination du montant approprié de la pension alimentaire et, à cet égard, elle peut servir de « point de départ ». Toutefois, le montant qui en est issu ne saurait être considéré comme un montant de base à majorer ou à réduire, ou auquel ajouter — ou duquel soustraire — d'autres montants déterminés après examen des facteurs énoncés aux al. 9*b*) et *c*). 114

Je conviens avec le juge Bastarache que la Cour d'appel a eu tort d'avaliser — selon toute apparence — l'utilisation d'un « multiplicateur type », c'est-à-dire d'une valeur abstraite ou prédéterminée qui n'a rien à voir avec les faits de l'espèce. 115

116 As I understand it, the Court of Appeal endorsed the use of a multiplier of 1.5 (sometimes called the "Colorado multiplier", in reference to the jurisdiction in which the figure apparently originated) where there is no evidentiary basis for taking into account, as required by s. 9(*b*), the increased costs of shared custody arrangements. In my view, stock multipliers of that sort should not be used at all. The better approach was suggested by the Court of Appeal itself: In the absence of evidence required to make a fact-based, case-specific determination, the trial court can reopen the hearing for that purpose.

Si je comprends bien, la Cour d'appel a approuvé l'emploi d'un multiplicateur de 1,5 (parfois appelé « multiplicateur du Colorado » en raison de son lieu d'origine présumé) lorsque aucune preuve ne permet d'établir, comme l'exige l'al. 9*b*), les coûts plus élevés associés à la garde partagée. À mon avis, l'on devrait éviter tout recours à un tel multiplicateur. La meilleure solution nous vient de la Cour d'appel elle-même : en l'absence de la preuve requise pour rendre une décision fondée sur les faits d'une espèce donnée, le tribunal de première instance peut reprendre l'audience et compléter la preuve.

117 I think it fair to emphasize, however, that the Court of Appeal did not in fact resort to a stock multiplier in this case. It applied instead a multiplicative factor based on the evidence in the record. To the extent that this factor may have been imperfectly established or applied, its impact on the result was limited and, in any event, offset by the countervailing effect of the other factors I shall examine below.

Je dois toutefois préciser que, dans les faits, la Cour d'appel n'a pas eu recours à un tel multiplicateur. Elle a plutôt appliqué un facteur multiplificatif fondé sur la preuve versée au dossier. Si ce facteur a été déterminé ou appliqué de manière imparfaite, son incidence sur le résultat a été limitée et, quoi qu'il en soit, contrebalancée par les autres facteurs que j'examine ci-après.

118 Section 9(*a*) requires the court to take the Table amounts into account in fixing child support for shared custody arrangements. For shared custody arrangements, simple set-off of the Table amounts credits each parent with what that parent would receive if he or she had sole custody. It may be thought, in that way, to adequately compensate both parents. But that compensation is more apparent than real, since it disregards the duplications and other incremental costs inherent in shared custody. The purpose of s. 9(*b*), in my view, is to ensure that these costs are properly reflected in every support order made under s. 9.

L'alinéa 9*a*) exige que le tribunal tienne compte des montants figurant dans les tables pour fixer le montant de la pension alimentaire en cas de garde partagée. La simple compensation de ces montants attribue alors à chacun des parents ce qu'il toucherait si la garde était exclusive. On pourrait croire qu'elle établit un juste équilibre entre les parents, mais les apparences sont trompeuses, car elle fait abstraction des doublements et des autres coûts supplémentaires inhérents à la garde partagée. J'estime que l'al. 9*b*) a pour objet de faire en sorte que toute ordonnance alimentaire rendue sous le régime de l'art. 9 tienne dûment compte de ces coûts.

119 The phrase "increased costs of shared custody arrangements" in s. 9(*b*) must be viewed in this light and I do not find it particularly helpful to focus on either the starting point applied by the Court of Appeal or the starting point preferred by Bastarache J. With respect, I think it preferable to regard s. 9(*b*) as a binding reminder that setting-off the Table amounts is, like other "starting points", the beginning but not the end of the exercise.

L'expression « coûts plus élevés associés à la garde partagée » employée à l'al. 9*b*) doit être considérée sous cet angle. Il ne me paraît pas particulièrement utile d'insister sur le point de départ retenu par la Cour d'appel ni sur celui privilégié par le juge Bastarache. Avec déférence, je crois préférable de voir dans cet alinéa le rappel contraignant que, comme tout autre « point de départ », la compensation des montants figurant dans les tables se situe au commencement de la démarche et non à la fin.

Here, the ultimate burden of the exercise is to fashion a support order with the interests of the child foremost in mind. It must, however, be patterned on the facts and not made of whole cloth.

En l'espèce, le but ultime de la démarche est de concevoir une ordonnance alimentaire en tenant compte avant tout de l'intérêt de l'enfant. L'ordonnance doit toutefois se modeler sur les circonstances de l'espèce, et non sur des données générales. 120

It may be useful to observe that the cliff effect can only arise on a modification of child support. A cliff exists where there is a large vertical change over a small horizontal change. On a first order, there is no risk that a small change in access or custody will cause a precipitous decline in support. There is simply a judicial determination in accordance with the applicable statutory provisions.

Rappelons que l'effet « chute brutale » ne peut se produire que lors d'une modification de l'ordonnance alimentaire. Il y a chute brutale lorsqu'une modification verticale importante résulte d'une modification horizontale minime. Dans le cas d'une demande initiale, il n'y a aucun risque qu'une légère modification des modalités d'accès ou de garde entraîne une baisse subite du montant de la pension alimentaire. Le tribunal rend simplement une décision conforme aux dispositions législatives applicables. 121

On the other hand, where there is a previous support order based on sole custody, it may create a kind of momentum that the change to shared custody will not be entirely capable of arresting. That is particularly so in this case, where concrete and irreversible financial decisions were made by the mother in reliance on the amount of child support then being paid to her by the father — such as collapsing her RRSPs and buying a new home.

Par contre, l'ordonnance alimentaire rendue en fonction d'une garde exclusive peut créer une sorte d'engrenage que le passage à la garde partagée ne saurait arrêter totalement. C'est particulièrement vrai en l'espèce, la mère ayant pris des décisions concrètes et irrévocables sur le plan financier — comme l'encaissement de son REER et l'achat d'une nouvelle maison — en comptant sur le montant de la pension alimentaire alors versée par le père. 122

Christopher's mother thus sacrificed her own financial well-being and her savings for the future so that Christopher could have the best possible life *now*. The father does not dispute that the mother's move to Woodbridge was in Christopher's best interest. The move to the new home was made in November 2000 while the father was still paying $563 per month though the parties had in fact agreed to a shared custody arrangement. It could not therefore have escaped him that the purchase was likely made in partial reliance on his continuing support.

En effet, la mère de Christopher a sacrifié son propre bien-être financier et les sommes mises de côté pour l'avenir afin que Christopher ait *aujourd'hui* la meilleure vie possible. Le père ne conteste pas que l'emménagement de la mère dans la nouvelle demeure de Woodbridge, en novembre 2000, était dans l'intérêt de Christopher. À l'époque, il payait toujours une pension alimentaire de 563 $ par mois même si, dans les faits, les parties avaient convenu de la garde partagée. Le fait que la mère a effectué cet achat en tenant notamment pour acquis qu'il continuerait de verser la pension alimentaire n'a donc pu lui échapper. 123

This is one of the relevant factors under s. 9(*c*), all of which are well set out, indicatively and not exhaustively, by Bastarache J. And I agree with my colleague that commensurate importance should

Il s'agit de l'un des facteurs pertinents suivant l'al. 9*c*) dont le juge Bastarache fait bien état, à titre indicatif et non exhaustif. Et je conviens avec mon collègue qu'il y aurait lieu d'accorder en l'espèce 124

be attached in this case to the respective resources of the parents and to the situation created *consensually* before they moved to shared custody. I shall return to this branch of the matter in discussing an appropriate amount of support.

125 Having applied all the factors and in spite of the broad language of s. 9(*c*), a trial judge may still not have arrived at a just award. When all the line normally on the bobbin is played out, there remains one last reserve. Section 10(1) allows a court to "award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9". "Undue hardship" is the reserve chute when the Guidelines' basic fabric proves insufficient to break the fall.

126 Although the discretion of the court is made very broad by the "other circumstances" already contemplated in s. 9(*c*), that cannot be thought to preclude the application of s. 10, first and foremost because Parliament has otherwise decreed — *expressly*.

127 Section 10 is more than "other circumstances": It more solidly grounds a parent's claim, and it gives a trial judge specific guidance in adjudicating it. Even if "other circumstances" allows for the same result, a judge would have to begin construction on a bare lot, with none of the foundation and superstructure that s. 10 already puts in place.

VI

128 In my respectful view, the support orders made by the motions judge and the Divisional Court in this case both result from an understandable but mistaken quest for certainty and simplicity. No formula can be devised that will at once respect the words of Parliament and achieve the predictability of a universally applicable calculus. The plain fact of the matter is that s. 9 of the Guidelines contemplates a judicial assessment of a variety of

une importance appropriée, d'une part, aux ressources respectives des parents et, d'autre part, à la situation qu'ils ont créée de façon *consensuelle* avant d'opter pour la garde partagée. Je reviendrai à cet aspect au moment de déterminer le montant approprié de la pension alimentaire.

Après avoir tenu compte de tous les facteurs et malgré le libellé général de l'al. 9*c*), un juge de première instance aurait quand même pu ne pas rendre une ordonnance alimentaire juste. Quand tous les critères habituels ont été considérés, il reste une dernière avenue. Le paragraphe 10(1) — applicable en cas de « difficultés excessives » — autorise le tribunal à « fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9 ». Il joue le rôle de parachute de secours lorsque les autres dispositions des lignes directrices ne permettent pas d'amortir le choc.

Bien que l'examen de la « situation [générale] » déjà prévu à l'al. 9*c*) confère au tribunal un très large pouvoir discrétionnaire, la possibilité d'appliquer l'art. 10 n'est pas écartée pour autant, d'abord et avant tout parce que le législateur en a *expressément* décidé autrement.

L'article 10 ne s'en tient pas à l'examen de la « situation [générale] ». Il assoit mieux la demande du parent et balise la démarche du juge de première instance appelé à statuer sur elle. Même si l'examen de la « situation [générale] » permettrait d'arriver au même résultat, le juge devrait s'orienter seul, sans l'assise et le cadre déjà prévus à l'art. 10.

VI

Avec déférence, je suis d'avis que les ordonnances alimentaires rendues en l'espèce par la juge des requêtes et la Cour divisionnaire trahissent toutes deux une quête compréhensible, mais injustifiée, de certitude et de simplicité. Il est impossible de concevoir une formule qui, à la fois, respecte la volonté exprimée par le législateur et a la prévisibilité d'un mode de calcul d'application universelle. Il demeure que l'art. 9 des lignes directrices prévoit l'examen, par le tribunal, d'une foule de

considerations — some competing and some complementary.

The first consideration relates to the Guidelines Table amounts. For the reasons explained, they cannot simply be grafted onto shared custody arrangements. Yet s. 9(*a*) requires that they be taken into account. I have suggested that this might conveniently be done by setting-off the Table amounts that govern sole custody and treating the result as a "starting point" — the first step in a global consideration of all of the factors that must be weighed under s. 9. Here, the set-off amount is $128 per month.

The second consideration, made mandatory by s. 9(*b*), relates to the increased costs of shared custody. On my view of the matter, this relates essentially to the duplication of fixed costs and to other expenses that result from the exigencies of shared custody — housing, toys, clothes, books and supplies in both places, and so forth. The inquiry is essentially evidence-driven. The extent of the duplication of fixed costs will generally be apparent from the budgets submitted by the parties, as tested and clarified at the hearing.

The third consideration relates to s. 9(*c*), which requires the court to take into account "the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought". This is the appropriate place, in my opinion, for an apportionment of certain expenditures according to the respective incomes of the parents, including the duplicated expenses identified pursuant to s. 9(*b*). Section 9(*b*) flags the need to take into account the increased costs of shared custody; s. 9(*c*) by referring to the respective means of the parents suggests how this should be done.

Since this case involves a modification and not an initial support order, s. 9(*c*) requires us to bear in mind the support order in effect immediately prior to the shared custody arrangement. And we are bound as well, of course, to consider the disparity in assets and indebtedness of the parents. These considerations do not yield firm numbers — they

considérations dont certaines sont concurrentes, d'autres complémentaires.

129 La première est celle des montants figurant dans les tables. Pour les raisons déjà exposées, on ne peut les intégrer simplement à l'ordonnance dans une affaire de garde partagée. L'alinéa 9*a*) exige pourtant qu'on en tienne compte. J'ai laissé entendre que le montant issu de leur compensation pouvait servir de « point de départ », la première étape de l'examen global que commande l'art. 9 au regard des facteurs qui y sont énoncés. En l'espèce, ce montant s'élève à 128 $ par mois.

130 La deuxième considération, dont l'al. 9*b*) rend obligatoire la prise en compte, est celle des coûts plus élevés associés à la garde partagée. Selon moi, la disposition vise essentiellement le doublement des coûts fixes et les autres dépenses qu'impose la garde partagée : le logement, les jouets, les vêtements, les livres et les accessoires aux deux endroits, etc. L'examen est essentiellement fonction de la preuve. Généralement, l'importance du doublement des coûts fixes se dégagera des budgets présentés par les parties, après interrogatoire et clarification à l'audience.

131 La troisième considération — prévue à l'al. 9*c*) — est celle « des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée ». C'est à cette étape qu'il convient, à mon sens, de répartir certaines dépenses selon les revenus respectifs des parents, y compris le doublement des dépenses identifiées en application de l'al. 9*b*). Cet alinéa signale la nécessité de tenir compte des coûts plus élevés associés à la garde partagée, tandis que, en renvoyant aux ressources respectives des parents, l'al. 9*c*) suggère la manière de le faire.

132 Comme le tribunal était saisi en l'espèce d'une demande de modification, et non d'une demande d'ordonnance initiale, l'al. 9*c*) commande de ne pas perdre de vue l'ordonnance alimentaire immédiatement en vigueur avant que la garde ne devienne partagée. Évidemment, nous devons aussi examiner la disparité des avoirs et des passifs des parents.

in fact yield no numbers at all — but they do provide guidance in fixing an appropriate amount of support.

133 In apportioning the parents' expenditures between them in accordance with their incomes, we have only the budgets to rely on in this case. Understandably, the budgets attribute entirely to Christopher the expenditures that relate to him alone: for example, his clothing, school lunches, summer camp, books, tuition, school activities, and gifts from Christopher to other children.

134 Both parents attribute to Christopher 50 percent of virtually all of their other "total living expenses". Christopher is thus deemed, arbitrarily it seems, to share equally with his father and mother the cost of their charitable donations, chiropractic and physical therapy, and car insurance, and in the father's case car loan payments and meals outside the home as well. Most of these expenditures appear to have little or no connection to Christopher.

135 An additional difficulty arises where the household is not limited to the parent and child alone. In this case, for example, the Court of Appeal noted that the father has remarried (para. 11). It is therefore unclear why 50 percent of *any* — let alone *all* — household expenditures should be attributed to Christopher.

136 However illogical, this 50 percent apportionment was accepted by the parties and relied on by the courts throughout. At this stage, I therefore feel bound to do likewise, albeit reluctantly.

137 Unlike Bastarache J., however, I would not simply take the global monthly expenditure from the parents' budgets. Only two categories or types of expenditures should in my view be equalized between the parents: first the duplications and other incremental costs inherent in shared custody, which

Ces considérations ne permettent pas d'arriver à un chiffre précis — à aucun en fait —, mais elles orientent la détermination du montant approprié de la pension alimentaire.

En l'espèce, nous n'avons que les budgets pour répartir les dépenses des parents en fonction de leurs revenus. Naturellement, les budgets attribuent à Christopher la totalité des dépenses qui lui sont propres (vêtements, repas à l'école, camp d'été, livres, droits de scolarité, activités scolaires, cadeaux offerts à d'autres enfants, etc.).

Les deux parents imputent par ailleurs à Christopher 50 p. 100 de la quasi-totalité de leurs « dépenses courantes globales ». Christopher est donc réputé — ce qui me paraît arbitraire — partager à parts égales avec son père et sa mère les coûts liés à leurs dons de bienfaisance, à leurs traitements de chiropraxie et de physiothérapie, ainsi qu'à l'assurance de leurs autos, et avec son père, les coûts liés au remboursement de son prêt auto et à ses repas à l'extérieur. La plupart de ces dépenses semblent n'avoir qu'un lien ténu avec Christopher, si toutefois elles en ont un.

Une difficulté supplémentaire se pose lorsque le ménage ne comprend pas que le parent et l'enfant. En l'espèce, par exemple, la Cour d'appel a fait remarquer que le père s'était remarié (par. 11). Il est donc difficile de comprendre l'attribution à Christopher de 50 p. 100 des dépenses du ménage, ne serait-ce que pour *un seul poste* — à plus forte raison pour *tous les postes.*

Bien que contraire au bon sens, cette attribution de 50 p. 100 des dépenses à Christopher a obtenu l'assentiment des parties, et les tribunaux inférieurs s'y sont fiés. À ce stade-ci, je m'estime donc tenu de faire de même, mais bien à contrecœur.

Toutefois, contrairement au juge Bastarache, je ne me fierais pas simplement au montant global des dépenses mensuelles des parents selon leurs budgets. À mon avis, seules deux catégories de dépenses devraient être réparties également entre les parents : premièrement, les doublements et autres

s. 9(*b*) requires us to consider; second, the variable child care costs that might otherwise be shared by the parents.

To begin with, I would thus apportion only duplicated fixed expenditures of the parents (expenditures made by both parents where the expenditure by one does not decrease the expenditure of the other). And I would consider here only the actual, proven and reasonably necessary increased costs inherent in shared custody.

In this regard, it appears from their budgets that the mother spends $889.49 monthly under the "housing" head of her budget, and the father spends $738.50. The total of the two is $1627.99 which, apportioned according to the ratio of their incomes (56:44), invites a monthly equalization payment of $173.17 by the father to the mother.

The second group of expenditures to be apportioned covers variable costs and disbursements that may be unevenly distributed between the parents. These expenditures should be shared fairly rather than on the basis of who writes the cheque.

For example, one parent may spend more on clothing for the child and on gifts from the child to others because the child prefers to go shopping with that parent. Similarly, one parent may spend more than the other on certain fees (activities, books, tuition, special projects, field trips and summer camp) either because that parent has greater enthusiasm for these activities or is the one who typically enrolls the child. In neither case should the parent who initially covers these costs have to bear them alone.

The kinds of expenditures that lend themselves to this unfairly shared burden are those that the parents spend entirely on Christopher. Variable expenses attributed at 50 percent — for example, for meals outside the home, which are claimed by the father in this case — stand on a different footing, since they benefit both the parent and the child and are generally incurred by both parents in accordance with their respective lifestyles.

coûts supplémentaires inhérents à la garde partagée dont l'al. 9*b*) commande l'examen; deuxièmement, les dépenses variables occasionnées par l'enfant et que peuvent par ailleurs se partager les parents.

138 D'abord, je ne répartirais que les dépenses fixes supportées en double par les parents (lorsque celles de l'un n'ont pas pour effet de réduire celles de l'autre). Et je ne tiendrais compte que des coûts accrus inhérents à la garde partagée qui sont réels, avérés et raisonnablement nécessaires.

139 À cet égard, les budgets révèlent que les frais mensuels de logement de la mère s'élèvent à 889,49 $, et ceux du père à 738,50 $, pour un total de 1 627,99 $. Si on applique le ratio de leurs revenus (56/44), le paiement d'égalisation est de 173,17 $, que le père doit verser à la mère chaque mois.

140 La deuxième catégorie de dépenses devant être réparties est celle des dépenses variables que les parents n'engagent pas à parts égales. Leur attribution devrait se fonder sur l'équité et non sur l'identité du parent qui effectue le paiement.

141 Par exemple, un parent peut dépenser davantage pour les vêtements de l'enfant et pour les cadeaux offerts à d'autres enfants parce que son rejeton préfère faire ses achats avec lui. De même, un parent peut dépenser davantage pour certaines choses (activités, livres, droits de scolarité, projets spéciaux, excursions scolaires, camp d'été) parce qu'il a plus d'intérêt pour elles ou qu'il a l'habitude de s'en occuper. Dans les deux cas, celui qui engage initialement la dépense ne devrait pas être le seul à la supporter.

142 Les dépenses qui se prêtent à un tel partage inégal sont celles que les parents engagent uniquement pour l'enfant. Ce n'est pas le cas des dépenses variables attribuées à Christopher à raison de 50 p. 100 — tels les repas à l'extérieur, dans le cas du père — car elles bénéficient à la fois au parent et à l'enfant et, en général, elles sont fonction du mode de vie de chacun des parents.

143 On the evidence before us, the mother spends $428.84 per month on Christopher's clothing, school fees, school lunches, school activities, summer camp, gifts from the child to others, and an RESP. The father's expenditures of this sort (he does not contribute to the RESP) amount to $120 per month. Applying the ratio of incomes as a corrective therefore requires the father to pay $187.35 to the mother, in addition to the $173.17 mentioned earlier (in dealing with duplicated fixed costs), or a total of $360.52 to be paid monthly by Christopher's father to Christopher's mother.

144 I note in passing that the respective Table amounts in this case correspond, almost exactly, to the 56:44 ratio of the parents' incomes: the $688 payable by the father under the Guidelines is about 56 percent of $1248 (the sum of the Table amounts), while the $560 payable by the mother equals about 44 percent. In this way, the simple set-off under s. 9(*a*) and the ratio method under s. 9(*c*) are essentially the same mathematical operation applied to different amounts.

145 Now, with the figure of $360.52 in mind — but making no final determination yet — there are the two non-numerical factors under s. 9(*c*) that have still to be considered. They must be weighed judicially, not arithmetically. The first is the situation prior to shared custody, and the second is the disparity between the net worth of the parents.

146 For the reasons mentioned above, the mother's reliance on the $563 per month in child support previously paid to her by the father is a significant factor in this case. To the father's knowledge if not with his actual agreement, the mother purchased a home, cashed in RRSPs and paid tax on them all in the expectation that she would continue to receive the same or a similar amount in the future. That expectation, though understandable, creates no entitlement to continued support at the same level notwithstanding a move to shared custody.

Selon la preuve au dossier, la mère dépense 428,84 $ par mois pour les vêtements de Christopher, ses droits de scolarité, ses repas à l'école, ses activités scolaires, son camp d'été, les cadeaux qu'il offre à d'autres enfants et son REEE. Les dépenses du père à ce chapitre (il ne contribue pas au REEE) s'élèvent à 120 $ par mois. Si l'on applique le ratio des revenus pour équilibrer le tout, le père devrait verser à la mère 187,35 $, plus la somme de 173,17 $ susmentionnée pour les coûts fixes supportés en double, soit au total 360,52 $ par mois.

Je signale en passant que les montants figurant dans les tables correspondent à quelques dollars près au ratio des revenus des parents, soit 56/44. La somme de 688 $ payable par le père selon les lignes directrices représente 56 p. 100 du total des montants figurant dans les tables, soit 1248 $, et celle exigible de la mère, 560 $, 44 p. 100. Ainsi, la compensation simple fondée sur l'al. 9*a*) et le recours à un ratio suivant l'al. 9*c*) sont essentiellement une même opération mathématique appliquée à des montants différents.

Si l'on retient le montant de 360,52 $, sans pour autant fixer de montant définitif, il nous faut encore soupeser, pour les besoins de l'al. 9*c*), les deux facteurs non numériques qui relèvent de l'appréciation des juges, et non de l'arithmétique. Le premier correspond à la situation antérieure à la garde partagée, et le second à la disparité des avoirs nets des parents.

Pour les raisons déjà exposées, le fait que la mère comptait sur la pension alimentaire mensuelle de 563 $ que lui versait auparavant le père est une considération importante en l'espèce. Au su du père, si ce n'est avec son consentement, la mère a acheté une maison, encaissé l'actif de son REER et payé de l'impôt en conséquence en supposant qu'elle continuerait de toucher le même montant ou à peu près. Bien que compréhensible, cette supposition ne crée aucun droit à une pension alimentaire du même montant une fois que les parents ont convenu de la garde partagée.

The second non-numerical factor to be considered is the disparity between the assets and liabilities of the parents. This factor is relevant for two reasons. First, because assets may create for the parents an opportunity to generate income, increasing their "means" and their ability to provide for the child. Second, a heavy debt load may require that a larger proportion of the parent's income be put in the service of those debts, decreasing that parent's ability to contribute to child care.

147 Le deuxième facteur non numérique est la disparité des actifs et des passifs des parents. Ce facteur est pertinent pour deux raisons. Premièrement, l'actif offre aux parents un moyen de générer des revenus de façon à accroître leurs « ressources » et leur capacité de subvenir aux besoins de l'enfant. Deuxièmement, un endettement élevé peut drainer une grande partie du revenu, diminuant ainsi la capacité du parent de contribuer aux besoins de l'enfant.

The disparity in total income involves different considerations that have already been taken into account. As a discrete consideration under s. 9(*c*), income disparity is relevant to a fair apportionment of total child care expenses and duplicated fixed costs. To make of the relatively moderate earnings disparity in this case an additional, independent factor would undermine the notion that child support is not intended to be a mechanism for equalizing the parents' incomes.

148 L'examen de la disparité des revenus globaux des parents fait intervenir des considérations différentes. L'une d'elles, bien distincte et prévue à l'al. 9*c*), veut que la disparité des revenus importe pour la répartition équitable de l'ensemble des dépenses occasionnées par l'enfant et des coûts fixes supportés en double. En l'espèce, faire de la disparité relativement minime des revenus un facteur additionnel et indépendant irait à l'encontre du principe que la pension alimentaire pour enfants ne vise pas à égaliser les revenus des parents.

It is, of course, relatively easy to ventilate in this way the various factors that must be considered in making a s. 9 support order, and far more difficult to assess their combined or cumulative effect. Yet that is the judicial determination required under s. 9 of the Guidelines where, as here, the parties are bound by a shared custody arrangement.

149 Évidemment, il est relativement aisé d'exposer de la sorte les différents facteurs que le tribunal doit prendre en compte pour rendre l'ordonnance alimentaire visée à l'art. 9, mais il est beaucoup plus difficile d'en d'apprécier l'effet conjugué ou cumulatif. C'est pourtant ce qu'exige du tribunal l'art. 9 des lignes directrices, qui s'applique aux parties liées par un accord de garde partagée, comme en l'espèce.

The support previously paid by the access parent to the parent having sole custody is not presumptively applicable to shared custody, even where the fixed costs of the parties are not significantly affected by the change. As I mentioned earlier, however, it is an important consideration in the circumstances of this case. Here, the support previously paid was $563 per month. The mother incurred fixed costs that were in part a function of the support she was receiving at the time. This, I repeat, must be taken into account, though it creates no entitlement to the same level of support where the parties have moved to shared custody, which is governed by a fundamentally different provision of the Guidelines.

150 La pension alimentaire que versait le parent bénéficiant d'un droit d'accès à celui qui avait la garde exclusive de l'enfant n'est pas présumée exigible si la garde devient partagée, même lorsque les coûts fixes des parties ne sont pas sensiblement modifiés. Toutefois, je rappelle qu'il s'agit d'une considération importante en l'espèce. La pension alimentaire versée par le père s'élevait à 563 $, et les coûts fixes de la mère en dépendaient en partie. Il faut, je le répète, en tenir compte même si cette pension alimentaire n'est pas acquise une fois que les parties optent pour la garde partagée, laquelle est régie par une disposition fondamentalement différente des lignes directrices.

151 Bearing in mind all of the circumstances, I believe that the situation prior to shared custody and the disparity in the net worth of the parties together militate in favour of a support order in the $500 range. Other important factors, however, point to a significantly lower amount: notably, the $360.52 derived by apportioning the relevant child care costs according to the respective incomes of the parents and, more strikingly still, the set-off amount of $128, which must also be taken into account pursuant to s. 9(*a*) of the Guidelines. These are both mandatory considerations in determining child support in cases of shared custody. To attribute little or no importance to them is to impermissibly ignore the plain words of s. 9, read as a whole.

Au vu de toutes les circonstances, j'estime que la situation antérieure à la garde partagée et la disparité des avoirs nets des parties militent toutes deux en faveur d'une ordonnance alimentaire de l'ordre de 500 $. Cependant, d'autres facteurs importants suggèrent un montant nettement inférieur : en particulier, le montant de 360,52 $ obtenu après répartition des dépenses pour l'enfant en fonction des revenus respectifs des parents et, surtout, celui de 128 $ issu de la compensation, dont il faut également tenir compte suivant l'al. 9*a*). Il s'agit de deux considérations obligatoires pour la détermination du montant de la pension alimentaire en cas de garde partagée. Leur accorder une importance minime ou ne leur en accorder aucune revient à faire fi, de manière inacceptable, du libellé clair de l'art. 9 considéré dans son ensemble.

VII

VII

152 For all of the foregoing reasons and with respect for those who are of a different view, I would dismiss the appeal.

Pour tous ces motifs et avec déférence pour ceux qui diffèrent d'opinion, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

153 The motions judge ordered Christopher's father to pay Christopher's mother support for their child that amounts in effect to $50 per month. The Divisional Court substituted an award of $688. I agree with the Court of Appeal that the motions Judge and the Divisional Court both erred in their application of s. 9 of the Guidelines and both reached unacceptable results.

La juge des requêtes a ordonné au père de payer à la mère, pour Christopher, une pension alimentaire dont le montant est en réalité de 50 $ par mois. La Cour divisionnaire a porté ce montant à 688 $. Comme la Cour d'appel, j'estime que la juge des requêtes et la Cour divisionnaire ont appliqué erronément l'art. 9 des lignes directrices et sont arrivées à des résultats inacceptables.

154 The Court of Appeal substituted a support order of $399.61. This award lies within the acceptable range that is in each case determined by applying to the facts, in a principled manner, all of the relevant factors set out by Parliament in s. 9 of the Guidelines. Except as indicated, I believe the Court of Appeal set out the basic principles correctly. Its unfortunate observation as to the permissible use in some circumstances of a "stock multiplier" of 1.5 had no bearing at all on its conclusion, and the limited effect of its resort to a multiplicative factor of 1.67 is adequately compensated by the other factors I have mentioned.

La Cour d'appel a ramené le montant de la pension alimentaire à 399,61 $, ce qui se situe dans les limites acceptables établies, dans chaque cas, en appliquant aux faits, de façon raisonnée, tous les facteurs pertinents énoncés par le législateur à l'art. 9 des lignes directrices. Sauf indication contraire, j'estime que la Cour d'appel a bien exposé les principes de base. Sa malencontreuse observation concernant la possibilité de recourir, dans certaines circonstances, à un « multiplicateur type » de 1,5 n'a nullement entaché sa conclusion, et son recours restreint à un facteur multiplicatif de 1,67 est amplement contrebalancé par les autres éléments que j'ai mentionnés.

I have followed a somewhat different path in pursuing the same quest as the Court of Appeal. But I have arrived at a similar result.

Trial judges are required to exercise their discretion in fashioning s. 9 support orders, and there is no single methodology that best ensures an appropriate result. If the route I have chosen resembles a trial-like exercise, this should be taken as guidance meant to be helpful by example, and not just by exposition.

Finally, I agree that there should be no order as to costs.

APPENDIX

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.)

26.1 . . .

(2) [Principle] The guidelines shall be based on the principle that spouses have a joint financial obligation to maintain the children of the marriage in accordance with their relative abilities to contribute to the performance of that obligation.

Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175

1. [Objectives] The objectives of these Guidelines are

(*a*) to establish a fair standard of support for children that ensures that they continue to benefit from the financial means of both spouses after separation;

(*b*) to reduce conflict and tension between spouses by making the calculation of child support orders more objective;

(*c*) to improve the efficiency of the legal process by giving courts and spouses guidance in setting the levels of child support orders and encouraging settlement; and

(*d*) to ensure consistent treatment of spouses and children who are in similar circumstances.

. . .

J'ai emprunté une voie quelque peu différente pour atteindre le même objectif, mais le résultat est similaire à celui obtenu par la Cour d'appel. 155

L'exercice du pouvoir discrétionnaire s'impose pour rendre l'ordonnance alimentaire visée à l'art. 9, et aucune méthode n'est la meilleure pour assurer l'obtention d'un résultat approprié. Si ma démarche s'apparente à celle d'un tribunal de première instance, il faut y voir le dessein de procéder par voie d'illustration plutôt que d'exposé. 156

Enfin, je conviens de ne rendre aucune ordonnance relative aux dépens. 157

ANNEXE

Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.)

26.1 . . .

(2) [Principe] Les lignes directrices doivent être fondées sur le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants à charge est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux selon leurs ressources respectives permettant de remplir cette obligation.

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175

1. [Objectifs] Les présentes lignes directrices visent à :

a) établir des normes équitables en matière de soutien alimentaire des enfants afin de leur permettre de continuer de bénéficier des ressources financières des époux après leur séparation;

b) réduire les conflits et les tensions entre époux en rendant le calcul du montant des ordonnances alimentaires plus objectif;

c) améliorer l'efficacité du processus judiciaire en guidant les tribunaux et les époux dans la détermination du montant de telles ordonnances et en favorisant le règlement des affaires;

d) assurer un traitement uniforme des époux et [des] enfants qui se trouvent dans des situations semblables les unes aux autres.

. . .

3. (1) [Presumptive rule] Unless otherwise provided under these Guidelines, the amount of a child support order for children under the age of majority is

(*a*) the amount set out in the applicable table, according to the number of children under the age of majority to whom the order relates and the income of the spouse against whom the order is sought; and

(*b*) the amount, if any, determined under section 7.

(2) [Child the age of majority or over] Unless otherwise provided under these Guidelines, where a child to whom a child support order relates is the age of majority or over, the amount of the child support order is

(*a*) the amount determined by applying these Guidelines as if the child were under the age of majority; or

(*b*) if the court considers that approach to be inappropriate, the amount that it considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the child and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the child.

. . .

4. [Incomes over $150,000] Where the income of the spouse against whom a child support order is sought is over $150,000, the amount of a child support order is

(*a*) the amount determined under section 3; or

(*b*) if the court considers that amount to be inappropriate,

(i) in respect of the first $150,000 of the spouse's income, the amount set out in the applicable table for the number of children under the age of majority to whom the order relates;

(ii) in respect of the balance of the spouse's income, the amount that the court considers appropriate, having regard to the condition, means, needs and other circumstances of the children who are entitled to support and the financial ability of each spouse to contribute to the support of the children; and

(iii) the amount, if any, determined under section 7.

3. (1) [Règle générale] Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'enfants mineurs est égal à la somme des montants suivants :

a) le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance et le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande;

b) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

(2) [Enfant majeur] Sauf disposition contraire des présentes lignes directrices, le montant de l'ordonnance alimentaire à l'égard d'un enfant majeur visé par l'ordonnance est :

a) le montant déterminé en application des présentes lignes directrices comme si l'enfant était mineur;

b) si le tribunal est d'avis que cette approche n'est pas indiquée, tout montant qu'il juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de l'enfant, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer au soutien alimentaire de l'enfant.

. . .

4. [Revenu supérieur à 150 000 $] Lorsque le revenu de l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire est supérieur à 150 000 $, le montant de l'ordonnance est le suivant :

a) le montant déterminé en application de l'article 3;

b) si le tribunal est d'avis que ce montant n'est pas indiqué :

(i) pour les premiers 150 000 $, le montant prévu dans la table applicable, selon le nombre d'enfants mineurs visés par l'ordonnance,

(ii) pour l'excédent, tout montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation des enfants en cause, ainsi que de la capacité financière de chaque époux de contribuer à leur soutien alimentaire,

(iii) le cas échéant, le montant déterminé en application de l'article 7.

5. [Spouse in place of a parent] Where the spouse against whom a child support order is sought stands in the place of a parent for a child, the amount of a child support order is, in respect of that spouse, such amount as the court considers appropriate, having regard to these Guidelines and any other parent's legal duty to support the child.

. . .

7. (1) [Special or extraordinary expenses] In a child support order the court may, on either spouse's request, provide for an amount to cover all or any portion of the following expenses, which expenses may be estimated, taking into account the necessity of the expense in relation to the child's best interests and the reasonableness of the expense in relation to the means of the spouses and those of the child and to the family's spending pattern prior to the separation:

(*a*) child care expenses incurred as a result of the custodial parent's employment, illness, disability or education or training for employment;

(*b*) that portion of the medical and dental insurance premiums attributable to the child;

(*c*) health-related expenses that exceed insurance reimbursement by at least $100 annually, including orthodontic treatment, professional counselling provided by a psychologist, social worker, psychiatrist or any other person, physiotherapy, occupational therapy, speech therapy and prescription drugs, hearing aids, glasses and contact lenses;

(*d*) extraordinary expenses for primary or secondary school education or for any other educational programs that meet the child's particular needs;

(*e*) expenses for post-secondary education; and

(*f*) extraordinary expenses for extracurricular activities.

(2) [Sharing of expense] The guiding principle in determining the amount of an expense referred to in subsection (1) is that the expense is shared by the spouses in proportion to their respective incomes after deducting from the expense, the contribution, if any, from the child.

. . .

5. [Époux tenant lieu de père ou de mère] Si l'époux faisant l'objet de la demande d'ordonnance alimentaire tient lieu de père ou de mère à l'égard d'un enfant, le montant de l'ordonnance pour cet époux est le montant que le tribunal juge indiqué compte tenu des présentes lignes directrices et de toute autre obligation légale qu'a un autre père ou mère pour le soutien alimentaire de l'enfant.

. . .

7. (1) [Dépenses spéciales ou extraordinaires] Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, prévoir dans l'ordonnance alimentaire une somme, qui peut être estimative, pour couvrir tout ou partie des frais ci-après, compte tenu de leur nécessité par rapport à l'intérêt de l'enfant et de leur caractère raisonnable par rapport aux ressources des époux et de l'enfant et, le cas échéant, aux habitudes de dépense de la famille avant la séparation :

a) les frais de garde de l'enfant engagés pour permettre au parent en ayant la garde d'occuper un emploi, ou de poursuivre des études ou de recevoir de la formation en vue d'un emploi, ou engagés en raison d'une maladie ou d'une invalidité du parent;

b) la portion des primes d'assurance médicale et dentaire attribuable à l'enfant;

c) les frais relatifs aux soins de santé dépassant d'au moins 100 $ par année la somme que la compagnie d'assurance rembourse, notamment les traitements orthodontiques, les consultations professionnelles d'un psychologue, travailleur social, psychiatre ou toute autre personne, la physiothérapie, l'ergothérapie, l'orthophonie, les médicaments délivrés sur ordonnance, les prothèses auditives, les lunettes et les lentilles cornéennes;

d) les frais extraordinaires relatifs aux études primaires ou secondaires ou à tout autre programme éducatif qui répond aux besoins particuliers de l'enfant;

e) les frais relatifs aux études postsecondaires;

f) les frais extraordinaires relatifs aux activités parascolaires.

(2) [Partage des dépenses] La détermination du montant des dépenses aux termes du paragraphe (1) procède du principe qu'elles sont partagées en proportion du revenu de chaque époux, déduction faite de la contribution fournie par l'enfant, le cas échéant.

. . .

8. [Split custody] Where each spouse has custody of one or more children, the amount of a child support order is the difference between the amount that each spouse would otherwise pay if a child support order were sought against each of the spouses.

9. [Shared custody] Where a spouse exercises a right of access to, or has physical custody of, a child for not less than 40 per cent of the time over the course of a year, the amount of the child support order must be determined by taking into account

(*a*) the amounts set out in the applicable tables for each of the spouses;

(*b*) the increased costs of shared custody arrangements; and

(*c*) the conditions, means, needs and other circumstances of each spouse and of any child for whom support is sought.

10. (1) [Undue hardship] On either spouse's application, a court may award an amount of child support that is different from the amount determined under any of sections 3 to 5, 8 or 9 if the court finds that the spouse making the request, or a child in respect of whom the request is made, would otherwise suffer undue hardship.

Appeal allowed, FISH J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: MacDonald & Partners, Toronto.

Solicitors for the respondent: Bastedo Stewart Smith, Toronto.

8. [Garde exclusive] Si les deux époux ont chacun la garde d'un ou de plusieurs enfants, le montant de l'ordonnance alimentaire est égal à la différence entre les montants que les époux auraient à payer si chacun d'eux faisait l'objet d'une demande d'ordonnance alimentaire.

9. [Garde partagée] Si un époux exerce son droit d'accès auprès d'un enfant, ou en a la garde physique, pendant au moins 40 % du temps au cours d'une année, le montant de l'ordonnance alimentaire est déterminé compte tenu :

a) des montants figurant dans les tables applicables à l'égard de chaque époux;

b) des coûts plus élevés associés à la garde partagée;

c) des ressources, des besoins et, d'une façon générale, de la situation de chaque époux et de tout enfant pour lequel une pension alimentaire est demandée.

10. (1) [Difficultés excessives] Le tribunal peut, sur demande de l'un des époux, fixer comme montant de l'ordonnance alimentaire un montant différent de celui qui serait déterminé en application des articles 3 à 5, 8 et 9, s'il conclut que, sans cette mesure, l'époux qui fait cette demande ou tout enfant visé par celle-ci éprouverait des difficultés excessives.

Pourvoi accueilli, le juge FISH *est dissident.*

Procureurs de l'appelante : MacDonald & Partners, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Bastedo Stewart Smith, Toronto.

Francine Bourdon, Lise Chamberland, Gudrun Deumié, Yvon Laprade, Shirley Smith and Michel Tanguay *Appellants*

v.

Stelco Inc. *Respondent*

and

Superintendent of Financial Services *Intervener*

INDEXED AS: BOUCHER *v.* STELCO INC.

Neutral citation: 2005 SCC 64.

File No.: 30299.

Hearing and Judgment: June 10, 2005.

Reasons delivered: November 10, 2005.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Pensions — Pension plans — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether Quebec Superior Court may rule on conclusions sought in action.

Civil procedure — Exception to dismiss action — Res judicata — Issue estoppel — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether action inadmissible in light of civil

Francine Bourdon, Lise Chamberland, Gudrun Deumié, Yvon Laprade, Shirley Smith et Michel Tanguay *Appelants*

c.

Stelco Inc. *Intimée*

et

Surintendant des services financiers *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : BOUCHER *c.* STELCO INC.

Référence neutre : 2005 CSC 64.

N° du greffe : 30299.

Audition et jugement : 10 juin 2005.

Motifs déposés : 10 novembre 2005.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Pensions — Régimes de retraite — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail pour obtenir une pension anticipée — La Cour supérieure du Québec peut-elle se prononcer sur les conclusions de cette action?

Procédure civile — Moyens de non-recevabilité — Chose jugée — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail

law principles relating to res judicata and common law principles relating to estoppel — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3137.

Private international law — Jurisdiction of Quebec courts — Doctrine of forum non conveniens — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether Superior Court had to decline jurisdiction based on doctrine of forum non conveniens — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3135.

The respondent, S, set up a single pension plan for all its employees in Canada, regardless of their place of work. The plan was governed by the laws of Ontario. In 1990, as part of a reorganization, S closed three plants in Quebec. Several of the laid-off employees, including the appellants, sought to obtain pension benefits. Ontario's Superintendent of Pensions then ordered a partial wind up of the plan and approved the partial wind up report, which provided for early retirement benefits for plan members employed in Ontario only. For the appellants, all of whom were members employed in Quebec, the report applied Quebec law and the entire amount of the pension was accordingly deferred until the normal age of retirement. The appellants did not institute proceedings in Ontario to contest that decision but instead brought an action in Quebec that was based on contracts of employment. They claimed to be entitled to early retirement benefits on the basis that the plan was subject to Ontario law. The trial judge began by recognizing that the Superior Court had jurisdiction, but dismissed the appellants' action on the merits, holding that early retirement benefits were limited to plan members employed in Ontario. The majority of the Court of Appeal affirmed the trial judge's decision both on the issue of jurisdiction and on the merits.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellants' action is inadmissible. Under the interprovincial framework agreement on pension plans, which applied to S's plan, Ontario's Superintendent of Financial Services was expressly entitled to exercise all

pour obtenir une pension anticipée — Vu les règles de la chose jugée en droit civil et celles de la préclusion en common law, l'action est-elle irrecevable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3137.

Droit international privé — Compétence des tribunaux québécois — Doctrine du forum non conveniens — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail pour obtenir une pension anticipée — La Cour supérieure devait-elle décliner compétence en vertu de la doctrine du forum non conveniens? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135.

L'intimée S a établi un régime de retraite unique pour l'ensemble de ses employés au Canada, sans égard à leur lieu de travail. Le régime est régi par la loi de l'Ontario. En 1990, dans le cadre d'une réorganisation, S ferme trois usines au Québec. Plusieurs des salariés mis à pied, dont les appelants, cherchent à obtenir des prestations de retraite. Le surintendant des régimes de retraite de l'Ontario décrète alors la liquidation partielle du régime et approuve le rapport de liquidation partielle, qui ne prévoit l'octroi d'une pension anticipée qu'aux participants employés en Ontario. À l'égard des appelants, tous des participants employés au Québec, le rapport applique la règle québécoise et n'accorde donc qu'une pension dont le versement total est différé à l'âge normal de la retraite. Les appelants n'engagent aucune procédure en Ontario pour contester cette décision, mais intentent plutôt, au Québec, une action basée sur des contrats de travail. Ils allèguent avoir droit aux prestations de retraite anticipée en raison de l'assujettissement du régime au droit de l'Ontario. En première instance, le juge reconnaît d'abord la compétence de la Cour supérieure, mais rejette les prétentions des appelants sur le fond, concluant que les prestations de retraite anticipée étaient réservées aux participants employés en Ontario. La Cour d'appel, à la majorité, confirme cette décision tant sur la question de la compétence que sur le fond.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'action des appelants est irrecevable. En vertu de l'accord-cadre interprovincial sur les régimes de retraite, applicable au régime de S, le surintendant des services financiers de l'Ontario avait expressément le

the powers conferred by the Ontario legislature and to make any necessary decisions for the administration and wind up of the plan, such as verifying and approving the benefits payable to each plan member, including those employed in Quebec. The Superintendent's decision was not contested in Ontario and is final. In light of the civil law principles relating to *res judicata* and the common law principles relating to estoppel, the appellants cannot contest that decision indirectly by means of this action. [20] [26-28] [31]

At this stage of the proceedings, from the perspective of Quebec law, the conditions for applying the principle of *res judicata* have been met. The Superintendent had jurisdiction to make the decision, and the three necessary elements of identical cause, object and parties are present. If it were heard by a Quebec court, the main debate between the parties would concern a question that has already been settled by the Superintendent, and the court could not allow the action without varying or quashing his decision. [32]

Insofar as a decision of an administrative body created by the Ontario legislature is in issue, in a case within that body's jurisdiction under Ontario law, applying the common law rules governing issue estoppel would lead to the same result. In short, the appellants' failure to make use of the usual means of redress, together with the situation in which any other decision would place S, militates against the court's exercise of its residual discretion to decline to apply estoppel. S could find itself in the strange position of having to comply with the Superintendent's decision under Ontario law while at the same time being required to execute a Quebec judgment to the contrary. Such a result could call into question the benefit calculations for all the retirees and the measures taken to ensure the plan's solvency. [33-34]

Finally, even if the Quebec courts had found that it was still legally possible to contest the Superintendent's decision, a proper application of the doctrine of *forum non conveniens* would have justified them in declining jurisdiction in the circumstances. An Ontario court would naturally be in a better position to review the decision of the Ontario body that is responsible for administering the plan, if only to reduce the risk of conflicting decisions and to adhere to the principle of administration set out in the memorandum of reciprocal agreement, especially in that the challenge by the Quebec plan members could affect the plan as a whole and the rights of the other members. [36] [38]

droit d'exercer tous les pouvoirs conférés par la législature ontarienne et prendre toute décision nécessaire à l'administration et à la liquidation du régime, notamment vérifier et approuver les prestations payables à chaque participant, y compris ceux employés au Québec. La décision du surintendant n'a pas été contestée en Ontario et est finale. Vu les règles de la chose jugée en droit civil et les règles de la préclusion en common law, les appelants ne peuvent contester indirectement cette décision par le truchement de la présente action. [20] [26-28] [31]

Dans l'état actuel des procédures, au regard du droit québécois, les conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée sont remplies. Le surintendant avait compétence pour rendre la décision et les trois identités nécessaires de cause, d'objet et de parties existent. S'il était entendu devant un tribunal québécois, le débat principal entre les parties porterait sur une question déjà tranchée par le surintendant, et le tribunal ne pourrait faire droit à l'action sans réviser ou annuler la décision du surintendant. [32]

Dans la mesure où la décision d'un organisme administratif créé par la législature de l'Ontario est en cause, dans une affaire dont le règlement incombe à cet organisme suivant le droit de l'Ontario, l'application des règles de common law sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) conduirait au même résultat. Enfin, l'omission des appelants d'utiliser les voies de recours habituelles, de même que la situation dans laquelle toute autre décision placerait S, militent contre l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel d'un tribunal de ne pas donner effet à la préclusion. S pourrait en effet se trouver dans l'étrange situation de devoir se conformer à la décision du surintendant en vertu de la loi de l'Ontario tout en étant tenue d'exécuter un jugement québécois contraire. Un tel résultat pourrait remettre en cause le calcul des prestations de l'ensemble des retraités et les mesures prises pour assurer la solvabilité du régime de retraite. [33-34]

Enfin, même si les tribunaux québécois avaient conclu qu'il était encore juridiquement possible de remettre en cause la décision du surintendant, une application correcte de la doctrine du *forum non conveniens* les aurait justifiés de décliner compétence dans les circonstances. Un tribunal de l'Ontario serait naturellement mieux placé pour réviser la décision de l'organisme ontarien chargé de l'administration du régime, ne serait-ce que pour réduire le risque de décisions contradictoires et pour respecter le principe d'administration prévu par l'accord de réciprocité, d'autant plus que la contestation des participants québécois pourrait affecter l'ensemble du régime et les droits des autres participants. [36] [38]

Cases Cited

Distinguished: *J.J. Newberry Canadian Ltd. v. Régie des rentes du Québec*, [1986] R.J.Q. 1884; **referred to:** *T.S.C.O. of Canada Ltd. v. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637; *Pierre Moreault Ltée v. Sauvé*, [1997] R.J.Q. 44; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Vaughan v. Canada*, [2005] 1 S.C.R. 146, 2005 SCC 11; *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, [2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46; *Lexus Maritime inc. v. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] Q.J. No. 2059 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 2848, 3135, 3137, 3149.

Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 70(1), (2), (3), (4), 74, 109, 110.

Supplemental Pension Plans Act, R.S.Q., c. R-15.1, ss. 6, 249, 254.

Authors Cited

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

Mercer Pension Manual, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Agincourt, Ont.: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 2005, release 4).

Poirier, Johanne. "Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale: aux confins du droit et du non-droit", in Jean-François Gaudreault-DesBiens and Fabien Gélinas, eds., *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005, 441.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. *"If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal: Thémis, 2001.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *J.J. Newberry Canadian Ltd. c. Régie des rentes du Québec*, [1986] R.J.Q. 1884; **arrêts mentionnés :** *T.S.C.O. of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637; *Pierre Moreault Ltée c. Sauvé*, [1997] R.J.Q. 44; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Vaughan c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 146, 2005 CSC 11; *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46; *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. nº 2059 (QL).

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 2848, 3135, 3137, 3149.

Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., ch. R-15.1, art. 6, 249, 254.

Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 70(1), (2), (3), (4), 74, 109, 110.

Doctrine citée

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

Mercer Pension Manual, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Agincourt, Ont. : Carswell, 1988 (loose-leaf updated 2005, release 4).

Poirier, Johanne. « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états : Gouvernance, identité et méthodologie*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 441.

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. *« If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas? » Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal : Thémis, 2001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Nuss and Morin JJ.A.), [2004] R.J.Q. 807 (*sub nom. Bourdon v. Stelco. Inc.*), 241 D.L.R. (4th) 266, 39 C.C.P.B. 214, [2004] Q.J. No. 1842 (QL), affirming a judgment of Durocher J. (2000), 26 C.C.P.B. 20, [2000] Q.J. No. 6735 (QL), rejecting the appellants' action. Appeal dismissed.

Claude Tardif, Gaétan Lévesque and *Stéphane Forest*, for the appellants.

Chantal Masse, Timothé R. Huot and *Rachel Ravary*, for the respondent.

Deborah McPhail, for the intervener.

English version of the judgment of the Court delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

This appeal concerns an action that was brought against the respondent, Stelco Inc. ("Stelco"), by the appellants, who are laid-off employees, to claim early retirement benefits. The issue in the case at bar, which is more than a question of contract performance, relates to the exercise of jurisdiction by the Quebec Superior Court in respect of a 1997 decision in which Ontario's Superintendent of Pensions approved the partial wind up of Stelco's pension plan. At the hearing, I concurred in dismissing the appellants' action, but for reasons that differ in part from those of the Quebec Court of Appeal. In my view, the Superior Court should have declined to rule on the conclusions sought in this action. Both the inadmissibility of the action — which is contrary to the civil law principle of *res judicata* and to the common law principle of issue estoppel — and the principles of *forum non conveniens* justify dismissing a proceeding that is likely to become an impermissible collateral attack on the Superintendent's decision.

A. *Origin of the Case*

Stelco, a major manufacturing company, operated commercial and industrial establishments in

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Nuss et Morin), [2004] R.J.Q. 807 (*sub nom. Bourdon c. Stelco Inc.*), 241 D.L.R. (4th) 266, 39 C.C.P.B. 214, [2004] J.Q. nº 1842 (QL), qui a confirmé la décision du juge Durocher (2000), 26 C.C.P.B. 20, [2000] J.Q. nº 6735 (QL), qui avait rejeté l'action des appelants. Pourvoi rejeté.

Claude Tardif, Gaétan Lévesque et *Stéphane Forest*, pour les appelants.

Chantal Masse, Timothé R. Huot et *Rachel Ravary*, pour l'intimée.

Deborah McPhail, pour l'intervenant.

Le jugement de la Cour a été rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

Le présent pourvoi fait suite à l'action intentée contre l'intimée, Stelco Inc. (« Stelco »), par les appelants, des employés mis à pied, pour obtenir des prestations de retraite anticipée. Davantage qu'un problème d'exécution de contrat, la présente espèce soulève la question de l'exercice de la compétence de la Cour supérieure du Québec à l'égard d'une décision du surintendant des régimes de retraite de l'Ontario approuvant, en 1997, la liquidation partielle du régime de retraite de Stelco. J'ai été d'accord à l'audience pour confirmer le rejet de l'action des appelants, mais pour des motifs qui diffèrent en partie de ceux de la Cour d'appel du Québec. À mon avis, la Cour supérieure devait refuser de statuer sur les conclusions de cette action. Tant l'irrecevabilité de cette demande, contraire à la règle de la chose jugée en droit civil, et à celle de la préclusion (*issue estoppel*) en common law, que les principes du *forum non conveniens* justifient le rejet d'une procédure susceptible de devenir une contestation indirecte inadmissible de la décision du surintendant.

1

A. *L'origine du litige*

Stelco, une entreprise manufacturière importante, a exploité des établissements commerciaux

2

several provinces of Canada, including Quebec. In 1940, it set up a single pension plan for all its employees in Canada, regardless of their place of work. At the time of the events that gave rise to the case at bar, s. 21 of the plan then in effect stipulated that the plan was governed by the laws of Ontario. The same section also provided that the termination or wind up of the plan would be carried out in accordance with Ontario's *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8:

SECTION 21

Applicable Law

(a) This Plan shall be construed and interpreted in accordance with the laws of the Province of Ontario.

(b) In the event of the termination or windup of the Plan such windup will be carried out in accordance with the provisions of the Pension Benefits Act of Ontario.

3 After the pension plan came into effect, the provincial legislatures gradually enacted legislation on supplemental pension plans. These similarly constructed statutes establish a legal framework for such plans and set up mechanisms for overseeing their management, ensuring their solvency and, if need be, overseeing the wind up of a plan. To avoid subjecting interprovincial plans such as that of Stelco to multiple administrative controls, the provincial governments of Canada agreed on the importance of reciprocity in overseeing them. In substance, their memorandums of reciprocal agreement recognize as a majority "administrator" the regulatory authority of the province in which the majority of the employees participating in a supplemental pension plan work. A memorandum of reciprocal agreement entrusts the oversight of the plan, and decisions on the management and wind up of the plan, to this regulatory authority.

4 The memorandum of reciprocal agreement that is relevant to this appeal was signed in 1968

et industriels dans plusieurs provinces canadiennes, dont le Québec. En 1940, elle a établi un régime de retraite unique pour l'ensemble de ses employés au Canada, sans égard à leur lieu de travail. Au moment où surviennent les événements à l'origine du présent litige, l'art. 21 du régime alors en vigueur prévoit que ce dernier est régi par la loi de l'Ontario. Ce même article stipule aussi que la cessation ou la liquidation du régime s'effectueront conformément à la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. P.8 :

[TRADUCTION]

ARTICLE 21

Droit applicable

a) Le présent régime est interprété conformément aux lois de la province d'Ontario.

b) En cas de cessation ou de liquidation du régime, la liquidation a lieu conformément aux dispositions de la Loi sur les régimes de retraite de l'Ontario.

Après l'entrée en vigueur du régime de retraite, les législatures provinciales ont graduellement adopté des législations sur les régimes complémentaires de retraite. Ces lois, conçues de manière assez semblable, établissent le cadre juridique de ces régimes et instituent des mécanismes de surveillance de leur gestion, de leur solvabilité et de leur liquidation, le cas échéant. Pour éviter d'assujettir un régime interprovincial comme celui de Stelco à des contrôles administratifs multiples, les gouvernements provinciaux du Canada se sont entendus sur l'importance de la réciprocité dans la surveillance de ces régimes. En substance, leurs accords multilatéraux de réciprocité ont reconnu un statut d'« administrateur » majoritaire à l'autorité réglementaire de la province où travaillent la majeure partie des employés participant à un régime complémentaire de retraite. L'accord de réciprocité confie la surveillance du régime et la prise de décisions sur sa gestion et sa liquidation à cette autorité réglementaire.

L'accord multilatéral de réciprocité pertinent pour les besoins du pourvoi est intervenu en 1968

by the Quebec Pension Board ("Régie des rentes du Québec"), the Pension Commission of Ontario, and Alberta's Superintendent of Pensions. Most of the provinces eventually signed it. The memorandum of agreement stipulates that the major authority exercises its own powers and the powers that the minor authorities delegate to it with respect to a plan. In the case of Stelco's plan, the major authority within the meaning of the memorandum of reciprocal agreement was the Pension Commission of Ontario; the major authority is now the Superintendent of Financial Services, who for the last few years has been exercising the duties of the Superintendent of Pensions. This memorandum of agreement was still in effect when the problems that ultimately gave rise to this case began.

In 1990, as part of a reorganization of its operations, Stelco decided to close three plants in Quebec. The closures resulted in the elimination of jobs. Some of the laid-off employees sought to obtain pension benefits. Ontario's Superintendent of Pensions then ordered a partial wind up of the company's pension plan in order to determine and guarantee the pension benefits of the laid-off employees. Stelco contested the partial wind up of the plan and appealed to the Divisional Court of Ontario ((1994), 115 D.L.R. (4th) 437). After losing its case in that court and in the Ontario Court of Appeal ((1995), 126 D.L.R. (4th) 767), the employer was denied leave to appeal to this Court. Consequently, on March 28, 1996, the Superintendent ordered the partial wind up of the plan, on specified dates, with respect to certain classes of employees affected by plant closures. The fact that the appellants were members of the groups of employees affected by that decision is not in issue.

Further to that order, an actuarial firm prepared a wind up report, which the company submitted to the Superintendent of Pensions in January 1997. According to the appellants' record, the employees concerned, including the appellants, each received a personalized statement indicating the pension benefits they would receive. On January 29, 1997, the Superintendent approved the partial wind up

entre la Régie des rentes du Québec, la Commission des rentes de l'Ontario et le surintendant des rentes de l'Alberta. La plupart des provinces y ont adhéré par la suite. Il stipule que l'autorité majoritaire exerce ses propres pouvoirs et ceux que les autorités minoritaires lui délèguent à l'égard d'un régime. Dans le cas du régime de Stelco, l'autorité majoritaire au sens de l'accord multilatéral était la Commission des rentes de l'Ontario; il s'agit désormais du surintendant des services financiers de l'Ontario, qui exerce depuis quelques années les fonctions de surintendant des régimes de retraite. Cet accord s'appliquait toujours lorsque commencèrent les problèmes qui provoquèrent éventuellement le présent litige.

5 En 1990, dans le cadre de la réorganisation de ses activités, Stelco décida de fermer trois usines au Québec. Ces fermetures entraînèrent des suppressions d'emplois. Un certain nombre des salariés mis à pied cherchèrent à obtenir des prestations de retraite. Le surintendant des régimes de retraite de l'Ontario décréta alors la liquidation partielle du régime de retraite pour déterminer et garantir les prestations de retraite des employés mis à pied. Stelco contesta la possibilité d'une liquidation partielle du régime et interjeta appel devant la Cour divisionnaire de l'Ontario ((1994), 115 D.L.R. (4th) 437). Après avoir essuyé des échecs devant ce tribunal et la Cour d'appel de l'Ontario ((1995), 126 D.L.R. (4th) 767), l'employeur se vit refuser l'autorisation d'en appeler devant notre Cour. En conséquence, le 28 mars 1996, le surintendant ordonna la liquidation partielle du régime à des dates précises à l'égard de certaines catégories d'employés touchés par les fermetures d'usines. Nul ne conteste l'appartenance des appelants aux groupes d'employés visés par cette décision.

6 À la suite de cette ordonnance, des actuaires préparèrent un rapport de liquidation que la société transmit en janvier 1997 au surintendant des régimes de retraite. Selon le dossier d'appel, les employés visés, y compris les appelants, reçurent un relevé individuel précisant les prestations de retraite qu'ils recevraient. Le 29 janvier 1997, le surintendant approuva le rapport de liquidation

report, including the description and calculation of the benefits awarded to each employee.

7 That approval is at the heart of the case. To understand the nature of the problem, it will be necessary to briefly review the provisions of the Ontario and Quebec legislation on supplemental pension plans that apply to early retirement. The appellants, who were employed in facilities in Quebec when they were laid off, had not yet reached the normal age of retirement under the laws of either Ontario or Quebec.

8 At that time — and this is still the case today — the legislation of Quebec and Ontario treated employees pensioned off before the normal age of retirement quite differently. Under Quebec's *Supplemental Pension Plans Act*, R.S.Q., c. R-15.1, such employees are entitled to benefits that they will not receive until they reach the normal age of retirement. Ontario's legislation provides for the possibility of receiving early retirement benefits in such cases. Under s. 74 of the *Pension Benefits Act*, a plan member whose age plus total years of membership equals at least 55 has the right to receive early retirement benefits. In other words, when a pension plan to which the Quebec legislation applies is wound up in whole or in part, the employee's benefits will be deferred. Under Ontario's legislation, if a plan member meets the 55-year requirement, he or she will receive benefits immediately.

9 The partial wind up report provided for early retirement benefits for plan members employed in Ontario only. For members employed in Quebec, the report applied Quebec law and the entire amount of the pension was accordingly deferred until the normal age of retirement.

10 Although they were notified that they would only receive deferred pensions, the appellants did not institute proceedings to contest the Superintendent's decision to approve the report. All that can be found in the appellants' record are some copies of a few exchanges of correspondence with Stelco's lawyers, in which these employees

partielle, y compris la description et le calcul des prestations accordées à chaque employé visé.

Cette approbation se situe à l'origine immédiate du litige. Pour comprendre la nature du problème, il faut examiner brièvement les dispositions des lois ontarienne et québécoise sur les régimes complémentaires de retraite applicables à la retraite prise avant l'âge normal. En effet, les appelants, employés dans des établissements situés au Québec au moment de leur mise à pied, n'avaient atteint l'âge normal de la retraite ni en vertu de la loi ontarienne ni selon la loi québécoise.

À cette époque — comme aujourd'hui encore d'ailleurs —, les lois du Québec et de l'Ontario traitaient fort différemment les employés mis à la retraite avant l'âge normal. En vertu de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* du Québec, L.R.Q., ch. R-15.1, ces employés ont droit à des prestations qu'ils ne toucheront qu'à l'âge normal de la retraite. Pour sa part, la loi ontarienne prévoit plutôt la possibilité de prestations anticipées en pareil cas. En effet, l'art. 74 de la *Loi sur les régimes de retraite* reconnaît au participant dont l'âge et le nombre total d'années de participation atteint 55 le droit à une pension anticipée. En d'autres mots, en cas de liquidation totale ou partielle d'un régime de retraite assujetti à la loi québécoise, le salarié voit ses prestations différées. Suivant la loi ontarienne, s'il satisfait à l'exigence d'un total de 55 années, le participant touche immédiatement des prestations.

Le rapport de liquidation partielle ne prévoyait l'octroi d'une pension anticipée qu'aux participants employés en Ontario. À l'égard des participants employés au Québec, le rapport appliquait la règle québécoise et n'accordait donc qu'une pension dont le versement total était différé à l'âge normal de la retraite.

Bien qu'ils eurent été informés qu'on ne leur accorderait qu'une pension différée, les appelants n'engagèrent aucune procédure pour contester la décision du surintendant d'approuver le rapport. Le dossier d'appel contient tout au plus des copies d'échanges de correspondance avec les avocats de Stelco dans lesquels ces employés exprimaient leur

expressed their disagreement with the assessment of their entitlements to benefits. In their view, since Stelco's plan provided that it was subject to Ontario law and was to be administered in that province, they should have received early retirement benefits. Despite these criticisms, Stelco applied the wind up report as approved by the Superintendent.

In October 1998, the appellants joined forces in an action against Stelco. In these proceedings, which took the form of an action based on contracts of employment, they claimed to be entitled to early retirement benefits on the basis that the plan was subject to Ontario law. Stelco maintained that only plan members employed in Ontario were entitled to early retirement benefits, and asked that the suit be dismissed.

B. *Judicial History*

1. Quebec Superior Court

The appellants first lost in the Superior Court: (2000), 26 C.C.P.B. 20. Durocher J. began by recognizing that the Quebec Superior Court had jurisdiction over the appellants' action. He then decided that he had to rule on the merits, and dismissed their claims. In his view, even though the plan was subject to Ontario law, the appellants were not entitled to receive early retirement benefits. Only plan members employed in Ontario were so entitled. To his mind, Ontario's *Pension Benefits Act* itself limited this benefit to pensioners who had been employed in Ontario. The appellants then appealed to the Quebec Court of Appeal.

2. Quebec Court of Appeal

The Quebec Court of Appeal was divided on the outcome of the appeal: (2004), 241 D.L.R. (4th) 266. Robert C.J.Q. would have allowed the appeal and the action. Morin and Nuss JJ.A. agreed, but for different reasons, that the appeal should be dismissed.

According to Robert C.J.Q., the Superior Court had jurisdiction to hear the appellants' action. Although it was in fact an action based on contracts

désaccord avec l'évaluation de leurs droits à des prestations. À leur avis, puisque le régime de Stelco prévoyait son assujettissement au droit de l'Ontario et son administration dans cette province, ils auraient dû toucher une pension anticipée. Malgré ces critiques, Stelco appliqua tel quel le rapport de liquidation approuvé par le surintendant.

11 En octobre 1998, les appelants se réunirent dans une action contre Stelco. Dans cette procédure, qui prit la forme d'une action basée sur des contrats de travail, ils alléguèrent avoir droit aux prestations de retraite anticipée en raison de l'assujettissement du régime au droit de l'Ontario. Stelco maintint que seuls les participants employés en Ontario avaient droit à la pension anticipée et demanda le rejet de la poursuite.

B. *L'historique judiciaire*

1. La Cour supérieure du Québec

12 Les appelants essuyèrent une première défaite devant la Cour supérieure : (2000), 26 C.C.P.B. 20. Le juge Durocher reconnut d'abord la compétence de la Cour supérieure du Québec sur l'action des appelants. Il décida alors qu'il devait se prononcer sur le fond et il rejeta leurs prétentions. Selon lui, malgré l'assujettissement du régime à la loi ontarienne, ils n'avaient aucun droit aux prestations de retraite anticipée. Seuls les participants employés en Ontario pouvaient toucher une pension anticipée. À son avis, les dispositions mêmes de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario réservaient cet avantage aux retraités qui avaient été employés en Ontario. Les appelants se pourvurent alors devant la Cour d'appel du Québec.

2. La Cour d'appel du Québec

13 La Cour d'appel du Québec se divisa quant au sort du pourvoi : [2004] R.J.Q. 807. Le juge en chef Robert aurait accueilli l'appel et l'action. Pour des motifs différents, les juges Morin et Nuss s'entendirent pour rejeter le pourvoi.

14 Selon le juge en chef du Québec, la Cour supérieure avait compétence sur l'action intentée par les appelants. En effet, il s'agissait d'une action basée

of employment, those contracts had, as is permitted under Quebec private international law, been made subject to Ontario law. Disagreeing with the Superior Court, the Chief Justice concluded that a proper interpretation of the Ontario legislation did not permit the advantage of early retirement benefits to be limited to plan members employed in Ontario. It was also his view that such a conclusion was not an impermissible collateral attack on the decision of Ontario's Superintendent of Pensions. The Superintendent had granted the appellants the minimum benefits provided for under Quebec law; he had not decided that they could not receive fuller benefits under Ontario law. Moreover, Robert C.J.Q. was of the view that the Quebec Court of Appeal had held in a previous decision, *J.J. Newberry Canadian Ltd. v. Régie des rentes du Québec*, [1986] R.J.Q. 1884, that courts of original general jurisdiction have jurisdiction to interpret the provisions of a pension plan and a statute relating to the eligibility of pension plan members for benefits. He would therefore have found in favour of the appellants in their action.

15 Morin J.A. took a completely different approach to the legal issues in the appeal and to the consequences of resolving them. He concluded that the Quebec Superior Court lacked jurisdiction. In his view, the proceedings amounted to an application for judicial review of, or a disguised appeal from, the decision of Ontario's Superintendent of Pensions on the payments owed following the partial wind up of Stelco's pension plan. The action, as brought, could not be allowed without first reversing the Superintendent's decision. The issues raised by the appellants should have been raised by way of administrative appeals to the Pension Commission and actions in the Divisional Court of Ontario. The applicability of Ontario law to the plan barred the Quebec courts from exercising jurisdiction. In the alternative, he recognized, as Durocher J. had, that the Ontario legislation limited early retirement benefits to plan members employed in Ontario. For these reasons, he concluded that the appeal should be dismissed. Although Nuss J.A. concurred with Robert C.J.Q. regarding the jurisdiction of the Superior Court, he nevertheless concluded that the

sur des contrats de travail. Cependant, comme le permet le droit international privé du Québec, ces contrats avaient été assujettis au droit de l'Ontario. En désaccord avec la Cour supérieure, le Juge en chef concluait qu'une interprétation correcte de la loi ontarienne ne permettait pas de réserver l'avantage de la retraite anticipée aux participants employés en Ontario. À son avis également, une telle conclusion ne constituait pas une contestation indirecte inadmissible de la décision du surintendant des régimes de retraite de l'Ontario. Celui-ci avait accordé aux appelants les avantages minimaux prévus par la loi québécoise, mais n'avait pas décidé qu'ils ne pouvaient pas recevoir des prestations supérieures en vertu du droit de l'Ontario. De plus, selon son opinion, un arrêt antérieur de la Cour d'appel du Québec, *J.J. Newberry Canadian Ltd. c. Régie des rentes du Québec*, [1986] R.J.Q. 1884, avait décidé que le tribunal de droit commun demeurait compétent pour interpréter les dispositions d'un régime et d'une loi sur l'admissibilité des participants aux prestations d'un régime de retraite. En conséquence, il aurait fait droit aux conclusions de l'action des appelants.

Le juge Morin analysa de manière complètement différente les questions juridiques en jeu et les conséquences de leur règlement. Il conclut à l'absence de compétence de la Cour supérieure du Québec. Selon lui, la procédure engagée équivalait à une demande de contrôle judiciaire ou à un appel déguisé de la décision du surintendant des régimes de retraite de l'Ontario sur les paiements exigibles à la suite de la liquidation partielle du régime de retraite de Stelco. Telle qu'intentée, l'action ne pouvait être accueillie sans que la décision du surintendant ne soit infirmée au préalable. Les questions soulevées par les appelants auraient dû faire l'objet d'appels administratifs et de recours devant la Commission des régimes de retraite et la Cour divisionnaire de l'Ontario. L'assujettissement du régime à la loi ontarienne écartait la compétence des tribunaux québécois. Subsidiairement, il reconnut, comme le juge Durocher, que la loi ontarienne réservait la retraite anticipée aux participants employés en Ontario. Pour ces motifs, il conclut au rejet de l'appel. En accord avec le juge en chef Robert sur la compétence de la Cour

appeal should be dismissed because he agreed with Morin J.A. that early retirement benefits were limited to plan members employed in Ontario. The case was then brought before this Court.

II. Analysis

A. *Identification of the Issues*

The outcome of this appeal depends on an accurate identification of the decisive legal issues in the case. The hearing before this Court was largely devoted to a debate on the definition and characterization of the issues in dispute. Far more than questions of contract law or private international law, the case raises, first and foremost, issues of procedure, administrative law, and judicial review. It should be noted here that the parties have not raised the question of the application of a collective agreement or the exercise of a concurrent arbitral jurisdiction in relation to the rights in issue and the individuals claiming them.

According to the appellants, the determinative issues in this appeal relate primarily to the law of contracts and to the application of the rules governing the conflict of laws. They submit that their action, which is based on contracts of employment and in which they claim a right to the benefits provided for in those contracts, is within the jurisdiction of the Quebec courts. The pension plan incorporated into the contracts of employment is subject to the laws of Ontario as the result of a choice which is valid under the rules of Quebec private international law. Under Ontario law, the appellants have the exact same benefits as plan members employed in Ontario. The appellants argue that the decision of Ontario's Superintendent of Pensions regarding the benefits payable upon winding up the plan is not binding on the Quebec courts, which may themselves rule on the proper interpretation of Ontario law. On this issue, the appellants cite the reasons of Robert C.J.Q. and the decision in *Newberry*.

Stelco contests, first, the contention that the benefits claimed under the plan and under Ontario law are payable. It contends that there is nothing in the

supérieure, le juge Nuss rejeta néanmoins l'appel, se rangeant à l'avis du juge Morin que les prestations de retraite anticipée étaient réservées aux participants employés en Ontario. L'affaire a été ensuite portée devant notre Cour.

II. Analyse

A. *L'identification des questions en litige*

Le sort du présent pourvoi dépend d'une identification correcte des questions juridiques décisives en l'espèce. L'audience devant notre Cour a d'ailleurs porté en grande partie sur la définition et la qualification des problèmes en cause. Beaucoup plus que des questions relevant du droit des contrats ou du droit international privé, cette affaire soulève en premier lieu des problèmes de procédure, de droit administratif et de contrôle judiciaire. Il importe ici de noter que les parties ne soulèvent pas la question de l'application d'une convention collective ou de l'exercice d'une compétence arbitrale concurrente à l'égard des droits en jeu et des personnes qui les allèguent. 16

Pour les appelants, les questions déterminantes dans le cadre du présent appel se rattachent surtout au droit des contrats et à la mise en œuvre des règles de conflits de lois. Selon leurs prétentions, leur action basée sur des contrats de travail et réclamant des avantages prévus par ceux-ci relève de la compétence des tribunaux québécois. Le régime de retraite intégré dans ces contrats de travail est assujetti au droit de l'Ontario par suite d'un choix valable au regard du droit international privé du Québec. Le droit ontarien reconnaît aux appelants des avantages identiques à ceux des participants employés en Ontario. Selon leur argumentation, la décision du surintendant des régimes de retraite de l'Ontario concernant les prestations payables à la suite de la liquidation du régime ne lie pas les tribunaux québécois, qui peuvent se prononcer sur l'interprétation correcte de la loi ontarienne. Les appelants s'en rapportent sur ce point à l'opinion du juge en chef Robert et à l'arrêt *Newberry*. 17

Stelco conteste d'abord l'exigibilité des avantages réclamés en vertu du régime et de la loi ontarienne. D'après ses prétentions, on ne retrouve 18

plan indicating an intention to grant identical benefits to all members without regard for their place of employment. It also submits that the relevant statutory provisions limit early retirement benefits to Ontario plan members. In addition, after discussing the powers of interpretation of the Régie des rentes du Québec and its counterpart administrative bodies in Ontario, Stelco contends that, at any rate, the Superior Court should have declined jurisdiction. The appellants are challenging final decisions regarding the administration and wind up of the pension plan that were made by the competent administrative authorities even though they have not availed themselves of the administrative appeals or legal proceedings that are available in such cases.

19 Despite all the attempts to sidestep it, the question of the nature and effect of the Superintendent's decision remains the central issue in this appeal. It must be resolved before a ruling can be made on either the admissibility of the appellant's action or the attitude the Quebec courts should adopt toward the exercise of their jurisdiction. A decision on this issue that is contrary to the appellants' submissions would imply that the Quebec courts must decline jurisdiction. Indeed, the appellants' action would become inadmissible. There is thus no need to consider the merits of the parties' arguments concerning the interpretation of the Ontario legislation. I will therefore focus my analysis on this issues of admissibility and jurisdiction.

B. *The Interprovincial Agreement on the Administration of Pension Plans*

20 When analysing the issues raised by the appellants' action, we must bear in mind the importance of the agreement entered into by most of the provinces regarding the administration of supplemental pension plans. The proceeding in the instant case relates to an important aspect of Canadian federalism, namely the intergovernmental agreements designed to ensure that the provinces cooperate with each other in exercising their legislative powers so as to permit people to move and trade to flow freely within the Canadian political space (see J. Poirier, "Les ententes intergouvernementales et

nulle part dans le régime l'intention d'accorder des avantages identiques à tous les participants sans égard à leur lieu de travail. Elle plaide aussi que les dispositions législatives pertinentes réservent la retraite anticipée aux seuls participants ontariens. De plus, après examen des pouvoirs d'interprétation de la Régie des rentes du Québec et des organismes administratifs correspondants de l'Ontario, Stelco soutient que, de toute manière, la Cour supérieure aurait dû décliner compétence. En effet, les appelants remettent en cause des décisions finales prises par les autorités administratives compétentes à l'égard de l'administration et de la liquidation du régime de retraite alors qu'ils n'ont pas utilisé les appels administratifs ou les recours judiciaires disponibles en pareil cas.

En dépit de tous les efforts pour la contourner, la question de la nature et de l'effet de la décision du surintendant demeure centrale pour le sort du présent pourvoi. On ne peut se prononcer ni sur la recevabilité de l'action des appelants ni sur l'attitude que les tribunaux québécois devraient adopter à l'égard de l'exercice de leur compétence sans la résoudre. Trancher la question contrairement aux prétentions des appelants implique que les cours du Québec doivent décliner compétence. L'action des appelants devient d'ailleurs même irrecevable. Il est alors inutile d'examiner au fond les prétentions des parties quant à l'interprétation de la loi ontarienne. J'axerai donc mon analyse sur la question de la recevabilité et celle de la compétence.

B. *L'accord interprovincial sur la gestion des régimes de retraite*

Dans l'analyse des problèmes que pose l'action des appelants, il faut demeurer conscient de l'importance de l'accord intervenu entre la plupart des provinces sur la gestion des régimes complémentaires de retraite. En effet, la procédure entamée dans la présente affaire touche à un aspect important de la vie du fédéralisme canadien, celui des accords intergouvernementaux visant à assurer la coopération entre les provinces dans l'exercice de leurs pouvoirs législatifs afin de permettre la mobilité des personnes et la fluidité des échanges dans l'espace politique canadien (voir J. Poirier, « Les

la gouvernance fédérale: aux confins du droit et du non-droit", in J.-F. Gaudreault-DesBiens and F. Gélinas, eds., *The States and Moods of Federalism* (2005), 441). The framework agreement on pension plans is one such agreement. Recognizing that the same companies maintain a presence in multiple provinces, this agreement organizes the exercise of provincial powers in this area by endorsing reciprocal delegations of administrative functions. The appellants' action thus tends toward reducing the effectiveness of these administrative mechanisms and compromising their application. Under this framework agreement, the competent authorities in Ontario were given responsibility for overseeing the administration of Stelco's pension plan. When confronted with the problem of partially winding up this plan, they made decisions that included a determination and calculation of plan members' benefits. In conducting a legal analysis of the situation, these decisions cannot simply be disregarded. They are a reality. The appellants have never contested them in Ontario. Can they now do so indirectly by means of this action? Bearing in mind the importance of these decisions, I will now analyse the nature and legal framework of Stelco's pension plan.

C. *The Nature and Legislative Framework of Stelco's Pension Plan*

Quebec law treats pension plans such as Stelco's as contracts. Section 6 of the *Supplemental Pension Plans Act* states this explicitly:

6. A pension plan is a contract under which retirement benefits are provided to the member, under given conditions and at a given age, the funding of which is ensured by contributions payable either by the employer only, or by both the employer and the member.

Every pension plan, with the exception of insured plans, shall have a pension fund into which, in particular, contributions and the income derived therefrom are paid. The pension fund shall constitute a trust patrimony appropriated mainly to the payment of the refunds and

ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans J.-F. Gaudreault-DesBiens et F. Gélinas, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états* (2005), 441). L'accord-cadre sur les régimes de retraite représente un exemple de ces ententes. Reconnaissant la réalité de la présence des mêmes entreprises dans plusieurs provinces, cet accord aménage l'exercice des pouvoirs provinciaux dans ce domaine par l'acceptation de délégations mutuelles des fonctions administratives. L'action des appelants tend ainsi à diminuer l'efficacité de ces mécanismes de gestion et à en compromettre la mise en œuvre. En vertu de cet accord-cadre, les organismes compétents en Ontario devenaient l'autorité chargée de la surveillance de l'administration du régime de retraite de Stelco. Confrontés au problème de la liquidation partielle de ce régime, ils ont pris des décisions portant notamment sur la détermination et le calcul des prestations des participants. On ne saurait faire simplement abstraction de ces décisions dans l'analyse juridique de la situation. Elles existent. Les appelants ne les ont jamais contestées en Ontario. Peuvent-ils maintenant le faire indirectement par le véhicule de la présente contestation? Tenant compte de l'importance de ces décisions, j'analyserai maintenant la nature et l'encadrement juridique du régime de retraite de Stelco.

C. *La nature du régime de retraite de Stelco et son encadrement législatif*

Le droit du Québec assimile à des contrats les régimes de retraite comme ceux de Stelco. L'article 6 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* prévoit d'ailleurs expressément cette qualification : 21

6. Un régime de retraite est un contrat en vertu duquel le participant bénéficie d'une prestation de retraite dans des conditions et à compter d'un âge donnés, dont le financement est assuré par des cotisations à la charge soit de l'employeur seul, soit de l'employeur et du participant.

À moins qu'il ne soit garanti, tout régime de retraite doit avoir une caisse de retraite où sont notamment versés les cotisations ainsi que les revenus qui en résultent. Cette caisse constitue un patrimoine fiduciaire affecté principalement au versement des remboursements

pension benefits to which the members and beneficiaries are entitled.

(See also *T.S.C.O. of Canada Ltd. v. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637 (C.A.), at pp. 675, 704 and 706; *Pierre Moreault Ltée v. Sauvé*, [1997] R.J.Q. 44 (C.A.), at pp. 46-47.)

22 Stelco's pension plan is part of the contracts of employment between the company and its employees or of their employer-employee relationship. The appellants' action must therefore be regarded as being based on a contract of employment within the meaning of art. 3149 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"). Since this question was not argued, I need not consider the validity of this characterization in the law of the other provinces or the scope of its application with regard to the plan as a whole.

23 As I mentioned above, this plan applied from its inception to employees working in a number of provinces. Like all plans of the same nature, Stelco's plan gradually became subject to restrictive statutory and regulatory frameworks, such as those established by Quebec's *Supplemental Pension Plans Act* and Ontario's *Pension Benefits Act* (see *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54, at paras. 13-14, *per* Deschamps J.; *The Mercer Pension Manual* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 1-6 and 1-7).

24 In short, these statutory and regulatory schemes are intended primarily to ensure the continued solvency of the plans so that their members will receive the anticipated benefits when they retire. The schemes also ensure that special care is taken to review any amendments to a plan as well as the terms and conditions of the wind up of a plan. I need not discuss the complex reporting and approval mechanisms set up for this purpose or the scope of the powers of intervention — which can go as far as placing plans under trusteeship — of the public bodies responsible for overseeing supplemental pension plans. Using a variety of means, the administrative authorities responsible for

et prestations auxquels ont droit les participants et bénéficiaires.

(Voir aussi *T.S.C.O. of Canada Ltd. c. Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637 (C.A.), p. 675, 704 et 706; *Pierre Moreault Ltée c. Sauvé*, [1997] R.J.Q. 44 (C.A.), p. 46-47.)

Ce régime de retraite fait partie des contrats d'emploi liant Stelco et ses employés ou des rapports de salariat établis entre eux. L'action des appelants doit donc être considérée comme fondée sur un contrat de travail au sens de l'art. 3149 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »). Vu l'absence de débat sur cette question, je n'ai pas à examiner la validité de cette qualification dans le droit des autres provinces ni la portée de son application à l'égard de l'ensemble du régime.

Comme je l'ai mentionné précédemment, ce régime s'appliquait dès l'origine à des employés travaillant dans plusieurs provinces. Comme tous ceux de même nature, le régime de Stelco s'est donc trouvé graduellement assujetti à des cadres législatifs et réglementaires contraignants, comme ceux établis par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* du Québec et la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario (voir *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54, par. 13-14, la juge Deschamps; *The Mercer Pension Manual* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 1-6 et p. 1-7).

En bref, ces systèmes législatifs et réglementaires veulent en premier lieu assurer la solvabilité continue des régimes afin que les participants reçoivent à terme les prestations prévues. Ils apportent aussi une attention particulière à l'examen de toute modification d'un régime et à celui des conditions et modalités de sa liquidation. Je n'ai pas à revenir ici sur les mécanismes complexes d'établissement de rapports et d'obtention d'approbations ainsi mis en place ni sur l'étendue des pouvoirs d'intervention — qui peuvent aller jusqu'à la mise en tutelle d'un régime — des organismes publics auxquels est confiée la surveillance des régimes complémentaires de retraite. Selon des modalités

overseeing supplemental pension plans exercise similar functions.

The similarity of these oversight mechanisms, like the need for effective oversight of supplemental pension plans, doubtlessly facilitated the signing by the provinces of Canada of the memorandum of reciprocal agreement in issue. The parties to the memorandum of agreement have agreed to give the "major" authority full powers of oversight over an interprovincial pension plan. Section 2 affirms the contracting parties' intent to delegate extensive oversight and decision-making powers to the major authority:

> The major authority for each plan shall exercise both its own statutory functions and powers and the statutory functions and powers of each minor authority for such plan.

D. *The Scope of the Powers of Ontario's Superintendent of Financial Services*

The delegation mentioned above, which applied to Stelco's pension plan, accordingly conferred on Ontario's Superintendent of Financial Services the authority to make any necessary decisions for the administration and wind up of the plan. The memorandum of agreement expressly granted him the right to exercise all the powers conferred by the Ontario legislature. On this point, it should be noted that s. 249 of the *Supplemental Pension Plans Act* authorizes such agreements. Moreover, the validity of the delegations of authority resulting from the Memorandum of Reciprocal Agreement has never been contested. It is therefore necessary to refer to the Ontario legislation to determine the scope of the powers delegated to the Superintendent in the context of the partial wind up of Stelco's plan.

In this regard, Ontario's *Pension Benefits Act* is clear. It gives the Superintendent the authority to verify and approve the benefits payable to each plan member. On the one hand, s. 70(1) of the Act requires the plan administrator to submit to the Superintendent a wind up report that sets out, *inter alia*, the benefits payable to the plan members:

diverses, les autorités administratives chargées de la surveillance des régimes complémentaires de retraite exercent des fonctions analogues.

25 La similitude de ces mécanismes de surveillance, comme la nécessité d'une surveillance efficace des régimes complémentaires de retraite, a sans doute facilité la conclusion de l'accord multilatéral de réciprocité en cause par les provinces canadiennes. Les parties à l'accord ont accepté de confier à l'organisme « majoritaire » la surveillance complète d'un régime de retraite interprovincial. L'article 2 confirme la volonté des parties contractantes de déléguer des pouvoirs de surveillance et de décision étendus à l'autorité majoritaire :

> L'autorité majoritaire de chaque régime exerce à la fois ses propres fonctions et pouvoirs statutaires et les fonctions et pouvoirs statutaires de chaque autorité minoritaire de ce régime.

D. *L'étendue des pouvoirs du surintendant des services financiers de l'Ontario*

26 Applicable au régime de Stelco, la délégation mentionnée précédemment conférait ainsi au surintendant des services financiers de l'Ontario le pouvoir de prendre toute décision nécessaire à l'administration et à la liquidation du régime. L'accord lui reconnaissait expressément le droit d'exercer tous les pouvoirs conférés par la législature ontarienne. Sur ce point, il convient de rappeler que l'art. 249 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* autorise la conclusion d'un tel accord. De plus, la validité des délégations de pouvoir découlant de l'Accord multilatéral de réciprocité n'a jamais été contestée. Il faut donc s'en rapporter à la législation de l'Ontario pour déterminer l'étendue des pouvoirs délégués au surintendant dans le cadre de la liquidation partielle du régime de Stelco.

27 À cet égard, la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario est claire. Elle confère au surintendant le pouvoir de vérifier et d'approuver les prestations payables à chaque participant. D'une part, le par. 70(1) de la loi oblige l'administrateur du régime à soumettre au surintendant un rapport de liquidation qui indique notamment les prestations payables aux participants :

70.—(1) The administrator of a pension plan that is to be wound up in whole or in part shall file a wind up report that sets out,

(a) the assets and liabilities of the pension plan;

(b) the benefits to be provided under the pension plan to members, former members and other persons;

(c) the methods of allocating and distributing the assets of the pension plan and determining the priorities for payment of benefits; and

(d) such other information as is prescribed.

On the other hand, s. 70(2) prohibits any payment being made out of the pension fund before the Superintendent approves the wind up report, except for the continuation of pension benefit payments that commenced before the wind up:

(2) No payment shall be made out of the pension fund in respect of which notice of proposal to wind up has been given until the Superintendent has approved the wind up report.

(3) Subsection (2) does not apply to prevent continuation of payment of a pension or any other benefit the payment of which commenced before the giving of the notice of proposal to wind up the pension plan or to prevent any other payment that is prescribed or that is approved by the Superintendent.

The corollary to this rule can be found in s. 70(4), which prohibits the administrator of a pension plan from making payments that have not been authorized by the Superintendent:

(4) An administrator shall not make payment out of the pension fund except in accordance with the wind up report approved by the Superintendent.

Any plan administrator who makes a payment in violation of these provisions is liable to penal sanctions under ss. 109 and 110 of the Act.

28 The existence of these statutory rules applicable to the administration and wind up of the plan disposes of the arguments the appellants have drawn from the 1986 decision in *Newberry*. In that case, the Court of Appeal held that the Régie des rentes du Québec did not have the authority to intervene

70 (1) L'administrateur d'un régime de retraite, lorsque ce régime doit être totalement ou partiellement liquidé, dépose un rapport de liquidation qui indique ce qui suit :

a) l'actif et le passif du régime de retraite;

b) les prestations qui seront fournies aux participants, aux anciens participants ou aux autres personnes aux termes du régime de retraite;

c) les méthodes d'attribution et de répartition de l'actif du régime de retraite, et la méthode de détermination des priorités pour le paiement des prestations;

d) les autres renseignements prescrits.

D'autre part, le par. 70(2) interdit tout paiement sur la caisse de retraite avant que le surintendant n'ait approuvé le rapport de liquidation, sauf s'il s'agit de poursuivre le versement de prestations de retraite entrepris avant la liquidation :

(2) Aucun paiement n'est effectué sur la caisse de retraite qui a fait l'objet d'un avis d'intention de liquider tant que le surintendant n'a pas approuvé le rapport de liquidation.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet d'empêcher la continuation du paiement d'une pension ou de toute autre prestation si ce paiement a commencé avant la remise de l'avis d'intention de liquider le régime de retraite, ou d'empêcher tout autre paiement qui est prescrit ou qui est approuvé par le surintendant.

Le corollaire de cette règle se retrouve au par. 70(4), qui défend à l'administrateur d'un régime de retraite de faire des paiements non autorisés par le surintendant :

(4) Un administrateur ne fait des paiements sur la caisse de retraite qu'en conformité avec le rapport de liquidation approuvé par le surintendant.

Le paiement effectué en contravention de ces dispositions expose l'administrateur à des sanctions pénales suivant les art. 109 et 110 de la loi.

L'existence de ces règles législatives applicables à la gestion et à la liquidation du régime permet d'écarter les arguments des appelants tirés de l'arrêt *Newberry*, prononcé en 1986. Dans cette affaire, la Cour d'appel a décidé que la Régie des rentes du Québec ne possédait pas le pouvoir de s'immiscer

in the parties' contractual relationship and that legal debate in this respect was a matter for the civil courts (p. 1894). Based on that decision, the appellants submit that the Superintendent could not rule on the application of s. 74 of Ontario's *Pension Benefits Act*. With respect, the statutory provisions cited above expressly confer such authority, the exercise of which is binding on the pension plan administrator. By virtue of a delegation of authority that has never been contested or revoked, these provisions applied to plan members employed in Quebec.

It should also be noted that the decision in *Newberry* was based on a narrow view of the interpretative powers of administrative tribunals and bodies from which this Court has since clearly distanced itself. It will suffice to mention a few recent decisions, all of which recognize the need for an expansive and flexible interpretation of these interpretative and decision-making powers: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Vaughan v. Canada*, [2005] 1 S.C.R. 146, 2005 SCC 11. From this perspective, a consideration of the precedential value of *Newberry* requires some circumspection, if the decision does in fact continue to be relevant. I see no need to analyse this question any further. This appeal does not concern the review of a situation governed by Quebec law. Nor does it concern either the interpretation of the provisions setting out procedures for submitting administrative questions relating to the application of Quebec's *Supplemental Pension Plans Act* (s. 254) to the civil courts or a review of the mechanics and scope of appeals against, or judicial review of, decisions relating to the application of that Act.

The instant case concerns a decision of the Superintendent of Pensions, who, pursuant to powers clearly delegated to him in the memorandum of reciprocal agreement, denied early retirement benefits to plan members employed in Quebec. As the Superintendent of Financial Services pointed out in his argument, it was necessary to consider the situations of all plan members when

dans les relations contractuelles des parties et que les débats juridiques sur ces matières relevaient des tribunaux civils (p. 1894). S'appuyant sur cet arrêt, les appelants plaident que le surintendant ne pouvait se prononcer sur l'application de l'art. 74 de la *Loi sur les régimes de retraite* de l'Ontario. Avec égards, les dispositions législatives précitées confèrent expressément un tel pouvoir, dont l'exercice lie l'administrateur du régime de retraite. En vertu d'une délégation de pouvoirs qui n'a jamais été contestée ni révoquée, ces dispositions s'appliquaient aux participants employés au Québec.

29 Il importe aussi de souligner que ce jugement reposait sur une vision étroite des pouvoirs d'interprétation des tribunaux et organismes administratifs, dont la jurisprudence de notre Cour s'est clairement dissociée depuis. Il suffit de mentionner quelques arrêts récents qui reconnaissent tous la nécessité d'une interprétation large et souple de ces pouvoirs d'interprétation et de décision : *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Vaughan c. Canada*, [2005] 1 R.C.S. 146, 2005 CSC 11. Dans cette perspective, la valeur de l'arrêt *Newberry*, comme précédent, serait sujette à caution, si tant est qu'il demeure pertinent. Je ne crois pas utile d'analyser davantage la question. En effet, le présent pourvoi n'a pas pour objet l'examen d'une situation qui serait régie par le droit québécois. Il ne porte pas non plus sur l'interprétation des dispositions prévoyant certaines procédures de renvoi aux tribunaux civils des questions administratives relatives à l'application de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* du Québec (art. 254) ou sur l'étude des modalités et de l'étendue de l'appel ou du contrôle judiciaire des décisions relatives à l'application de cette loi.

30 Nous nous trouvons ainsi devant une décision du surintendant des régimes de retraite qui a refusé des prestations de retraite anticipée aux participants employés au Québec en vertu de pouvoirs clairement délégués par l'accord multilatéral de réciprocité. Comme l'a d'ailleurs souligné le surintendant des services financiers dans sa plaidoirie, il lui a fallu considérer la situation de tous les

calculating the benefits owed to each one of them, and to assess the impact of paying those benefits on the financial stability of the plan and the protection of the benefits to be paid. The approval of the wind up report left the employer no choice. Under the Act, it could not even pay benefits other than in accordance with the Superintendent's decision. Serious difficulties accordingly arose in relation to the effect of the decision on the legal proceedings instituted by the appellants in Quebec. These difficulties concerned, first, the very admissibility of the action in light of the principles relating to *res judicata* in civil law and issue estoppel at common law, and the principles of public law applicable to the role of the courts. The principles in question discourage collateral attacks on judicial or quasi-judicial decisions in order to preserve the finality of the decisions. In the alternative, a proper application of the principle of *forum non conveniens*, under art. 3135 *C.C.Q.*, would at any rate have led the Quebec Superior Court to decline jurisdiction.

E. *The Finality of the Decision of Ontario's Superintendent of Pensions and the Admissibility of the Appellants' Action*

31 As I mentioned above, I do not question the Quebec Superior Court's jurisdiction to hear an action in which benefits are claimed under a contract of employment in the absence of any debate regarding the existence and exercise of an arbitral jurisdiction under the relevant labour legislation. However, the action must be admissible in law. The right to retirement benefits claimed by the appellants exists only if the payment of early retirement benefits is authorized by the Superintendent. The action against Stelco has no legal basis except insofar as the employer is authorized and required to pay the benefits claimed. The employer may not pay them unless such payment is authorized by the Superintendent's decision approving the wind up report. In the absence of such an authorization, the debt claimed from the employer does not exist. The early retirement benefits cannot be claimed if the Superintendent's decision still applies. The problem cannot be circumvented by presuming that it does not exist. I repeat that no appeal or judicial

participants pour calculer les prestations dues à chacun et déterminer l'impact du versement de celles-ci sur l'équilibre financier du régime et la protection des prestations payables à terme. L'approbation du rapport de liquidation ne laissait aucun choix à l'employeur. La loi lui interdisait même de verser des prestations autrement qu'en conformité avec la décision du surintendant. De graves difficultés se posaient donc quant à l'effet de cette décision sur l'instance engagée par les appelants au Québec. Ces difficultés touchaient d'abord à la recevabilité même du recours suivant les règles relatives à la chose jugée en droit civil et à la préclusion (*issue estoppel*) en common law, et aux règles de droit public applicables à l'activité des tribunaux. Ces règles visent, en effet, à décourager la contestation incidente ou indirecte de décisions judiciaires ou assimilées afin de préserver leur caractère définitif. Subsidiairement, l'application correcte du principe du *forum non conveniens*, en vertu de l'art. 3135 *C.c.Q.*, aurait de toute manière amené la Cour supérieure du Québec à décliner compétence.

E. *Le caractère final de la décision du surintendant des régimes de retraite de l'Ontario et la recevabilité de l'action des appelants*

Je ne mets pas en doute la compétence de la Cour supérieure du Québec sur une action en réclamation de prestations prévues par un contrat de travail en l'absence de tout débat sur l'existence et l'exercice d'une compétence arbitrale en vertu de la législation du travail pertinente, comme je l'ai signalé précédemment. Encore faut-il que l'action soit recevable en droit. Le droit aux prestations de retraite allégué par les appelants n'existe que si le paiement des prestations de retraite anticipée est autorisé par le surintendant. L'action contre Stelco ne possède de base juridique que dans la mesure où l'employeur peut et doit payer les prestations réclamées. L'employeur ne peut verser celles-ci que s'il y est autorisé par la décision du surintendant approuvant le rapport de liquidation. Faute d'une telle autorisation, la créance invoquée contre lui n'existe pas. Les prestations de retraite anticipée ne peuvent être réclamées si la décision du surintendant demeure applicable. Le problème ne peut être contourné en présumant son inexistence. Je le

review proceedings have been instituted in Ontario. In order to consider the merits of the appellants' action, the Quebec courts would now have to treat the decision as if it were already non-existent or invalid, or quash it themselves.

rappelle, aucune procédure d'appel ou de contrôle judiciaire n'a été engagée en Ontario. Pour examiner au fond la validité de la demande des appelants, il faudrait maintenant que les tribunaux québécois traitent cette décision comme si elle était déjà inexistante ou invalide ou qu'ils l'annulent eux-mêmes.

At this stage of the proceedings, from the perspective of Quebec law, the problem is one of *res judicata*. The three necessary elements of identical cause, object and parties are present. The conditions for applying this principle pursuant to art. 2848 *C.C.Q.* and the case law have been met (see *Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 440). The Superintendent had jurisdiction to make the decision. The Quebec action implicitly requires a review of the question of the right to pension benefits, on which the Superintendent has already ruled. Moreover, the appellants were parties to the process before the Superintendent. The content of the wind up report and the benefit calculations were sent to them, and it was open to them to raise any objections they might have had. Lastly, the principle of *res judicata* applies not only to the decisions of courts, but also to the decisions of administrative tribunals and bodies (see J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at pp. 567-68). In the instant case, the main debate between the parties thus concerns a question that was already settled by the Superintendent, since the action cannot succeed unless his decision is varied or quashed. In this context, the principle of *res judicata*, which is in fact codified for the purposes of Quebec private international law in art. 3137 *C.C.Q.*, bars the suit even if Quebec law applies to this aspect of the case.

32 Dans l'état actuel des procédures, au regard du droit québécois, il s'agit d'un problème de chose jugée. Les trois identités nécessaires de cause, d'objet et de parties existent. Les conditions d'application de ce principe sont remplies conformément à l'art. 2848 *C.c.Q.* et à la jurisprudence (voir *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 440). Le surintendant avait compétence pour rendre la décision. L'action québécoise exige implicitement un nouvel examen de la question du droit aux prestations de retraite que le surintendant a déjà tranchée. De plus, les appelants étaient parties à la procédure devant le surintendant. Le contenu du rapport de liquidation et le calcul des prestations leur ont été communiqués et ils pouvaient soulever des objections, s'ils en avaient. Enfin, la règle de la chose jugée s'applique non seulement aux décisions des tribunaux judiciaires, mais aussi à celles des tribunaux ou organismes administratifs (voir J.-C. Royer, *La preuve civile* (3e éd. 2003), p. 567-568). En l'espèce, le débat principal entre les parties porterait ainsi sur une question déjà tranchée par le surintendant, puisqu'il ne pourrait être fait droit à l'action sans réviser ou annuler la décision de ce dernier. Dans ce contexte, le principe de la chose jugée, que l'art. 3137 *C.c.Q.* codifie d'ailleurs en droit international privé québécois, fait obstacle à la demande en justice, à supposer que le droit québécois s'applique à cet aspect de l'affaire.

Insofar as a decision of an administrative body created by the Ontario legislature is in issue, in a case within that body's jurisdiction under Ontario law, the common law rules governing issue estoppel lead to the same result regarding the admissibility of the action. This Court recently considered the conditions for this type of estoppel in *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44, and *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63. In *City*

33 Dans la mesure où la décision d'un organisme administratif créé par la législature de l'Ontario est en cause, dans une affaire dont le règlement incombe à cet organisme suivant le droit de l'Ontario, les règles de common law sur la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (*issue estoppel*) conduiraient à une même solution quant à la recevabilité de l'action. Notre Cour a examiné récemment les conditions d'existence de cette forme de préclusion dans les arrêts *Danyluk c. Ainsworth*

of Toronto, Arbour J., citing the reasons of Binnie J. in *Danyluk*, set out three preconditions for issue estoppel:

> Issue estoppel is a branch of *res judicata* (the other branch being *cause of action* estoppel), which precludes the relitigation of issues previously decided in court in another proceeding. For issue estoppel to be successfully invoked, three preconditions must be met: (1) the issue must be the same as the one decided in the prior decision; (2) the prior judicial decision must have been final; and (3) the parties to both proceedings must be the same, or their privies (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44, at para. 25, *per* Binnie J.). [Emphasis in original; para. 23.]

34 These three preconditions are met in the case at bar. The issue, that is, the principal object of the case, is the same as the one decided by the Superintendent. The parties were also involved in the approval procedure for the partial wind up. And the decision that was rendered is final in nature. Also, in my view, the facts of the instant case would not justify the courts in exercising their residual discretion to decline to apply estoppel. Not only the appellants' failure to make use of the usual means of redress — appeal or judicial review — but also the situation in which any other decision would place the respondent, militates against this. Stelco could find itself in the strange position of having to comply with the Superintendent's decision under Ontario law while at the same time being required to execute a Quebec judgment to the contrary, at least with regard to former plan members from Quebec. As the intervener points out, such a result could call into question the benefit calculations for all the retirees and the measures taken to ensure the plan's solvency.

35 The situation in which the respondent could find itself if the principles of *res judicata* or issue

Technologies Inc., [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44, et *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63. Dans l'arrêt *Ville de Toronto*, la juge Arbour, s'appuyant d'ailleurs sur les motifs du juge Binnie dans *Danyluk*, énonçait trois conditions préalables d'existence de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée :

> La préclusion découlant d'une question déjà tranchée est un volet du principe de l'autorité de la chose jugée (l'autre étant la préclusion fondée sur la *cause d'action*), qui interdit de soumettre à nouveau aux tribunaux des questions déjà tranchées dans une instance antérieure. Pour que le tribunal puisse accueillir la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, trois conditions préalables doivent être réunies : (1) la question doit être la même que celle qui a été tranchée dans la décision antérieure; (2) la décision judiciaire antérieure doit avoir été une décision finale; (3) les parties dans les deux instances doivent être les mêmes ou leurs ayants droit (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, 2001 CSC 44, par. 25 (le juge Binnie)). [Souligné dans l'original; par. 23.]

Ces trois conditions se trouvent ici réunies. La question, qui est d'ailleurs l'objet principal du litige, est la même que celle tranchée par le surintendant. Elle oppose des parties qui ont également participé à la procédure d'approbation de la liquidation partielle. Enfin, la décision prise a un caractère final. J'estime par ailleurs que les faits de l'espèce ne justifieraient pas l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal de ne pas donner effet à la préclusion. Non seulement l'omission des appelants d'utiliser les voies de recours habituelles — l'appel ou le contrôle judiciaire —, mais aussi la situation dans laquelle toute autre décision placerait l'intimée, militent contre un tel exercice. Stelco pourrait en effet se trouver dans l'étrange situation de devoir se conformer à la décision du surintendant en vertu de la loi de l'Ontario tout en étant tenue d'exécuter un jugement québécois contraire, du moins à l'égard d'anciens participants du Québec. Enfin, comme le souligne l'intervenant, un tel résultat pourrait remettre en cause le calcul des prestations de l'ensemble des retraités et les mesures prises pour assurer la solvabilité du régime de retraite.

La situation dans laquelle pourrait se trouver l'intimée si ce n'était l'application des règles de la

estoppel were not applied illustrates the danger of a collateral attack and of the failure to avail oneself in a timely manner of the recourses against decisions of administrative bodies or courts of law that are available in the Canadian legal system. The stability and finality of judgments are fundamental objectives and are requisite conditions for ensuring that judicial action is effective and that effect is given to the rights of interested parties. Modern adjective law and administrative law have gradually established various appeal mechanisms and sophisticated judicial review procedures, so as to reduce the chance of errors or injustice. Even so, the parties must avail themselves of those options properly and in a timely manner. Should they fail to do so, the case law does not in most situations allow collateral attacks on final decisions (*City of Toronto*, at paras. 33-34), which Arbour J. likened to a form of abuse of process (para. 34) (see also: *Quebec (Attorney General) v. Laroche*, [2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72, at paras. 73-76). In the case at bar, the type of action brought by the appellants necessarily entailed an impermissible collateral attack on the Superintendent's decision, as can be seen from the analysis regarding *res judicata*. Consequently, the action was inadmissible.

chose jugée ou de la préclusion illustre le danger d'une contestation incidente et du défaut d'exercer en temps utile les recours que connaît le système judiciaire canadien contre la décision d'un organisme administratif ou d'une cour de justice. La stabilité et le caractère définitif des jugements constituent des objectifs fondamentaux et des conditions de l'efficacité de l'action judiciaire comme de l'effectivité des droits des intéressés. Le droit judiciaire et le droit administratif modernes ont graduellement établi des mécanismes d'appel divers, voire des procédures élaborées de contrôle judiciaire, pour réduire les possibilités d'erreur ou d'injustice. Encore faut-il que les parties sachent les utiliser à bon escient et en temps opportun. À défaut, la jurisprudence ne permettra pas, en règle générale, la contestation indirecte d'une décision devenue finale (*Ville de Toronto*, par. 33-34), que la juge Arbour assimilait d'ailleurs à une forme d'abus de procédure (par. 34) (voir aussi : *Québec (Procureur général) c. Laroche*, [2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72, par. 73-76). En l'espèce, le type de recours exercé par les appelants emportait nécessairement la contestation indirecte inadmissible de la décision du surintendant, comme le montre d'ailleurs l'analyse relative à l'autorité de la chose jugée. En conséquence, le recours était irrecevable.

F. *Forum Non Conveniens*

In the alternative, if, in the circumstances of the instant case, the Quebec courts had found that it was still legally possible to contest the Superintendent's decision, a proper application of the doctrine of *forum non conveniens* would have justified them in declining jurisdiction. As we know, after a period of uncertainty and debate, the civil law of Quebec recognized the existence and applicability of this doctrine in the implementation of its conflict of laws rules (G. Goldstein and E. Groffier, *Droit international privé*, vol. I, *Théorie générale* (1998), at pp. 308-12). Moreover, the Quebec legislature expressly accepted the doctrine by codifying it in art. 3135 *C.C.Q.*:

3135. Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it

F. *Le forum non conveniens*

36 Subsidiairement, dans les circonstances de l'espèce, si les tribunaux québécois concluaient qu'il est encore juridiquement possible de remettre en cause la décision du surintendant, une application correcte de la doctrine du *forum non conveniens* les justifierait de décliner compétence. On sait qu'après une période d'incertitude et de controverse, le droit civil québécois a reconnu l'existence et l'application de cette doctrine dans la mise en œuvre de ses règles en matière de conflits de lois (G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, *Théorie générale* (1998), p. 308-312). Le législateur québécois l'a d'ailleurs expressément acceptée en la codifiant à l'art. 3135 *C.c.Q.* :

3135. Bien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, une autorité du Québec peut, exceptionnellement et à la demande d'une partie, décliner cette

considers that the authorities of another country are in a better position to decide.

37 The doctrine of *forum non conveniens* confers on the court a supplementary power to decline to exercise a jurisdiction that is otherwise granted to it by one of the conflict of laws rules provided for in the *C.C.Q.* The law attaches an exceptional character to this power, although the exercise of the power is not regarded as unusual (*Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78, at paras. 77 and 81; *GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46, at para. 33). Furthermore, the judge may exercise it only at the request of a party, and not on his or her own initiative. The application of this doctrine requires a review of various, and variable, criteria. On the basis of the Quebec Court of Appeal's decision in *Lexus Maritime inc. v. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] Q.J. No. 2059 (QL), at para. 18, Professor J. A. Talpis enumerated the most important factors as follows:

> The criteria most commonly used in the Quebec jurisprudence on *forum non conveniens* include: 1) the residence and domicile of the parties, 2) the location of the natural forum, 3) the location of the evidence, 4) the place of residence of the witnesses, 5) the location of the alleged conduct and transaction, including the place of formation and execution of the contract, 6) the existence of an action pending in another jurisdiction between the same parties (in an imperfect *lis pendens* situation) and the stage of such proceeding, 7) the law applicable to the dispute, 8) the ability to join all parties, 9) the need for enforcement in the alternative court, 10) the juridical advantages for the plaintiff, and 11) the interests of justice. As the Quebec Court of Appeal observes in *Oppenheim Forfait G.M.B.H.* v. *Lexus Maritime inc.*, these and other less frequently used criteria, have evolved from the jurisprudence in Quebec as well as in the common law jurisdictions. [Footnotes omitted.]
>
> (J. A. Talpis, *"If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), at pp. 44-45; see also *Spar Aerospace*, at para. 71.)

compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige.

La doctrine du *forum non conveniens* confère au tribunal un pouvoir supplémentaire de refuser d'exercer une compétence que lui attribue par ailleurs l'une des règles de conflits de lois prévues par le *C.c.Q.* La loi attache un caractère d'exception à ce pouvoir, bien que son exercice ne soit pas considéré comme inhabituel (*Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78, par. 77 et 81; *GreCon Dimter inc. c. J.R. Normand inc.*, [2005] 2 R.C.S. 401, 2005 CSC 46, par. 33). Le juge doit d'ailleurs l'exercer à la demande d'une partie, et non de son propre chef. L'application de cette doctrine exige l'examen de critères divers et variables. S'appuyant sur l'arrêt *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. nº 2059 (QL), par. 18, de la Cour d'appel du Québec, le professeur J. A. Talpis énumérait ainsi les facteurs les plus importants :

> [TRADUCTION] Les critères retenus le plus souvent par les tribunaux québécois pour l'application de la doctrine du *forum non conveniens* comprennent : 1) le lieu de résidence des parties et leur domicile, 2) l'emplacement du forum naturel, 3) l'emplacement des éléments de preuve, 4) le lieu de résidence des témoins, 5) le lieu où seraient survenus l'acte et l'opération allégués, y compris le lieu de formation et d'exécution du contrat, 6) l'existence d'une action à laquelle les mêmes personnes sont parties dans un autre ressort (dans un cas de litispendance imparfaite) et les étapes franchies dans cette instance, 7) le droit applicable au litige, 8) la possibilité de réunir toutes les actions, 9) la nécessité d'une procédure en exemplification dans l'autre ressort, 10) les avantages pour le demandeur sur le plan juridique et 11) l'intérêt de la justice. Comme la Cour d'appel du Québec le fait observer dans *Oppenheim Forfait G.M.B.H. c. Lexus Maritime inc.*, ces critères et d'autres moins usités sont issus de la jurisprudence québécoise et de celle des ressorts de common law. [Notes en bas de page omises.]
>
> (J. A. Talpis, « *If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?* » *Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation* (2001), p. 44-45; voir aussi *Spar Aerospace*, par. 71.)

In this appeal, the application of the most relevant factors would have led a Quebec court to recognize that an Ontario court would be in a better position to hear the action. Indeed, the principal object of the case is the judicial review of the decision of an Ontario administrative body that has been delegated the authority to administer the pension plan even with regard to plan members in Quebec. The natural forum for reviewing this body's decisions would appear to be an Ontario court, if only to reduce the risk of conflicting decisions and to adhere to the principle of administration set out in the memorandum of reciprocal agreement. This conclusion is all the more compelling in that the challenge by the Quebec plan members could affect the plan as a whole and the rights of the other members.

38 Dans le présent pourvoi, l'application des facteurs les plus pertinents aurait amené une cour québécoise à reconnaître qu'un tribunal de l'Ontario était mieux placé pour connaître de la demande en justice. En effet, l'objet principal du litige serait la révision judiciaire de la décision de l'organisme administratif ontarien auquel est délégué le pouvoir d'administrer le régime même à l'égard des participants québécois. Il appert que le forum naturel du contrôle des décisions de cet organisme soit d'abord le tribunal de l'Ontario, ne serait-ce que pour réduire le risque de décisions contradictoires et pour respecter le principe d'administration prévu par l'accord de réciprocité. Cette conclusion s'imposerait d'autant plus que la contestation des participants québécois pourrait affecter l'ensemble du régime et les droits des autres participants.

III. Conclusion

Since the action as brought is inadmissible, there is no need to consider the other issues raised by the parties. Consequently, for the reasons set out above, I concurred with my colleagues that the appeal should be dismissed with costs.

III. Conclusion

39 En raison de l'irrecevabilité de la demande formulée, il est inutile d'examiner les autres questions soulevées par les parties. En conséquence, pour les motifs qui précèdent, j'ai été d'accord avec mes collègues pour rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellants: Rivest Schmidt, Montréal.

Procureurs des appelants : Rivest Schmidt, Montréal.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimée : McCarthy Tétrault, Montréal.

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

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

Kirkbi AG and Lego Canada Inc. *Appellants*

v.

Ritvik Holdings Inc./Gestions Ritvik Inc. (now operating as Mega Bloks Inc.) *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Quebec *Interveners*

INDEXED AS: KIRKBI AG *v.* RITVIK HOLDINGS INC.

Neutral citation: 2005 SCC 65.

File No.: 29956.

2005: March 16; 2005: November 17.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Trade and commerce — Trade-marks — Whether provision creating statutory action of passing off in federal trade-mark legislation ultra vires Parliament — Whether federal trade-marks legislation valid exercise of Parliament's general trade and commerce power — Constitution Act, 1867, s. 91(2) — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 7(b).

Trade-marks — Unfair competition — Passing-off action — Unregistered trade-marks — Doctrine of functionality — Toy manufacturer asserting unregistered trade-mark in LEGO blocks consisting of distinctive orthogonal pattern of raised studs distributed on top of each block — Whether unregistered functional mark can form basis of action claiming passing off under s. 7(b) of Trade-marks Act — Whether doctrine of functionality applicable only to registered trade-marks — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 7(b).

Kirkbi AG et Lego Canada Inc. *Appelantes*

c.

Gestions Ritvik Inc./Ritvik Holdings Inc. (maintenant exploitée sous le nom de Mega Bloks Inc.) *Intimée*

et

Procureur général du Canada et procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : KIRKBI AG *c.* GESTIONS RITVIK INC.

Référence neutre : 2005 CSC 65.

N° du greffe : 29956.

2005 : 16 mars; 2005 : 17 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Partage des compétences législatives — Échanges et commerce — Marques de commerce — La disposition codifiant l'action pour commercialisation trompeuse dans la loi fédérale sur les marques de commerce excède-t-elle la compétence du Parlement? — La loi fédérale sur les marques de commerce représente-t-elle un exercice valide de la compétence du Parlement relative aux échanges et au commerce en général? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2) — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 7b).

Marques de commerce — Concurrence déloyale — Action pour commercialisation trompeuse — Marques de commerce non déposées — Principe de la fonctionnalité — Fabricant de jouets invoquant, à l'égard des briques LEGO, une marque de commerce non déposée constituée d'une configuration orthogonale distinctive de tenons sur le dessus de chaque brique — Une marque fonctionnelle non déposée peut-elle servir de fondement à une action pour commercialisation trompeuse en vertu de l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce? — Le principe de la fonctionnalité s'applique-t-il uniquement aux marques de commerce déposées? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 7b).

Torts — Passing off — Conditions to establish liability.

K held the patents for LEGO construction sets. When the patents expired in Canada, R, a Canadian toy manufacturer, began manufacturing and selling bricks interchangeable with LEGO. K tried to assert a trade-mark in the "LEGO indicia": the upper surface of the block with eight studs distributed in a regular geometric pattern. When the Registrar of Trade-marks refused registration, K claimed the LEGO indicia as an unregistered mark and sought a declaration that it had been infringed by R pursuant to s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act* and the common law doctrine of passing off. It requested a permanent injunction to prevent R from marketing infringing products and sought damages. The trial judge found that purely functional features, such as the LEGO indicia, could not become the basis of a trade-mark, whether registered and unregistered. The majority of the Court of Appeal upheld the decision. In this Court, R challenged the constitutionality of s. 7(*b*), arguing that the provision is *ultra vires* the legislative competence of Parliament under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 7(*b*) of the *Trade-marks Act*, which creates a civil cause of action essentially codifying the common law tort of passing off, is *intra vires* Parliament. First, although the creation of civil causes of action is generally a matter of property or civil rights in the province, the intrusion of s. 7(*b*) into provincial jurisdiction is minimal. Section 7(*b*) is remedial and is limited in its application by the provisions of the Act. It does not expand the federal jurisdiction in relation to trade-marks and trade-names, but merely rounds out an otherwise incomplete trade-mark scheme. Second, the *Trade-marks Act* is a valid exercise of Parliament's general trade and commerce power under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. The *Trade-marks Act* establishes a regulatory scheme for both registered and unregistered trade-marks and is clearly concerned with trade as a whole, across and between industries in different provinces. Since there is no question that trade-marks apply across and between industries in different provinces, divided provincial and federal jurisdiction could lead to uneven protection. The lack of a civil

Responsabilité délictuelle — Commercialisation trompeuse — Conditions requises pour qu'il y ait responsabilité.

K était titulaire des brevets des jeux de construction LEGO. Lorsque les brevets ont expiré au Canada, R, un fabricant de jouets canadien, a commencé à fabriquer et à vendre des briques pouvant être utilisées indistinctement avec les briques LEGO. K a tenté d'invoquer l'existence d'une marque de commerce à l'égard de la « marque figurative LEGO », laquelle reproduit la face supérieure de la brique, qui présente une configuration géométrique régulière de huit tenons. Lorsque le registraire des marques de commerce a refusé l'enregistrement, K a revendiqué la marque figurative LEGO à titre de marque non déposée et s'est fondée sur l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce* et la doctrine de common law de la commercialisation trompeuse pour solliciter un jugement déclarant que R avait violé les droits liés à cette marque. Elle a également sollicité une injonction permanente interdisant à R de commercialiser des produits contrefaits, en plus de réclamer des dommages-intérêts. Le juge de première instance a conclu que des caractéristiques purement fonctionnelles comme la marque figurative LEGO ne peuvent servir de fondement à une marque de commerce déposée ou non déposée. La Cour d'appel à la majorité a confirmé cette décision. Devant notre Cour, R a plaidé l'inconstitutionnalité de l'al. 7*b*) en faisant valoir que cette disposition excède la compétence législative que le Parlement possède en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'alinéa 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*, qui crée un droit d'action de nature civile et codifie, pour l'essentiel, le délit de commercialisation trompeuse en common law, se situe à l'intérieur de la compétence du Parlement. Premièrement, bien que la création de droits d'action de nature civile soit généralement une question de propriété et de droits civils dans la province, l'empiètement de l'al. 7*b*) sur la compétence provinciale est minime. Cet alinéa est une disposition réparatrice dont l'application est restreinte par les dispositions de la Loi. Il n'élargit pas la compétence fédérale à l'égard des marques de commerce et des noms commerciaux, mais ne fait que compléter un régime de protection des marques de commerce qui demeurerait par ailleurs incomplet. Deuxièmement, la *Loi sur les marques de commerce* est un exercice valide de la compétence relative aux échanges et au commerce en général que le Parlement possède en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle établit un régime de réglementation tant des marques de commerce déposées que des marques de commerce non déposées et vise, de toute évidence, l'ensemble

remedy integrated into the scheme of the Act and applicable to registered and unregistered marks could also lead to duplicative, conflicting, inefficient enforcement procedures. Third, s. 7(*b*) is sufficiently integrated into the *Trade-marks Act*. As the encroachment into provincial power is minimal, a "functional relationship", such as is present here, is sufficient to sustain the constitutionality of the provision. The passing-off action plays a clear role in the federal scheme. In its pith and substance, s. 7(*b*) is directly connected to the enforcement of trade-marks and trade-names in Canada, and the civil remedy it creates protects the goodwill associated with trade-marks and is directed to avoiding consumer confusion. Without this provision there would be a gap in the legislative protection of trade-marks. [20-36]

K's passing-off claim under s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act* must be dismissed. Its claim, which is based on the existence of a trade-mark, is barred by the application of the doctrine of functionality. This doctrine establishes that a mark which goes beyond distinguishing the wares of its owner to the functional structure of the wares themselves is transgressing the legitimate bounds of a trade-mark. The doctrine reflects the purpose of a trade-mark, which is the protection of the distinctiveness of the product, and applies equally to registered and unregistered marks. Registration does not change the nature of a mark; it merely grants more effective rights against third parties. Marks, registered or not, share common legal attributes and grant exclusive rights to the use of a distinctive designation or guise. Here, K claimed an unregistered trade-mark consisting solely of the technical or functional characteristics of the LEGO bricks, formerly protected by K's patents. A purely functional design cannot be the basis of a trade-mark and trade-mark law should not be used to perpetuate monopoly rights enjoyed under now-expired patents. [40-61]

des échanges dans tous les secteurs d'activité des différentes provinces. Étant donné qu'il ne fait aucun doute que la protection des marques de commerce s'applique à tous les secteurs d'activité des différentes provinces, une compétence fédérale-provinciale partagée pourrait donner lieu à une protection inégale. L'absence de recours civil intégré au régime de la Loi et applicable à toutes les marques, déposées ou non déposées, inciterait également au dédoublement des voies de recours et des procédures d'application et même à la mise en place de régimes contradictoires, ce qui compromettrait l'efficacité de la protection des marques de commerce. Troisièmement, l'al. 7*b*) est suffisamment intégré à la *Loi sur les marques de commerce*. Vu que l'empiètement sur la compétence provinciale est minime, un « rapport fonctionnel », comme celui qui existe en l'espèce, suffit pour que la disposition soit constitutionnelle. L'action pour commercialisation trompeuse joue un rôle évident dans le régime de réglementation fédéral. De par son caractère véritable, l'al. 7*b*) est directement lié à la protection des marques de commerce et des noms commerciaux au Canada, et le recours civil qu'il prévoit protège l'achalandage rattaché aux marques de commerce et a pour objet d'empêcher que l'emploi de marques de commerce sème la confusion chez les consommateurs. Sans cette disposition, la protection légale des marques de commerce demeurerait incomplète. [20-36]

L'action pour commercialisation trompeuse de K, fondée sur l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*, doit être rejetée. Cette action, qui repose sur l'existence d'une marque de commerce, ne peut pas être intentée en raison du principe de la fonctionnalité, selon lequel une marque qui ne se borne pas à distinguer les marchandises de son titulaire, mais se rapporte à la structure fonctionnelle des marchandises mêmes, outrepasse les limites légitimes d'une marque de commerce. Ce principe reflète l'objet d'une marque de commerce, soit la protection du caractère distinctif du produit, et il s'applique aux marques déposées comme aux marques non déposées. L'enregistrement d'une marque n'en change pas la nature; il ne fait que conférer des droits plus efficaces contre les tiers. Qu'elles soient déposées ou non, les marques conservent toutefois certains attributs juridiques communs et accordent le droit exclusif d'utiliser un nom ou un signe distinctif. En l'espèce, K a revendiqué une marque de commerce non déposée formée uniquement des caractéristiques techniques ou fonctionnelles des briques LEGO, qui étaient auparavant protégées par les brevets de K. Un dessin purement fonctionnel ne peut servir de fondement à une marque de commerce et le droit des marques de commerce ne doit pas servir à perpétuer un monopole lié à des brevets maintenant expirés. [40-61]

In any event, under the modern law of passing off, three elements must be established in order to succeed in a passing-off action based on statute law or common law: the existence of goodwill, deception of the public due to a misrepresentation and actual or potential damage to the plaintiff. In this case, K's claim was bound to fail because it would not have met the first condition of the action. The alleged distinctiveness of the product consisted precisely of the process and techniques which were now common to the trade. [62-69]

De toute façon, selon le droit moderne en matière de commercialisation trompeuse, il faut établir l'existence de trois éléments pour obtenir gain de cause dans une action pour commercialisation trompeuse fondée sur le droit d'origine législative ou sur la common law : l'existence d'un achalandage, le fait que le public a été induit en erreur par une fausse déclaration et le préjudice réel ou possible pour le demandeur. En l'espèce, l'action de K était vouée à l'échec car cette dernière n'aurait pas été en mesure de remplir la première condition. Le prétendu caractère distinctif tenait précisément au procédé et aux techniques maintenant répandus dans l'industrie. [62-69]

Cases Cited

Applied: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31; **referred to:** *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405; *Good Humor Corp. of America v. Good Humor Food Products Ltd.*, [1937] Ex. C.R. 61; *Royal Doulton Tableware Ltd. v. Cassidy's Ltd.*, [1986] 1 F.C. 357; *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1986), 8 C.I.P.R. 232, rev'd in part [1987] 3 F.C. 544; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *Parke, Davis & Co. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] S.C.R. 351; *Remington Rand Corp. v. Philips Electronics N.V.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 467; *Pizza Pizza Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1989] 3 F.C. 379; *Thomas & Betts, Ltd. v. Panduit Corp.*, [2000] 3 F.C. 3; *Imperial Tobacco Co. of Canada v. Registrar of Trade Marks*, [1939] Ex. C.R. 141; *Elgin Handles Ltd. v. Welland Vale Manufacturing Co.* (1964), 43 C.P.R. 20; *TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23 (2001); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205 (2000); *Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd.*, C-299/99, [2002] E.C.R. I-5475; Cancellation Division of the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade-marks and Designs), 63 C 107029/1 "LEGO brick" (3D), July 30, 2004; *INTERLEGO AG's Trade Mark Applications*, [1998] R.P.C. 69; Paris, October 18, 2000, D. 2001. Jur.850; *Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.*, [1992]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31; **arrêts mentionnés :** *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405; *Good Humor Corp. of America c. Good Humor Food Products Ltd.*, [1937] R.C. de l'É. 61; *Royal Doulton Tableware Ltd. c. Cassidy's Ltée*, [1986] 1 C.F. 357; *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1986), 8 C.I.P.R. 232, inf. en partie par [1987] 3 C.F. 544; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, 2004 CSC 34; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *Parke, Davis & Co. c. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.S. 351; *Remington Rand Corp. c. Philips Electronics N.V.*, [1995] A.C.F. nº 1660 (QL); *Pizza Pizza Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1989] 3 C.F. 379; *Thomas & Betts, Ltd. c. Panduit Corp.*, [2000] 3 C.F. 3; *Imperial Tobacco Co. of Canada c. Registrar of Trade Marks*, [1939] R.C. de l'É. 141; *Elgin Handles Ltd. c. Welland Vale Manufacturing Co.* (1964), 43 C.P.R. 20; *TrafFix Devices, Inc. c. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23 (2001); *Wal-Mart Stores, Inc. c. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205 (2000); *Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd.*, C-99/99, [2002] Rec. I-5475; Division d'annulation de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (Marques, Dessins et Modèles), 63 C 107029/1 « LEGO brick » (3D), 30 juillet 2004; *INTERLEGO AG's Trade Mark Applications*, [1998] R.P.C. 69; Paris, 18 octobre 2000, D. 2001.Jur.850; *Ciba-Geigy Canada Ltd. c.*

3 S.C.R. 120; *Singer Manufacturing Co. v. Loog* (1882), 8 App. Cas. 15, aff'g (1880), 18 Ch. D. 395; *Erven Warnink B.V. v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1979] A.C. 731; *Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873; *Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 494; *Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 S.C.R. 583.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(2), (22), (23), 92(13).
Lanham Trade-Mark Act, 15 U.S.C.A. § 1052(e)(5).
Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, ss. 2 "distinguishing guise", "trade-mark", 6, 7, 13(2), 19, 20.
Unfair Competition Act, 1932, S.C. 1932, c. 38, s. 2(*d*).

Authors Cited

Bently, Lionel, and Brad Sherman. *Intellectual Property Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.
Cornish, William Rodolph. *Intellectual Property: Omnipresent, Distracting, Irrelevant?* Oxford: Oxford University Press, 2004.
Cornish, William Rodolph, and David Llewelyn. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.
Gill, A. Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf).
Jolliffe, R. Scott. "The Common Law Doctrine of Passing Off", in Gordon F. Henderson, ed., *Trade-Marks Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, 197.
Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
Vivant, Michel. "La fantastique explosion de la propriété intellectuelle: Une rationalité sous le *big bang*?", dans *Mélanges Victor Nabhan*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2004, 393.

International Documents

European Communities. *First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate Laws Relating to Trade Marks*, [1989] O.J. L. 40/1, art. 3(1)(e).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Sexton and Pelletier

Apotex Inc., [1992] 3 R.C.S. 120; *Singer Manufacturing Co. c. Loog* (1882), 8 App. Cas. 15, conf. (1880), 18 Ch. D. 395; *Erven Warnink B.V. c. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1979] A.C. 731; *Reckitt & Colman Products Ltd. c. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873; *Oxford Pendaflex Canada Ltd. c. Korr Marketing Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 494; *Consumers Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 R.C.S. 583.

Lois et règlements cités

Lanham Trade-Mark Act, 15 U.S.C.A. § 1052(e)(5).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), (22), (23), 92(13).
Loi sur la concurrence déloyale, 1932, S.C. 1932, ch. 38, art. 2*d*).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 2 « signe distinctif », « marque de commerce », 6, 7, 13(2), 19, 20.

Doctrine citée

Bently, Lionel, and Brad Sherman. *Intellectual Property Law*, 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2004.
Cornish, William Rodolph. *Intellectual Property : Omnipresent, Distracting, Irrelevant?* Oxford : Oxford University Press, 2004.
Cornish, William Rodolph, and David Llewelyn. *Intellectual Property : Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5th ed. London : Sweet & Maxwell, 2003.
Gill, A. Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2002 (loose-leaf).
Jolliffe, R. Scott. « The Common Law Doctrine of Passing Off », in Gordon F. Henderson, ed., *Trade-Marks Law of Canada*. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993, 197.
Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.
Vivant, Michel. « La fantastique explosion de la propriété intellectuelle : Une rationalité sous le *big bang*? », dans *Mélanges Victor Nabhan*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 393.

Documents internationaux

Communautés européennes. *Première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques*, [1989] J.O. L. 40/1, art. 3(1)e).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Sexton et Pelletier),

JJ.A.), [2004] 2 F.C.R. 241, 228 D.L.R. (4th) 297, 26 C.P.R. (4th) 1, 308 N.R. 1, [2003] F.C.J. No. 1112 (QL), 2003 FCA 297, upholding a decision of Gibson J. (2002), 220 F.T.R. 161, 20 C.P.R. (4th) 224, [2002] F.C.J. No. 793 (QL), 2002 FCT 585. Appeal dismissed.

Robert H. C. MacFarlane, Michael E. Charles, Peter W. Hogg, Q.C., Christine Pallotta and *Catherine Beagan Flood*, for the appellants.

Ronald E. Dimock, Bruce Ryder, Bruce W. Stratton and *Henry Lue*, for the respondent.

Peter Southey, for the intervener the Attorney General of Canada.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

For many years, Kirkbi AG ("Kirkbi") has been a well-known and successful manufacturer of construction sets for children, and at times, for their parents too. The construction sets consist of standardized small plastic bricks, held together by a pattern of interlocking studs and tubes. Patent protection of this locking system has now expired in Canada and in several other countries. Kirkbi now attempts to protect its market share and goodwill against the inroads of competitors by invoking other forms of intellectual property rights. In particular, it is engaged in a long-running dispute with the respondent Mega Bloks Inc., formerly Ritvik Holdings Inc./Gestions Ritvik Inc. ("Ritvik"), a Canadian toy manufacturer. After the expiry of the last LEGO patents in Canada, the respondent began manufacturing and selling similar bricks, using the same locking method.

Kirkbi is now relying on an unregistered trademark, the "LEGO indicia", which consists of the

[2004] 2 R.C.F. 241, 228 D.L.R. (4th) 297, 26 C.P.R. (4th) 1, 308 N.R. 1, [2003] A.C.F. nº 1112 (QL), 2003 CAF 297, confirmant une décision du juge Gibson (2002), 220 F.T.R. 161, 20 C.P.R. (4th) 224, [2002] A.C.F. nº 793 (QL), 2002 CFPI 585. Pourvoi rejeté.

Robert H. C. MacFarlane, Michael E. Charles, Peter W. Hogg, c.r., Christine Pallotta et *Catherine Beagan Flood*, pour les appelantes.

Ronald E. Dimock, Bruce Ryder, Bruce W. Stratton et *Henry Lue*, pour l'intimée.

Peter Southey, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

Kirkbi AG (« Kirkbi ») exploite depuis de nombreuses années une entreprise prospère et bien connue de fabrication de jeux de construction destinés aux enfants et, parfois, à leurs parents aussi. Ces jeux sont constitués de petites briques de plastique uniformes qui s'emboîtent grâce à un système de tenons et de cylindres creux. Les brevets qui protégeaient ce système d'emboîtement au Canada et dans plusieurs autres pays sont maintenant expirés. Kirkbi tente désormais de protéger contre la concurrence sa part du marché et son achalandage en invoquant d'autres formes de droits de propriété intellectuelle. Un différend l'oppose notamment depuis longtemps à l'intimée Mega Bloks Inc., auparavant Gestions Ritvik Inc./Ritvik Holdings Inc. (« Ritvik »), un fabricant de jouets canadien. Après l'expiration des derniers brevets de LEGO au Canada, l'intimée a commencé à fabriquer et à vendre des briques semblables qui font appel au même système d'emboîtement. 1

Kirkbi invoque maintenant une marque de commerce non déposée, à savoir la « marque figurative 2

well-known geometrical pattern of raised studs on the top of the bricks as the basis for a claim of passing off under s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13. Kirkbi seeks to prevent Ritvik from marketing its competing products without a proper disclaimer that its building blocks are not LEGO bricks and are not supplied by Kirkbi. Absent such a warning to consumers, the appellant argues, confusion arises and there are grounds for a passing-off action under s. 7(*b*). In this Court, for the first time in these proceedings, Ritvik challenged the constitutionality of s. 7(*b*) and argued that it is *ultra vires* the legislative competence of the Parliament of Canada.

LEGO » constituée du célèbre dessin géométrique représentant les tenons de la face supérieure des briques, pour intenter une action pour commercialisation trompeuse fondée sur l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13. Elle cherche à empêcher Ritvik de commercialiser ses produits concurrents sans les accompagner d'un avertissement en bonne et due forme que ses briques pour jeux de construction ne sont pas des briques LEGO et ne sont pas fournies par Kirkbi. Selon l'appelante, l'absence d'une telle mise en garde destinée aux consommateurs engendre de la confusion et donne ouverture à une action pour commercialisation trompeuse fondée sur l'al. 7*b*). Devant notre Cour, Ritvik a plaidé, pour la première fois, l'inconstitutionnalité de l'al. 7*b*) pour le motif que cette disposition excéderait la compétence législative du Parlement du Canada.

3 Although I hold that s. 7(*b*) is a valid exercise of the federal power over trade and commerce, I agree that the action should be dismissed and that the majority judgment of the Federal Court of Appeal should be upheld. A purely functional design may not be the basis of a trade-mark, registered or unregistered. The tort of passing off is not made out. The law of passing off and of trade-marks may not be used to perpetuate monopoly rights enjoyed under now-expired patents. The market for these products is now open, free and competitive.

Tout en estimant que l'al. 7*b*) représente un exercice valide de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, je conviens qu'il y a lieu de rejeter l'action et de confirmer l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel fédérale. Un dessin purement fonctionnel ne peut servir de fondement à une marque de commerce déposée ou non déposée. L'existence d'un délit de commercialisation trompeuse n'est pas établie. Le droit applicable en matière de commercialisation trompeuse et de marques de commerce ne peut servir à perpétuer un monopole lié à des brevets maintenant expirés. Le marché des produits en cause se trouve désormais ouvert à la pleine concurrence.

II. Background

II. Les faits

4 The LEGO toy business was founded in 1932. In 1949, Kirkbi produced its first toy building blocks. Those blocks were derived from a British product, the Kiddicraft blocks, which used a system of interlocking blocks. Kirkbi bought the patents covering the Kiddicraft system a few years later. Kirkbi then introduced significant improvements to the blocks. It added tubes underneath the blocks which coupled with the studs on top. This clever locking system increased the friction between the bricks and enhanced their "clutch power", although children could still easily disassemble them. The

L'entreprise de jouets LEGO est créée en 1932. En 1949, Kirkbi fabrique ses premières briques pour jeux de construction inspirées du jeu britannique de briques emboîtables Kiddicraft. Quelques années plus tard, Kirkbi achète les brevets protégeant le système d'emboîtement Kiddicraft et perfectionne alors sensiblement les briques en ajoutant à leur face inférieure des cylindres creux destinés à recevoir les tenons de la face supérieure. Cet ingénieux système d'emboîtement augmente le frottement entre les briques, en accroissant son « effet de fixation », sans toutefois empêcher les enfants

current LEGO block was thus designed and marketed some 50 years ago. The same pattern of studs on the top of the block with tubes underneath remains in use. The only change was the addition of the mark "LEGO" on the top of each stud in tiny script. Kirkbi managed to keep patent protection of its technology in place for many years. But, in Canada, as elsewhere, patent protection came to an end. In Canada, the last patent expired in 1988. By that time, the quality and originality of its products had earned LEGO bricks a well-deserved reputation amongst parents and children. LEGO toys acquired generations of devoted clients and users in Canada as in many other countries.

de les désassembler facilement. C'est ainsi que la génération actuelle de briques LEGO a été conçue et commercialisée il y a une cinquantaine d'année. Le même système de cylindres creux sous la brique et de tenons sur le dessus reste utilisé de nos jours. Le seul changement provient de l'ajout de la marque « LEGO », en caractères minuscules, sur le dessus de chaque tenon. Kirkbi parvient à maintenir, pendant de nombreuses années, la protection par brevet de sa technique. Toutefois, cette protection prend fin au Canada comme ailleurs. Au Canada, le dernier brevet expire en 1988. À cette époque, les briques LEGO jouissent d'une réputation bien méritée auprès des enfants et des parents, en raison de leur qualité et de leur originalité. Les jouets LEGO se sont gagné des générations de clients et d'utilisateurs fidèles au Canada comme dans beaucoup d'autres pays.

After the expiry of Kirkbi's patents, clouds gathered on the horizon. New competitors appeared and attempted to market similar if not identical products. The most aggressive was the respondent, a Montreal toy manufacturer now known as Ritvik. Ritvik had begun manufacturing toys in the 1960s. Later, in the 1980s, it developed and marketed a line of large-size building blocks. Finally, after the expiry of the last LEGO patents in Canada, it decided to use the traditional LEGO technology. It brought to market a line of small blocks, identical in size to LEGO blocks, which used the same geometrical pattern of stubs on top coupled with tubes underneath. They were sold under the name "MICRO MEGA BLOKS". Ritvik sold its new line in Canada and exported them to several other countries. Over the last 10 years, it has become a significant global competitor to Kirkbi.

5 Les nuages commencent à poindre à l'horizon après l'expiration des brevets de Kirkbi. De nouveaux concurrents se manifestent et tentent de commercialiser des produits similaires, voire identiques. L'intimée, un fabricant de jouets de Montréal maintenant connu sous le nom de Ritvik, s'avère le concurrent le plus agressif. Ritvik commence à fabriquer des jouets pendant les années 60. Plus tard, au cours des années 80, elle conçoit et commercialise une gamme de grosses briques pour jeux de construction. Enfin, après l'expiration des derniers brevets de LEGO au Canada, elle décide d'utiliser la technique classique de LEGO et met en marché une gamme de petites briques. Ces dernières ont les mêmes dimensions que les briques LEGO et présentent la même configuration géométrique de tenons sur la face supérieure et de cylindres creux sur la face inférieure. Ces briques sont distribuées sous le nom de « MICRO MEGA BLOKS ». Ritvik vend sa nouvelle gamme de briques au Canada et l'exporte dans plusieurs pays. Elle est ainsi devenue, au cours des 10 dernières années, un concurrent sérieux de Kirkbi dans le monde.

Facing new competition and now deprived of patent protection, Kirkbi attempted to protect its market position, employing a highly creative and aggressive use of the law of intellectual property and unfair competition, in several different legal

6 Confrontée à de nouveaux concurrents et désormais privée de la protection que lui conféraient ses brevets, Kirkbi tente de maintenir sa position sur le marché au moyen d'une utilisation très astucieuse et audacieuse du droit en matière de propriété

systems throughout the world. This ongoing effort led to a substantial amount of litigation in several countries. For example, at times, Kirkbi tried to register its pattern of studs as a trade-mark or a design. Those attempts generally failed. In Canada, after the Registrar of Trade-marks rejected an application to register the pattern as a trade-mark, the appellant resorted to a more subtle and creative use of the resources of the law of intellectual property. This attempt led directly to the present litigation.

intellectuelle et de concurrence déloyale qui existe dans divers systèmes juridiques, un peu partout dans le monde. Ces efforts soutenus donnent lieu à de nombreuses poursuites judiciaires dans plusieurs pays. Kirkbi a notamment essayé de faire enregistrer sa configuration de tenons comme marque de commerce ou dessin de fabrique. Ces tentatives ont généralement échoué. Au Canada, après que le registraire des marques de commerce eut rejeté une demande d'enregistrement de la configuration comme marque de commerce, l'appelante a opté pour un usage plus subtil et astucieux des ressources du droit de la propriété intellectuelle. Cette démarche est directement à l'origine du présent litige.

7 Kirkbi asserted unregistered trade-mark rights in respect of its use of the "LEGO indicia". This mark consists of its distinctive orthogonal pattern of raised studs distributed on the top of each toy-building brick. These LEGO indicia are thus the upper surface of the block, with eight studs distributed in a regular geometric pattern (see Sexton J.A., [2004] 2 F.C.R. 241, 2003 FCA 297, at para. 11). It alleged that the marketing by Ritvik of its MICRO and MINI lines of small bricks using the same pattern caused confusion with its unregistered trade-mark. It claimed relief under s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act* and under the common law doctrine of passing off. In a statement of claim filed in the Federal Court, Trial Division, it claimed ownership of this unregistered mark and sought a declaration that it had been infringed. It requested a permanent injunction to prevent the marketing of the MICRO and MINI lines of MEGA BLOKS and damages.

Kirkbi invoque des droits liés à une marque de commerce non déposée relativement à son usage de la « marque figurative LEGO ». Cette marque est constituée de sa configuration orthogonale distinctive de tenons sur le dessus de chaque brique pour jeux de construction. La marque figurative LEGO reproduit donc la face supérieure de la brique, qui présente une configuration géométrique régulière de huit tenons (voir les motifs du juge Sexton, [2004] 2 R.C.F. 241, 2003 CAF 297, par. 11). Kirkbi allègue alors que la commercialisation par Ritvik de ses gammes MICRO et MINI de petites briques, qui font appel à la même configuration, crée de la confusion avec sa marque de commerce non déposée. Elle demande donc réparation en vertu de l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce* et de la doctrine de common law de la commercialisation trompeuse. Dans une déclaration déposée devant la Section de première instance de la Cour fédérale, elle revendique la propriété de cette marque non déposée et sollicite un jugement déclarant que les droits liés à cette marque ont été violés. Elle sollicite également une injonction permanente interdisant la commercialisation des gammes MICRO et MINI de MEGA BLOKS, en plus de réclamer des dommages-intérêts.

8 Ritvik mounted a strong defence. It denied that s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act* had been breached and that the tort of passing off had been made out. In counterclaim, it sought a declaration that it was entitled to continue selling its MICRO and MINI lines of bricks. At that stage, it did not raise the

Ritvik se défend énergiquement. Elle soutient que l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce* n'a pas été enfreint et que l'existence d'un délit de commercialisation trompeuse n'a pas été établie. Dans une demande reconventionnelle, elle sollicite un jugement déclarant qu'elle a le droit de

issue of the constitutionality of s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act*.

III. Judicial History

A. *Federal Court, Trial Division* (2002), 220 F.T.R. 161, 2002 FCT 585

Gibson J. dismissed Kirkbi's claim. He accepted the key argument raised by Ritvik that purely functional features, such as the LEGO indicia, could not become the basis of a trade-mark and affirmed that this principle was still a part of Canadian trade-mark law. The rule of functionality applied both to registered and unregistered marks. Although he observed that this conclusion was dispositive of the claim, he went on to consider the issue of passing off. Gibson J. noted that the subject matter at issue had been claimed and disclosed in expired patents. In his view, Kirkbi was indirectly attempting to extend its patent protection, contrary to the principles of the patent system. The trial judge then reviewed the elements of the tort of passing off at common law. He recognized that, given the history of the marketing of its product, Kirkbi had acquired goodwill in the particular configuration of its bricks. He then found that it had to be shown that this goodwill was put in peril by confusion amounting to a deception of the public due to a misrepresentation. He was satisfied that Kirkbi had established a likelihood of confusion or even actual confusion, between the LEGO bricks and the Ritvik blocks, based on the LEGO indicia. But Gibson J. held that the claimant needed to prove that the confusion had arisen from an intentional misrepresentation by Ritvik, and he concluded that in this case Kirkbi had failed to do so. On that basis, he would have dismissed the claim of passing off, although he acknowledged that Ritvik's entry into the market had caused damages to the appellant. Kirkbi appealed this judgment to the Federal Court of Appeal.

continuer à vendre ses gammes de briques MICRO et MINI. À ce stade, elle ne soulève pas la question de la constitutionnalité de l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [2002] A.C.F. nº 793 (QL), 2002 CFPI 585

9 Le juge Gibson rejette l'action de Kirkbi. Il retient le principal argument de Ritvik, selon lequel des caractéristiques purement fonctionnelles comme la marque figurative LEGO ne peuvent servir de fondement à une marque de commerce, et confirme que ce principe fait encore partie du droit canadien des marques de commerce. Le principe de la fonctionnalité s'applique aux marques déposées comme aux marques non déposées. Tout en soulignant le caractère déterminant de cette conclusion, il examine ensuite la question de la commercialisation trompeuse. Il note que l'objet en cause a été revendiqué et divulgué dans des brevets expirés. Il estime que Kirkbi tente indirectement de prolonger la protection que lui conférait les brevets, contrairement aux principes du système des brevets. Le juge de première instance passe alors en revue les éléments du délit de commercialisation trompeuse en common law. Il reconnaît que l'historique de la commercialisation du produit de Kirkbi révèle que cette dernière a acquis un achalandage lié à la configuration particulière de ses briques, mais il conclut qu'il faut démontrer que cet achalandage est compromis par l'existence d'une confusion équivalente au fait d'induire le public en erreur par une fausse déclaration. Il est persuadé que Kirkbi a établi que, compte tenu de la marque figurative LEGO, il existe un risque de confusion ou même une confusion véritable entre les briques LEGO et les briques Ritvik. Toutefois, selon le juge Gibson, la demanderesse doit prouver que la confusion découle d'une fausse déclaration intentionnelle de Ritvik, et il conclut que Kirkbi n'a pas fait cette preuve en l'espèce. Pour ce motif, il rejette l'action pour commercialisation trompeuse, tout en reconnaissant que l'arrivée de Ritvik sur le marché a causé un préjudice à l'appelante. Kirkbi porte ce jugement en appel devant la Cour d'appel fédérale.

B. *Federal Court of Appeal*, [2004] 2 F.C.R. 241, 2003 FCA 297

10 Writing for the majority, Sexton J.A. dismissed the appeal. In his view, the doctrine of functionality applied to all trade-marks, registered or unregistered, and had remained a fundamental principle of the law of trade-marks. The distinguishing guise solely consisting of the so-called "LEGO indicia" was purely functional. For this reason, it was invalid and could not form the basis of an infringement action under s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act*. Kirkbi was attempting to extend the life and application of its expired patents through an improper use of trade-mark law. Given his conclusion on the issue of functionality and the validity of the mark, Sexton J.A. did not comment on the questions of confusion and the elements of the tort of passing off.

11 Pelletier J.A. disagreed and would have allowed the appeal and the action. In dissent, he held that, although the LEGO mark was primarily functional, it could be the basis of a passing-off claim under s. 7(*b*). An unregistered trade-mark did not confer any exclusivity but its owner had the right to prevent competitors from causing confusion in the marketing of competing products. LEGO was entitled to protection against the confusing use of its unregistered mark. In addition, Pelletier J.A. stated that the doctrine of functionality was no longer part of the law of trade-marks in Canada in respect of unregistered marks, by reason of the changes brought about by the adoption of the present *Trade-marks Act*. He also found that the elements of passing off had been made out. In particular, even though no deliberate strategy to deceive had been established, confusion in the market between Kirkbi and Ritvik products had been proved.

B. *Cour d'appel fédérale*, [2004] 2 R.C.F. 241, 2003 CAF 297

S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Sexton rejette l'appel. Selon lui, le principe de la fonctionnalité s'applique à toutes les marques de commerce, déposées ou non déposées, et demeure un principe fondamental du droit des marques de commerce. Le signe distinctif constitué uniquement de ladite « marque figurative LEGO » est purement fonctionnel. Cette caractéristique le rend invalide et l'empêche de servir de fondement à une action pour violation d'une marque en vertu de l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*. Kirkbi tente de prolonger la durée et l'application de ses brevets expirés au moyen d'une utilisation abusive du droit des marques de commerce. Vu sa conclusion sur la question de la fonctionnalité et de la validité de la marque, le juge Sexton ne commente ni les questions de confusion ni les éléments du délit de commercialisation trompeuse.

Le juge Pelletier ne partage pas cet avis et accueillerait l'appel ainsi que l'action. Dans ses motifs dissidents, il conclut que, bien qu'elle soit principalement fonctionnelle, la marque LEGO peut donner ouverture à une action pour commercialisation trompeuse fondée sur l'al. 7*b*). Une marque de commerce non déposée ne confère pas l'exclusivité, mais son propriétaire a le droit d'empêcher des concurrents de créer de la confusion en commercialisant des produits concurrents. LEGO a droit à la protection contre tout emploi de sa marque non déposée qui crée de la confusion. Le juge Pelletier ajoute que, en raison des changements apportés par l'adoption de la *Loi sur les marques de commerce* actuelle, le principe de la fonctionnalité ne fait plus partie du droit canadien des marques de commerce en ce qui concerne les marques non déposées. Il conclut également que l'existence des éléments de la commercialisation trompeuse est établie. En particulier, même si l'existence d'une stratégie destinée à induire en erreur n'est pas établie, il est prouvé qu'il règne sur le marché une confusion entre les produits de Kirkbi et ceux de Ritvik.

IV. Analysis

A. *The Issues*

The scope of the issues at stake substantially changed after our Court granted leave to appeal. The respondent then raised the constitutionality of s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act*. Ritvik submitted that the provision exceeded the legislative authority of the Parliament of Canada. The Chief Justice stated the following question:

1. Is s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, as amended, either in whole or in part within the legislative competence of the Parliament of Canada under s. 91(2) of the *Constitution Act, 1867*?

I will address the constitutional question first. I will then turn to the issues raised by the infringement action under s. 7(*b*). I will consider the application of the doctrine of functionality. Does it apply to unregistered trade-marks or to registered trade-marks only? May an unregistered functional mark form the basis of an action claiming passing off under s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act*? Last, given the uncertainty in the courts below, I will review and discuss some aspects of the tort of passing off at common law.

B. *The Constitutionality of Section 7(b) of the Trade-marks Act*

In this appeal, the constitutional validity of s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act* arises in the particular context of an unregistered trade-mark. The respondent challenges the constitutional validity of the impugned provision and submits that s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act* is *ultra vires* the legislative competence of the Parliament of Canada because it is not linked or connected in any way to the trade-mark registration scheme in the Act.

(1) Trade and Commerce

The grant of legislative authority to the Parliament of Canada listed in s. 91 of the

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

La portée des questions en litige a sensiblement changé après que notre Cour eut autorisé le pourvoi. L'intimée a alors soulevé la question de la constitutionnalité de l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*. Ritvik a fait valoir que cette disposition excédait la compétence législative du Parlement du Canada. La Juge en chef a formulé la question suivante : 12

1. L'alinéa 7*b*) de *la Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, et ses modifications, relève-t-il, en tout ou en partie, de la compétence législative du Parlement du Canada en vertu du par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

J'examinerai d'abord la question de la constitutionnalité et ensuite les points soulevés par l'action pour violation fondée sur l'al. 7*b*), notamment l'application du principe de la fonctionnalité. Ce principe s'applique-t-il aux marques de commerce non déposées ou uniquement aux marques de commerce déposées? Une marque fonctionnelle non déposée peut-elle donner ouverture à une action pour commercialisation trompeuse fondée sur l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*? Enfin, en raison de l'incertitude qui ressort des décisions des tribunaux d'instance inférieure, je vais examiner et analyser certains aspects du délit de commercialisation trompeuse en common law. 13

B. *La constitutionnalité de l'al. 7b) de la Loi sur les marques de commerce*

En l'espèce, la question de la constitutionnalité de l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce* se pose dans le contexte particulier d'une marque de commerce non déposée. L'intimée plaide l'inconstitutionnalité de cette disposition en faisant valoir qu'elle excède la compétence législative du Parlement du Canada du fait qu'elle n'a aucun lien ou rapport avec le régime d'enregistrement des marques de commerce établi par la Loi. 14

(1) Les échanges et le commerce

Les marques de commerce ne font pas partie de la liste des chefs de compétence législative 15

Constitution Act, 1867 does not specify that trademarks are a component of the federal government's power to legislate. Patents and copyrights are explicitly allocated to federal legislative power (s. 91(22) and (23)). Pursuant to s. 91(2), the federal government has exclusive jurisdiction in relation to trade and commerce. In *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, the Judicial Committee of the Privy Council distinguished two branches of federal power under s. 91(2): (1) the power over international and interprovincial trade and commerce, and (2) the power over general trade and commerce affecting Canada as a whole ("general trade and commerce"). This interpretation of s. 91(2), which limits the scope of the federal trade and commerce power to these two branches, is intended to ensure a proper constitutional balance between the otherwise overlapping federal power over trade and commerce (s. 91(2)) and the provincial power over property and civil rights in the province (s. 92(13)): see A. K. Gill and R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trademarks and Unfair Competition* (4th ed. (looseleaf)), at p. 2-4.

16 The "general trade and commerce" category requires an assessment of the relative importance of an activity to the national economy as well as an inquiry into whether an activity should be regulated by Parliament as opposed to the provinces. To determine whether a particular issue requires national rather than local regulation, this Court has set out five criteria to be considered. These criteria are integrated into an assessment of whether federal legislation can be supported on the basis of Parliament's authority over general trade and commerce. They reflect principles which help distinguish the federal trade and commerce power from the provincial property and civil rights power. In two comprehensive decisions dealing with the second branch of s. 91(2) (*Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641), Dickson C.J. adopted and extended the three indicia

attribués au Parlement du Canada par l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, contrairement aux brevets et aux droits d'auteur qui figurent respectivement aux par. 91(22) et (23) de cette loi. Suivant le par. 91(2), le gouvernement fédéral a compétence exclusive en matière d'échanges et de commerce. Dans l'arrêt *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96, le Comité judiciaire du Conseil privé a délimité deux aspects de la compétence fédérale conférée par le par. 91(2) : (1) la compétence en matière d'échanges et de commerce internationaux et interprovinciaux, et (2) la compétence en matière d'échanges et de commerce en général qui touchent le Canada dans son ensemble (« les échanges et le commerce en général »). Cette interprétation du par. 91(2), qui limite à ces deux aspects la portée de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce, vise à établir un juste équilibre constitutionnel entre la compétence fédérale en cette matière et la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils dans la province (par. 92(13)) qui, autrement, se recouperaient : voir A. K. Gill et R. S. Jolliffe, *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 2-4.

La catégorie « des échanges et du commerce en général » oblige à évaluer l'importance relative d'une activité pour l'économie nationale et à se demander si une activité doit être réglementée par le Parlement plutôt que par les provinces. La Cour a établi cinq critères pour déterminer si une question doit faire l'objet d'une réglementation nationale plutôt que locale. Ces critères s'appliquent pour déterminer si une mesure législative fédérale relève du pouvoir que le Parlement possède en matière d'échanges et de commerce en général. Ils reflètent des principes utiles pour distinguer la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils. Dans deux décisions exhaustives portant sur le deuxième volet du par. 91(2) (*Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, et *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1

initially set out by Laskin C.J. in *MacDonald v. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 134. These requirements "serve to ensure that federal legislation does not upset the balance of power between federal and provincial governments" (*City National Leasing*, at p. 662).

The jurisprudence of our Court now recognizes that the following factors are hallmarks of a valid exercise of Parliament's general trade and commerce power: (i) the impugned legislation must be part of a regulatory scheme; (ii) the scheme must be monitored by the continuing oversight of a regulatory agency; (iii) the legislation must be concerned with trade as a whole rather than with a particular industry; (iv) the legislation should be of a nature that provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting; and (v) the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country (*City National Leasing*, at pp. 662-63). These factors are not exhaustive and, to be valid, it is not necessary for federal legislation to satisfy all five criteria:

In total, the five factors provide a preliminary check-list of characteristics, the presence of which in legislation is an indication of validity under the trade and commerce power. These *indicia* do not, however, represent an exhaustive list of traits that will tend to characterize general trade and commerce legislation. Nor is the presence or absence of any of these five criteria necessarily determinative. As noted in *Canadian National Transportation*, *supra*, at p. 268:

> The above does not purport to be an exhaustive list, nor is the presence of any or all of these *indicia* necessarily decisive. The proper approach to the characterization is still the one suggested in *Parsons*, a careful case by case assessment. Nevertheless, the presence of such factors does at least make

R.C.S. 641), le juge en chef Dickson a adopté et élargi les trois critères de compétence que le juge en chef Laskin avait initialement décrits dans l'arrêt *MacDonald c. Vapor Canada Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 134. Ces exigences « servent à assurer que la mesure législative fédérale ne compromet pas l'équilibre du pouvoir entre les gouvernements fédéral et provinciaux » (*City National Leasing*, p. 662).

La jurisprudence de notre Cour reconnaît désormais que les facteurs suivants sont des indices d'un exercice valide de la compétence fédérale relative aux échanges et au commerce en général : (i) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de réglementation; (ii) le système doit faire l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation; (iii) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier; (iv) la loi devrait être d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter; et (v) l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l'application de ce système dans d'autres parties du pays (*City National Leasing*, p. 662-663). Cette liste n'est pas exhaustive et, pour être valide, une mesure législative fédérale ne doit pas nécessairement satisfaire à chacun des cinq critères : 17

Au total, les cinq facteurs constituent une liste préliminaire de contrôle de caractéristiques dont l'existence dans la mesure législative est un indice de sa validité en vertu de la compétence en matière d'échanges et de commerce. Ces indices ne constituent pas cependant une liste exhaustive de caractéristiques qui tendent à caractériser une loi générale en matière d'échanges et de commerce. La présence ou l'absence de l'un de ces cinq critères n'est pas non plus nécessairement concluante. Comme on le souligne dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*, précité, à la p. 268 :

> Ce qui précède ne se veut pas une énumération exhaustive; de plus, la présence de l'un ou l'autre ou de la totalité de ces indices n'est pas nécessairement concluante. La bonne façon d'aborder la caractérisation est encore celle proposée dans l'arrêt *Parsons*, c'est-à-dire qu'on doit procéder à une

> it far more probable that what is being addressed in a federal enactment is genuinely a national economic concern and not just a collection of local ones.
>
> On any occasion where the general trade and commerce power is advanced as a ground of constitutional validity, a careful case by case analysis remains appropriate. The five factors articulated in *Canadian National Transportation* merely represent a principled way to begin the difficult task of distinguishing between matters relating to trade and commerce and those of a more local nature.
>
> (*City National Leasing*, at pp. 662-63)

> appréciation méticuleuse de chaque cas qui se présente. Néanmoins, la présence de tels facteurs rend tout au moins beaucoup plus probable que ce que vise la loi fédérale en cause est vraiment une question économique d'intérêt national plutôt que simplement une série de questions d'intérêt local.
>
> Chaque fois que la compétence générale en matière d'échanges et de commerce est invoquée comme fondement de constitutionnalité, un examen méticuleux de chaque cas demeure approprié. Les cinq facteurs formulés dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada* constituent simplement une façon ordonnée d'aborder la tâche difficile qui consiste à distinguer les matières qui relèvent des échanges et du commerce et celles d'une nature plus locale.
>
> (*City National Leasing*, p. 662-663)

18 The federal government's power to legislate with respect to trade-marks has never been the target of a direct constitutional challenge. The issue was raised in the Privy Council in a 1937 decision examining the constitutionality of federal trade-mark legislation. The Privy Council judgment relies, albeit implicitly, on the second branch of the trade and commerce powers under s. 91(2) to confirm Parliament's jurisdiction to enact trade-mark legislation: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405. Lord Atkin for the Privy Council commented as follows (at p. 417):

> No one has challenged the competence of the Dominion to pass such legislation. If challenged one obvious source of authority would appear to be the class of subjects enumerated in s. 91(2), the Regulation of trade and commerce, referred to by the Chief Justice. There could hardly be a more appropriate form of the exercise of this power than the creation and regulation of a uniform law of trade marks.

Le pouvoir fédéral de légiférer en matière de marques de commerce n'a jamais fait l'objet d'une contestation constitutionnelle directe. La question a toutefois été soulevée devant le Conseil privé dans une décision de 1937 portant sur la constitutionnalité d'une mesure législative fédérale sur les marques de commerce. Dans cette décision, le Conseil privé se fonde, quoique implicitement, sur le second aspect de la compétence relative aux échanges et au commerce conférée par le par. 91(2) pour confirmer la compétence législative du Parlement en ce qui concerne les marques de commerce : *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 405. Lord Atkin, du Conseil privé, a fait le commentaire suivant (p. 417) :

> [TRADUCTION] Personne n'a contesté la compétence du Dominion à cet égard. En cas de contestation, on invoquerait sans doute, à l'appui de la compétence du Parlement, la catégorie de sujets énumérée au par. 91(2) et mentionnée par le Juge en chef, savoir la réglementation du trafic et du commerce. Il pourrait difficilement y avoir une forme plus appropriée d'exercice de cette compétence que la création et l'application d'une loi uniforme sur les marques de commerce.

See also *Good Humor Corp. of America v. Good Humor Food Products Ltd.*, [1937] Ex. C.R. 61, at pp. 75-76. More recently in *Royal Doulton Tableware Ltd. v. Cassidy's Ltd.*, [1986] 1 F.C. 357, the Federal Court, Trial Division stated in *obiter* that "[t]he jurisdiction of Parliament with respect to trade marks has long since been

Voir aussi *Good Humor Corp. of America c. Good Humor Food Products Ltd.*, [1937] R.C. de l'É. 61, p. 75-76. Plus récemment, dans la décision *Royal Doulton Tableware Ltd. c. Cassidy's Ltée*, [1986] 1 C.F. 357, la Section de première instance de la Cour fédérale a affirmé, dans une remarque incidente, que « [l]a compétence du Parlement

recognized . . . . [I]t may well be that the jurisdiction of Parliament over trade marks, depending as it does on federal authority over 'the regulation of trade and commerce' (see *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, *supra*) is intrinsically broader than is Parliament's jurisdiction over 'patents of invention and discovery'" (pp. 374-75).

The constitutionality of specific provisions of the *Trade-marks Act* has been challenged but the validity of the Act as a whole has never been conclusively determined. The courts have implicitly recognized the validity of this federal legislation in several decisions: see, e.g., *Vapor Canada*; *City National Leasing*; *Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1986), 8 C.I.P.R. 232 (F.C.T.D.), rev'd in part [1987] 3 F.C. 544 (C.A.). The constitutionality of the *Trade-marks Act* as a whole is not challenged on this appeal. I will return to the issue of the constitutional foundation for federal trademark legislation and will consider the five criteria outlined by Dickson C.J. further below.

(2) Determining the Constitutionality of Section 7(*b*): The Test to be Applied

In *City National Leasing*, Dickson C.J. set out the proper framework for analysis to determine the characterization of an impugned provision for constitutional purposes. He stressed that the mere fact that a provision codifies a civil cause of action does not necessarily make it *ultra vires* the federal government. Although the creation of civil causes of action is generally a matter of property or civil rights in the province, a finding that a provision standing alone, in its pith and substance, intrudes on provincial powers does not determine its ultimate constitutional validity. At the same time, a provision will not be valid merely because the main provisions of an Act are valid. It is necessary to consider both the impugned provision and the Act as a whole when undertaking constitutional analysis. The nature of the relationship between

relativement aux marques de commerce est depuis longtemps reconnue [. . .] [I]l se peut fort bien que la compétence du Parlement sur les marques de commerce, qui découle du pouvoir du fédéral sur "la réglementation des échanges et du commerce" (voir *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, précitée) soit en elle-même plus vaste que la compétence du Parlement sur les "brevets d'invention et de découverte" » (p. 374-375).

19 La constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* a été contestée, mais la validité de la Loi dans son ensemble n'a jamais fait l'objet d'une décision définitive. Cependant, les tribunaux ont reconnu implicitement la validité de cette mesure législative fédérale dans maintes décisions : voir, par exemple, *Vapor Canada*, *City National Leasing* et *Asbjorn Horgard A/S c. Gibbs/Nortac Industries Ltd.* (1986), 8 C.I.P.R. 232 (C.F. 1re inst.), inf. en partie par [1987] 3 C.F. 544 (C.A.). La constitutionnalité de la *Loi sur les marques de commerce* dans son ensemble n'est pas contestée en l'espèce. Plus loin, je reviendrai à la question du fondement constitutionnel de la mesure législative fédérale sur les marques de commerce et j'examinerai les cinq critères exposés par le juge en chef Dickson.

(2) Le critère applicable pour déterminer la constitutionnalité de l'al. 7*b*)

20 Dans l'arrêt *City National Leasing*, le juge en chef Dickson a établi le cadre analytique applicable à la qualification constitutionnelle d'une disposition contestée. Il a souligné qu'une disposition n'excède pas nécessairement la compétence du gouvernement fédéral du seul fait qu'elle codifie un droit d'action de nature civile. Bien que la création de droits d'action de nature civile soit généralement une question de propriété et de droits civils dans la province, la conclusion que, en raison de son caractère véritable, une disposition prise isolément empiète sur des pouvoirs provinciaux n'est pas déterminante quant à sa constitutionnalité fondamentale. En même temps, une disposition ne sera pas valide simplement parce que les principales dispositions d'une loi sont valides. Il faut examiner tant la disposition contestée que la loi dans son

a provision and the statute determines the extent to which the provision is integrated into otherwise valid legislation. If the legislation is valid and the provision is sufficiently integrated within the scheme, it can be upheld by virtue of that relationship: a provision may take on a valid constitutional cast by the context and association in which it is fixed as complementary provision serving to reinforce other admittedly valid provisions (*Vapor Canada*, at pp. 158-59, *per* Laskin C.J.).

21 The three-part test for determining whether the impugned provision is within the constitutional powers of the enacting legislature was restated by this Court in *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31, at para. 58, here paraphrased to reflect the facts of this case:

1. Does the impugned provision intrude into a provincial head of power, and to what extent?

2. If the impugned provision intrudes into a provincial head of power, is it nevertheless part of a valid federal legislative scheme?

3. If the impugned provision is part of a valid federal scheme, is it sufficiently integrated with that scheme?

(3) Application to the Facts of This Case

22 For ease of reference, I reproduce here s. 7 of the *Trade-marks Act*:

7. No person shall

(*a*) make a false or misleading statement tending to discredit the business, wares or services of a competitor;

(*b*) direct public attention to his wares, services or business in such a way as to cause or be likely to cause confusion in Canada, at the time he

ensemble lorsqu'on procède à une analyse constitutionnelle. La nature du rapport entre une disposition et la loi en détermine le degré d'intégration à une mesure législative par ailleurs valide. La validité d'une disposition peut être confirmée si cette disposition est suffisamment intégrée au régime établi par une mesure législative valide : sa constitutionnalité est susceptible de découler du contexte où elle a le caractère de disposition additionnelle servant à renforcer d'autres dispositions d'une validité incontestable (*Vapor Canada*, p. 158-159, le juge en chef Laskin).

Dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31, par. 58, notre Cour a reformulé le critère à trois volets servant à déterminer si une disposition relève de la compétence constitutionnelle du législateur qui l'a adoptée. Je paraphrase ainsi ce paragraphe pour refléter les faits de la présente affaire :

1. La disposition contestée empiète-t-elle sur une compétence provinciale et dans quelle mesure?

2. Si la disposition contestée empiète sur une compétence provinciale, fait-elle néanmoins partie d'un régime législatif fédéral valide?

3. Si la disposition contestée fait partie d'un régime législatif fédéral valide, y est-elle suffisamment intégrée?

(3) Application aux faits de la présente affaire

Pour en faciliter la consultation, je reproduis ici le texte de l'art. 7 de la *Loi sur les marques de commerce* :

7. Nul ne peut :

a) faire une déclaration fausse ou trompeuse tendant à discréditer l'entreprise, les marchandises ou les services d'un concurrent;

b) appeler l'attention du public sur ses marchandises, ses services ou son entreprise de manière à causer ou à vraisemblablement causer de la

commenced so to direct attention to them, between his wares, services or business and the wares, services or business of another;

(*c*) pass off other wares or services as and for those ordered or requested;

(*d*) make use, in association with wares or services, of any description that is false in a material respect and likely to mislead the public as to

(i) the character, quality, quantity or composition,

(ii) the geographical origin, or

(iii) the mode of the manufacture, production or performance

of the wares or services; or

(*e*) do any other act or adopt any other business practice contrary to honest industrial or commercial usage in Canada.

confusion au Canada, lorsqu'il a commencé à y appeler ainsi l'attention, entre ses marchandises, ses services ou son entreprise et ceux d'un autre;

c) faire passer d'autres marchandises ou services pour ceux qui sont commandés ou demandés;

d) utiliser, en liaison avec des marchandises ou services, une désignation qui est fausse sous un rapport essentiel et de nature à tromper le public en ce qui regarde :

(i) soit leurs caractéristiques, leur qualité, quantité ou composition,

(ii) soit leur origine géographique,

(iii) soit leur mode de fabrication, de production ou d'exécution;

e) faire un autre acte ou adopter une autre méthode d'affaires contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada.

In this section I will apply the analytical framework set out above to determine the constitutional validity of s. 7(*b*).

(a) *Characterization of the Impugned Provision: Does Section 7(b) Encroach on Provincial Powers?*

The first stage of the analysis requires a characterization of the impugned provision in isolation from the rest of the statute. We look to its purpose and its effect to determine whether the provision encroaches on provincial powers, and if so, to what extent: *City National Leasing*, at p. 674; *Kitkatla*, at para. 59. Section 7(*b*) creates a civil cause of action that essentially codifies the common law tort of passing off: *Vapor Canada*, at p. 147; *Asbjorn Horgard A/S* (F.C.T.D.), at p. 241. Standing alone it appears to encroach on provincial power, namely property and civil rights in the province (s. 92(13)). As Dickson C.J. noted in *City National Leasing*: "This provincial power over civil rights is a significant power and one that is not lightly encroached upon" (pp. 672-73). As explained above, if s. 7(*b*) is sufficiently

Dans cette partie de mes motifs, je vais appliquer le cadre analytique décrit plus haut pour déterminer la constitutionnalité de l'al. 7*b*).

a) *Qualification de la disposition contestée : l'al. 7b) empiète-t-il sur des pouvoirs provinciaux?*

23 Dans cette première étape de l'analyse, il faut qualifier la disposition contestée indépendamment du reste de la Loi. Il s'agit d'en examiner l'objet et l'effet pour déterminer si elle empiète sur des pouvoirs provinciaux et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point (*City National Leasing*, p. 674; *Kitkatla*, par. 59). L'alinéa 7*b*) est une disposition créant un droit d'action de nature civile, qui, pour l'essentiel, codifie le délit de commercialisation trompeuse en common law (*Vapor Canada*, p. 147; *Asbjorn Horgard A/S* (C.F. 1re inst.), p. 241). Pris isolément, il paraît empiéter sur un pouvoir provincial, à savoir celui relatif à la propriété et aux droits civils dans la province (par. 92(13)). Comme le juge en chef Dickson l'a fait remarquer dans l'arrêt *City National Leasing*, « [c]ette compétence provinciale en matière de droits civils est importante et elle

integrated into the scheme of the *Trade-marks Act* as a whole, then it will nonetheless be *intra vires* Parliament.

24 In *City National Leasing*, this Court found that the intrusion of s. 31.1 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, into provincial jurisdiction was minimal. In coming to this conclusion Dickson C.J. highlighted the following three factors: (i) the provision was remedial and was not in itself a substantive part of the Act; the provision did not create a general cause of action; (ii) its application was limited by the provisions of the Act; and (iii) Parliament was not constitutionally precluded from creating rights of civil action where such measures are shown to be warranted (p. 673).

25 These factors apply equally to s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act*. First, s. 7(*b*) is remedial; its purpose is to enforce the substantive aspects of the *Trade-marks Act* relating to unregistered trade-marks:

> The tort of passing off is in many respects the equivalent cause of action for unregistered trade-marks as infringement [s. 20 of the Act] is to registered trade-marks. The overall legislative scheme of the *Trade-marks Act* is the protection, identification, and registration of trade-marks, whether registered or unregistered.
>
> (Gill and Jolliffe, at p. 2-22)

26 Second, the passing-off action protects unregistered trade-marks and goodwill enjoyed by the trade-marks. Section 7(*b*) is therefore limited by the provisions of the *Trade-marks Act*: it does not expand the federal jurisdiction in relation to trade-marks and trade-names but merely rounds out an otherwise incomplete trade-mark scheme (*Asbjorn Horgard A/S* (F.C.T.D.), at p. 237). Unlike s. 7(*e*), which was found to be *ultra vires* Parliament

constitue un pouvoir sur lequel il ne faut pas empiéter à la légère » (p. 673). Ainsi que nous l'avons vu, si l'al. 7*b*) est suffisamment intégré au régime établi par la *Loi sur les marques de commerce* dans son ensemble, il se situera néanmoins à l'intérieur de la compétence législative du Parlement.

Dans l'arrêt *City National Leasing*, notre Cour a statué que l'empiètement de l'art. 31.1 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, sur la compétence provinciale était minime. En tirant cette conclusion, le juge en chef Dickson a accordé une importance particulière aux trois facteurs suivants : (i) il s'agissait d'une disposition réparatrice qui ne constituait pas en soi une partie fondamentale de la Loi et qui ne créait pas de droit d'action général, (ii) son application était restreinte par les dispositions de la Loi et (iii) la Constitution n'empêchait pas le Parlement de créer des droits d'action de nature civile lorsqu'on pouvait démontrer que ces mesures étaient justifiées (p. 673).

Ces facteurs s'appliquent également à l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*. Premièrement, l'al. 7*b*) est une disposition réparatrice qui a pour objet de mettre à exécution les aspects fondamentaux de la *Loi sur les marques de commerce* touchant les marques de commerce non déposées :

> [TRADUCTION] À maints égards, le délit de commercialisation trompeuse représente, pour les marques de commerce non déposées, un droit d'action équivalent à celui que la violation [art. 20 de la Loi] représente pour les marques déposées. Le régime global de la *Loi sur les marques de commerce* consiste à protéger, à identifier et à enregistrer les marques de commerce, déposées ou non déposées.
>
> (Gill et Jolliffe, p. 2-22)

Deuxièmement, l'action pour commercialisation trompeuse protège les marques de commerce non déposées ainsi que l'achalandage qui s'y rattache. Les dispositions de la *Loi sur les marques de commerce* restreignent donc l'application de l'al. 7*b*) : cet alinéa n'élargit pas la compétence fédérale à l'égard des marques de commerce et des noms commerciaux, mais ne fait que compléter un régime de protection des marques de commerce qui

because it did not have any connection with the enforcement of trade-marks or trade-names (*Asbjorn Horgard A/S* (F.C.T.D.), at p. 242) and was significantly broader in application, the creation of a statutory action for passing off in s. 7(*b*) is limited in its application.

Finally, as regards federal statutory civil actions, Dickson C.J. reminds us in *City National Leasing* that "[i]t is also important to recognize that while the Court in *Vapor Canada*, *supra*, struck down one civil cause of action, the Court did not preclude other federally created private actions from being sustained under federal heads of power" (p. 693). Not only has this Court sustained federally created civil causes of action in a number of cases, but the test developed by this Court in *City National Leasing* and in *Kitkatla* (outlined above) makes clear that civil causes of action are *intra vires* Parliament if sufficiently integrated into valid federal legislation. In sum, although the impugned provision encroaches on an important provincial power, the intrusion is minimal. We must now determine whether the *Trade-marks Act* is valid and, if so, ascertain whether s. 7(*b*) is sufficiently integrated into the federal scheme of regulation to be sustained as an exercise of Parliament's general trade and commerce power.

(b) *The Validity of the Federal Trade-marks Act*

In the second stage of the analysis, the Court must determine whether the *Trade-marks Act* is a valid exercise of Parliament's general trade and commerce power. The analysis is guided by the five indicia of validity set out above. In *Asbjorn Horgard A/S*, MacGuigan J.A. of the Federal Court of Appeal noted that:

demeurerait par ailleurs incomplet (*Asbjorn Horgard A/S* (C.F. 1re inst.), p. 237). Par contre, l'al. 7*e*) avait une application beaucoup plus large. Il a été décidé qu'il excédait la compétence du Parlement parce qu'il n'avait rien à voir avec la protection des marques de commerce ou des noms commerciaux (*Asbjorn Horgard A/S* (C.F. 1re inst.), p. 242). Pour sa part, l'al. 7*b*), qui codifie l'action pour commercialisation trompeuse, a une application limitée.

27 Enfin, à propos des droits d'action de nature civile créés par une loi fédérale, le juge en chef Dickson nous rappelle, dans l'arrêt *City National Leasing*, qu'« [i]l est également important de reconnaître que, bien qu'elle ait annulé un droit d'action de nature civile dans l'arrêt *Vapor Canada*, précité, la Cour n'a pas interdit le maintien d'actions de nature privée créées par des lois fédérales, en vertu d'autres chefs de compétence fédérale » (p. 693). Non seulement notre Cour a-t-elle reconnu à quelques reprises la constitutionnalité des droits d'action de nature civile créés par une loi fédérale, mais encore le critère qu'elle a établi dans les arrêts *City National Leasing* et *Kitkatla*, et que j'ai décrit plus haut, confirme clairement que les droits d'action de nature civile relèvent de la compétence du Parlement lorsqu'ils sont suffisamment intégrés à une mesure législative fédérale valide. En somme, bien que la disposition contestée empiète sur un pouvoir provincial important, cet empiètement demeure minime. Il nous faut maintenant déterminer si la *Loi sur les marques de commerce* est valide et, dans l'affirmative, vérifier si l'al. 7*b*) est suffisamment intégré au régime de réglementation fédéral pour être maintenu comme relevant de la compétence que le Parlement possède en matière d'échanges et de commerce en général.

b) *La validité de la Loi sur les marques de commerce fédérale*

28 À la deuxième étape de l'analyse, la Cour doit déterminer si la *Loi sur les marques de commerce* représente un exercice valide de la compétence fédérale relative aux échanges et au commerce en général. Les cinq indices de validité décrits plus haut guident l'analyse. Dans l'arrêt *Asbjorn Horgard A/S*, le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale a souligné que :

All of the criteria of Chief Justice Dickson are verified in the Act: a national regulatory scheme, the oversight of the Registrar of Trade Marks, a concern with trade in general rather than with an aspect of a particular business, the incapability of the provinces to establish such a scheme, and the necessity for national coverage. [p. 559]

La Loi satisfait à tous les critères exposés par le juge en chef Dickson : un système de réglementation nationale, la surveillance exercée par le registraire des marques de commerce, un objet qui s'étend au commerce en général plutôt qu'à un seul aspect d'une entreprise particulière, l'inhabilité des provinces à adopter une telle loi et la nécessité de son application à l'échelle nationale. [p. 559]

The parties do not dispute Parliament's constitutional power to regulate registered trade-marks. Rather, it is Parliament's right to create a civil remedy in relation to an *unregistered trade-mark* that is in issue. The respondent's position is that the only regulatory scheme in the *Trade-marks Act* is the scheme governing registered trade-marks. In my view this is an incorrect characterization of the Act. The *Trade-marks Act* establishes a regulatory scheme for both registered and unregistered trade-marks.

Les parties ne contestent pas le pouvoir constitutionnel du Parlement de réglementer les marques de commerce déposées. On débat plutôt du droit du Parlement de créer un recours civil visant les *marques de commerce non déposées*. L'intimée prétend que le seul régime de réglementation établi par la *Loi sur les marques de commerce* est celui qui régit les marques de commerce déposées. À mon avis, il s'agit là d'une qualification inexacte de la Loi. La *Loi sur les marques de commerce* établit un régime de réglementation tant des marques de commerce déposées que des marques de commerce non déposées.

29 The protection of unregistered trade-marks is integral to the legitimacy, legal standards and efficacy of registered trade-marks. The *Trade-marks Act* is clearly concerned with trade as a whole, as opposed to within a particular industry. There is no question that trade-marks apply across and between industries in different provinces. Divided provincial and federal jurisdiction could mean that the provincial law could be changed by each provincial legislature. This could result in unregistered trade-marks that were more strongly protected than registered trade-marks, undermining the efficacy and integrity of the federal Parliament's *Trade-marks Act*. The lack of a civil remedy integrated into the scheme of the Act, applicable to all marks, registered or unregistered, might also lead to duplicative or conflicting and hence inefficient enforcement procedures.

La protection des marques de commerce non déposées est essentielle à la légitimité et à l'efficacité des marques déposées ainsi qu'aux normes juridiques qui les régissent. La *Loi sur les marques de commerce* vise, de toute évidence, les échanges dans l'ensemble plutôt qu'un secteur d'activité particulier. Il ne fait aucun doute que la protection des marques de commerce s'applique à tous les secteurs d'activité des différentes provinces. Une compétence fédérale-provinciale partagée signifierait que chaque législature provinciale serait en mesure d'apporter des modifications qui pourraient avoir pour effet d'assurer aux marques de commerce non déposées une meilleure protection qu'aux marques déposées et de compromettre ainsi l'efficacité et l'intégrité de la *Loi sur les marques de commerce* fédérale. L'absence de recours civil intégré au régime de la Loi et applicable à toutes les marques, déposées ou non déposées, inciterait également au dédoublement des voies de recours et des procédures d'application et même à la mise en place de régimes contradictoires, ce qui compromettrait l'efficacité de la protection des marques de commerce.

30 The *Trade-marks Act* includes numerous provisions relating to unregistered trade-marks:

La *Loi sur les marques de commerce* renferme d'ailleurs de nombreuses dispositions touchant

"Parliament by sections 1 to 11 of the *Trade Marks Act* has prescribed a regime concerning what constitutes a trade mark and the adoption thereof, whether registered or not" (*Royal Doulton*, at p. 374). The primary difference between registered and unregistered trade-marks under the Act is that the rights of a holder of a registered trade-mark are more extensive:

> At common law the right to a trade mark thus arose through the use of a mark by a business to identify its products to the public. There was no need for the business to register its mark in order to protect its right to use the trade mark and prevent the misuse of its trade mark by other businesses. The passing off action was the enforcement mechanism available for the protection of trade mark rights. Without the passing off action, common law trade mark rights would have little value.
>
> The Canadian Act, as the statutory history set out by Laskin C.J.C. in the *MacDonald* case, *supra*, showed, has traditionally been concerned with the protection of unregistered as well as registered trade marks. In this it is like the *Copyright Act* [R.S.C. 1970, c. C-30], whose coverage is broader than registered copyright. In both Acts what registration does is to provide additional benefits over and above those available at common law.

(*Asbjorn Horgard A/S* (F.C.A.), at pp. 560-61)

Registration of a trade-mark gives the registrant the exclusive right to the use throughout Canada of the trade-mark and a right of action to remedy any infringement of that right: ss. 19-20. In addition, in order to exercise those rights, the existence of the mark itself does not have to be established. Registration is evidence enough. Nonetheless, marks remain marks, whether registered or unregistered, because their legal characteristics are the same.

There is no reason to believe that the registration regime under the *Trade-marks Act* was intended to create two separate enforcement regimes. The scheme set out in the *Trade-marks Act* regulates both registered and unregistered trade-marks. It

les marques de commerce non déposées : « le Parlement, par les articles 1 à 11 de la *Loi sur les marques de commerce*, a prescrit les règles relatives à ce qui constitue une marque de commerce et son adoption, que cette marque soit enregistrée ou non » (*Royal Doulton*, p. 374). Aux termes de la Loi, la principale différence entre les marques de commerce déposées et les marques de commerce non déposées réside dans le fait que le titulaire d'une marque déposée jouit de droits plus étendus :

> En *common law*, le droit sur une marque de commerce est donc issu de l'usage d'une marque par une entreprise pour désigner ses produits au public. L'entreprise n'avait pas à déposer sa marque pour protéger son droit de l'utiliser et prévenir l'usage abusif que pourrait en faire une autre entreprise. L'action en *passing off* était le recours disponible pour faire respecter les droits sur les marques de commerce. Sans l'action en *passing off*, les droits que reconnaît la *common law* sur les marques de commerce auraient peu de valeur.
>
> Comme l'a démontré l'historique du juge en chef Laskin dans l'arrêt *MacDonald*, précité, la Loi canadienne a traditionnellement visé la protection des marques non déposées aussi bien que celle des marques déposées, ce en quoi elle se compare à la *Loi sur le droit d'auteur* [S.R.C. 1970, chap. C-30], dont le champ d'application dépasse le droit d'auteur enregistré. Dans les deux lois, le rôle de l'enregistrement est d'offrir des avantages en sus de ceux que fournit la *common law*.

(*Asbjorn Horgard A/S* (C.A.F.), p. 560-561)

L'enregistrement d'une marque de commerce confère à son titulaire le droit exclusif d'utiliser cette marque partout au Canada, ainsi qu'un droit de recours pour toute violation de ce droit (art. 19-20). De plus, pour exercer ces droits, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence de la marque elle-même. L'enregistrement constitue une preuve suffisante. Cependant, qu'elles soient déposées ou non, les marques de commerce demeurent des marques de commerce parce qu'elles partagent les mêmes caractéristiques juridiques.

Rien ne permet de croire que le système d'enregistrement établi par la *Loi sur les marques de commerce* visait à créer deux régimes de protection distincts. Ce système s'applique à la fois aux marques de commerce déposées et aux marques de

31

regulates the adoption, use, transfer, and enforcement of rights in respect of all trade-marks. If trade-marks are intended to protect the goodwill or reputation associated with a particular business and to prevent confusion in the marketplace, then a comprehensive scheme dealing with both registered and unregistered trade-marks is necessary to ensure adequate protection. The inclusion of unregistered trade-marks in the regulatory scheme is necessary to ensure the protection of all trade-marks. The *Trade-marks Act* is more than simply a system of registration.

(c) *The Extent of Integration*

32 The final step in the analysis is to determine whether the provision is sufficiently integrated into the otherwise valid statute. The inquiry has two parts. First, it is necessary to determine the appropriate test of "fit", namely "how well the provision is integrated into the scheme of the legislation and how important it is for the efficacy of the legislation" (*City National Leasing*, at p. 668). Once the correct standard is determined, the test is applied on a case-by-case basis. If the provision passes this integration test, it is *intra vires* Parliament as an exercise of the general trade and commerce power. If the provision is not sufficiently integrated into the scheme of regulation, it cannot be sustained under the second branch of s. 91(2). To determine the degree of integration required, it is necessary to consider the extent to which the provision encroaches on provincial powers: "The degree of relationship that is required is a function of the extent of the provision's intrusion into provincial powers" (*City National Leasing*, at p. 683). If the encroachment is minimal, then a "functional relationship" is sufficient to sustain the constitutionality of the provision (p. 669). If the provision is highly intrusive, a stricter test is applied: the provision must be "truly necessary" or "integral" to the federal scheme (pp. 669 and 683). Consideration of the seriousness of the encroachment on provincial powers and of the proper standard for the relationship between a legislative provision and a valid federal scheme ensures that the balance of

commerce non déposées. Il régit l'adoption, l'utilisation, la cession et l'exercice des droits relatifs à toutes les marques de commerce. Puisque les marques de commerce ont pour but de protéger l'achalandage ou la réputation associés à une entreprise et d'empêcher la confusion sur le marché, l'établissement d'un régime global applicable à la fois aux marques déposées et aux marques non déposées s'avère alors nécessaire pour assurer une protection suffisante. Pour que toutes les marques de commerce soient protégées, le régime de réglementation doit s'appliquer également aux marques non déposées. La *Loi sur les marques de commerce* représente plus qu'un simple système d'enregistrement.

c) *Le degré d'intégration*

La dernière étape de l'analyse consiste à déterminer si la disposition en cause est suffisamment intégrée à la loi par ailleurs valide. Cet examen comporte deux étapes. Il faut commencer par déterminer le critère de « concordance » approprié, c'est-à-dire « dans quelle mesure la disposition est intégrée à l'ensemble de la loi et à quel point elle est importante pour son efficacité » (*City National Leasing*, p. 668). Il faut ensuite appliquer ce critère aux faits particuliers de l'affaire. Si la disposition satisfait au critère d'intégration, elle se situe alors à l'intérieur de la compétence du Parlement relative aux échanges et au commerce en général. Par contre, une disposition insuffisamment intégrée au régime de réglementation ne peut pas être validée en application du deuxième volet du par. 91(2). Pour déterminer le degré d'intégration nécessaire, il faut donc examiner dans quelle mesure la disposition empiète sur les pouvoirs des provinces : « Le degré du rapport requis est fonction de la mesure dans laquelle la disposition empiète sur les pouvoirs des provinces » (*City National Leasing*, p. 683). Si l'empiètement est minime, un « rapport fonctionnel » suffit alors pour que la disposition soit constitutionnelle (p. 669). Dans le cas d'un empiètement considérable, un critère plus strict s'applique : la disposition doit être « vraiment nécessaire » ou faire « partie intégrante » du régime législatif fédéral (p. 669 et 683). L'examen de la gravité de l'empiètement sur les pouvoirs des provinces et de la norme à appliquer pour évaluer le rapport entre une

constitutional powers is maintained and focuses the analysis on the "pith and substance" of the provision.

As outlined above, s. 7(*b*) of the Act only minimally intrudes into provincial jurisdiction over property and civil rights. It is a remedial provision limited to trade-marks as defined in the Act (ss. 2 and 6). As this Court observed in *Vapor Canada* and the Federal Court of Appeal held in *Asbjorn Hogard A/S*, s. 7(*b*) "rounds out" the federal trade-marks scheme. In this regard s. 7(*b*) is, in its pith and substance, directly connected to the enforcement of trade-marks and trade-names in Canada because it is directed to avoiding confusion through use of trade-marks.

In *Vapor Canada*, this Court struck down s. 7(*e*) of the *Trade-marks Act* on the ground that it was unrelated to trade or to trade-marks, or other forms of intellectual property subject to federal legislative authority. Laskin C.J. concluded that s. 7(*e*) "is not directed to trade but to the ethical conduct of persons engaged in trade or in business, and . . . such a detached provision cannot survive alone unconnected to a general regulatory scheme" (p. 165). Although the majority found that, standing alone, s. 7 was not valid federal legislation, Laskin C.J., who wrote for the majority, wrote the following:

> Section 7 is, however, nourished for federal legislative purposes in so far as it may be said to round out regulatory schemes prescribed by Parliament in the exercise of its legislative power in relation to patents, copyrights, trade marks and trade names. The subparagraphs of s. 7, if limited in this way, would be sustainable, and, certainly, if s. 7(*e*) whose validity is alone in question here, could be so limited, I would be prepared to uphold it to that extent. [p. 172]

disposition législative et un régime de réglementation fédéral valide assure le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs constitutionnels et oblige à se concentrer sur le « caractère véritable » de la disposition.

33 Comme je l'ai exposé plus haut, l'empiètement de l'al. 7*b*) de la Loi sur la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils reste minime. Cet alinéa constitue une disposition réparatrice qui ne s'applique qu'aux marques de commerce définies dans la Loi (art. 2 et 6). Comme notre Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Vapor Canada*, et comme la Cour d'appel fédérale l'a conclu dans l'arrêt *Asbjorn Hogard A/S*, l'al. 7*b*) « complète » le régime fédéral de protection des marques de commerce. À cet égard, son caractère véritable le rattache directement à la protection des marques de commerce et des noms commerciaux au Canada, puisqu'il vise à empêcher la confusion qui peut résulter de l'utilisation des marques de commerce.

34 Dans l'arrêt *Vapor Canada*, notre Cour a invalidé l'al. 7*e*) de la *Loi sur les marques de commerce* pour le motif qu'il n'avait rien à voir avec les échanges ou les marques de commerce, ou encore avec d'autres formes de propriété intellectuelle relevant de la compétence législative fédérale. Le juge en chef Laskin a conclu que « [l]'objet de [l'al. 7*e*)] n'est pas le commerce mais l'éthique des personnes qui s'adonnent au commerce ou aux affaires, et [. . .] on ne peut maintenir une semblable disposition seule et sans lien avec un système général » (p. 165). Bien que la Cour à la majorité ait statué qu'à lui seul l'art. 7 n'était pas une mesure législative fédérale valide, le juge en chef Laskin, qui a rédigé les motifs majoritaires, a ajouté ceci :

> Toutefois l'art. 7 comprend des dispositions visant les fins de la loi fédérale dans la mesure où l'on peut les considérer comme un complément des systèmes de réglementation établis par le Parlement dans l'exercice de sa compétence à l'égard des brevets, du droit d'auteur, des marques de commerce et des noms commerciaux. Si les alinéas de l'art. 7 se limitaient à cela, ils seraient valides et, si l'al. *e*) qui est le seul dont la constitutionnalité soit contestée en l'espèce, pouvait être ainsi restreint, je serais certainement prêt, à maintenir dans cette mesure sa validité. [p. 172]

Section 7(*e*) could not be sustained on this basis because its subject matter was not related to or connected with the enforcement of trade-marks or trade-names. This connection was found to exist, however, in relation to s. 7(*a*), (*b*), and (*d*). The Court suggested that these subparagraphs did relate to and give effect to valid federal legislative subjects, namely trade-marks, patents and copyrights (p. 157).

35 The respondent submits that the civil action in s. 7(*b*) has no functional connection to the registered trade-mark scheme in the *Trade-marks Act*. Having concluded that the Act creates a scheme regulating both *registered* and *unregistered* trade-marks, the functional relation of s. 7(*b*) to the scheme in the *Trade-marks Act* is apparent. In its pith and substance, s. 7(*b*) is directly connected to the enforcement of trade-marks and trade-names in Canada: the civil remedy in s. 7(*b*) protects the goodwill associated with trade-marks and is directed to avoiding consumer confusion through use of trade-marks. As Gill and Jolliffe note: "No provision of s. 7 is more inextricably linked to the overall scheme of the *Trade-marks Act* than is s. 7(*b*)" (p. 2-22).

36 Unlike breach of confidence and appropriation of confidential information (s. 7(*e*)), the passing-off action plays a clear role in the federal scheme. Without this provision there would be a gap in the legislative protection of trade-marks. This would create inconsistencies in the protection of registered and unregistered trade-marks and lead to uncertainty. Section 7(*b*) is sufficiently integrated into the federal scheme and, in this respect, is significantly different from s. 7(*e*). I conclude that s. 7(*b*) lies within the federal government's legislative competence. I will now turn to the issues of interpretation and application of the Act raised by the present appeal.

L'absence de lien ou de rapport entre son objet et la protection des marques de commerce ou des noms commerciaux empêchait donc de valider cette disposition. Toutefois, on a jugé que ce rapport existait dans le cas des al. 7*a*), *b*) et *d*). Notre Cour a alors indiqué que ces alinéas conservaient un lien avec des chefs de compétence législative fédérale valides, soit les marques de commerce, les brevets et les droits d'auteur, et leur donnaient effet (p. 157).

L'intimée prétend que l'action civile prévue à l'al. 7*b*) n'a aucun rapport fonctionnel avec le régime de protection des marques de commerce déposées établi par la *Loi sur les marques de commerce*. La conclusion que la Loi crée un régime applicable à la fois aux marques de commerce *déposées* et aux marques de commerce *non déposées* montre que l'al. 7*b*) a un rapport fonctionnel avec le régime établi par la *Loi sur les marques de commerce*. En raison de son caractère véritable, l'al. 7*b*) se trouve ainsi directement lié à la protection des marques de commerce et des noms commerciaux au Canada : le recours civil prévu à l'al. 7*b*) protège l'achalandage rattaché aux marques de commerce et a pour objet d'empêcher que l'emploi de marques de commerce sème la confusion chez les consommateurs. Comme Gill et Jolliffe le font remarquer, [TRADUCTION] « [a]ucune disposition de l'art. 7 n'est plus inextricablement liée que l'al. 7*b*) au régime global de la *Loi sur les marques de commerce* » (p. 2-22).

Contrairement à l'action pour abus de confiance ou pour appropriation de renseignements confidentiels (al. 7*e*)), l'action pour commercialisation trompeuse joue un rôle évident dans le régime de réglementation fédéral. Sans cette disposition, la protection légale des marques de commerce demeurerait incomplète. Il en résulterait de l'incertitude et des disparités dans la protection des marques déposées et des marques non déposées. L'alinéa 7*b*) est suffisamment intégré au régime de réglementation fédéral et diffère sensiblement de l'al. 7*e*) à cet égard. Je conclus donc que l'al. 7*b*) respecte la compétence législative du gouvernement fédéral. Je passe maintenant à l'examen des questions d'interprétation et d'application de la Loi soulevées par le présent pourvoi.

C. *The Trade-Mark and Passing-off Issues*

(1) Patents and Trade-Marks

The vast and expanding domain of the law of intellectual property is going through a period of major and rapid changes. The pressures of globalization and technological change challenge its institutions, its classifications and sometimes settled doctrines (see M. Vivant, "La fantastique explosion de la propriété intellectuelle: Une rationalité sous le *big bang*?", in *Mélanges Victor Nabhan* (2004), 393; see also W. R. Cornish, *Intellectual Property: Omnipresent, Distracting, Irrelevant?* (2004), at pp. 110-14). Jurisprudence attempts to address — sometimes with difficulty — the consequences of these broad social and economic trends. The state of patent law is evidence enough of the stresses on the process of jurisprudential development in a world where statute law itself struggles to catch up with the life of laboratories and markets (see, for example, *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76; *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34). The economic value of intellectual property rights arouses the imagination and litigiousness of rights holders in their search for continuing protection of what they view as their rightful property. Such a search carries with it the risk of discarding basic and necessary distinctions between different forms of intellectual property and their legal and economic functions. The present appeal is a case in point. It involves the distinction between patents and trade-marks. In order to understand the role and relevance of the doctrine of functionality in the law of trade-marks, some comments on the nature and function of patents and trade-marks will be useful.

Patents protect new products and processes. In consideration of disclosure of the invention, patent law grants a time-limited monopoly to the patentee

C. *Les questions de marques de commerce et de commercialisation trompeuse*

(1) Brevets et marques de commerce

37 Le domaine vaste et grandissant du droit de la propriété intellectuelle traverse une période de changements profonds et rapides. Les pressions de la mondialisation et de l'évolution technologique mettent à l'épreuve ses institutions, ses classifications et, parfois, des principes ou doctrines établis (voir M. Vivant, « La fantastique explosion de la propriété intellectuelle : Une rationalité sous le *big bang*? », dans *Mélanges Victor Nabhan* (2004), 393; voir aussi W. R. Cornish, *Intellectual Property : Omnipresent, Distracting, Irrelevant?* (2004), p. 110-114). La jurisprudence tente, à l'occasion avec difficulté, de tenir compte des conséquences de ces grandes tendances sociales et économiques. L'état du droit des brevets témoigne bien des pressions exercées sur le processus d'évolution jurisprudentielle dans un monde où le droit d'origine législative a lui-même du mal à suivre le rythme des laboratoires et des marchés (voir, par exemple, *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76; *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, 2004 CSC 34). La valeur économique des droits de propriété intellectuelle stimule l'imagination et l'esprit procédurier des titulaires de ces droits dans leur quête d'une protection permanente de ce qu'ils considèrent comme leur propriété légitime. Cette quête comporte le risque d'abandonner des distinctions fondamentales nécessaires entre diverses formes de propriété intellectuelle et leurs fonctions juridiques et économiques. Le présent pourvoi, où la question de la différence entre les brevets et les marques de commerce doit être examinée, illustre bien ce risque. Pour comprendre le rôle et la pertinence du principe de la fonctionnalité en droit des marques de commerce, il devient alors utile de formuler certaines observations sur la nature et la fonction des brevets et des marques de commerce.

38 Les brevets protègent les nouveaux produits et procédés. En contrepartie de la divulgation de l'invention, le droit des brevets confère pendant un

on the use and marketing of the subject matter of the patent:

> Patent protection rests on a concept of a bargain between the inventor and the public. In return for disclosure of the invention to the public, the inventor acquires for a limited time the exclusive right to exploit it.

(*Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66, at para. 13, *per* Binnie J.; see also *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, at para. 37, *per* Binnie J.)

Patent rights focus on the patented product or process. The patent holder enjoys temporary exclusivity and is protected against the unauthorized use of the subject matter of the patent, as long as the patent is in force.

39 In the case of trade-marks, the focus shifts from the product itself to the distinctiveness of its marketing. Trade-marks seek to indicate the source of a particular product, process or service in a distinctive manner, so that, ideally, consumers know what they are buying and from whom. The definition of trade-marks in s. 2 of the *Trade-marks Act* confirms this focus on distinctiveness in the market and in the public:

> "trade-mark" means
>
> (*a*) a mark that is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others,
>
> (*b*) a certification mark,
>
> (*c*) a distinguishing guise, or
>
> (*d*) a proposed trade-mark;

At this point, we must then ask, can the mark be the product itself? Would this be consistent with the nature of marks and the underlying policies which structure intellectual property law? These issues are

certain temps au breveté le monopole de l'utilisation et de la commercialisation de l'objet du brevet :

> La protection assurée par un brevet se fonde sur la notion d'un marché conclu entre l'inventeur et le public. En contrepartie de la divulgation de l'invention, l'inventeur obtient, pour un certain laps de temps, le droit exclusif de l'exploiter.

(*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, 2000 CSC 66, par. 13, le juge Binnie; voir aussi *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, par. 37, le juge Binnie.)

Les droits conférés par brevet portent sur le produit ou le procédé breveté. Le titulaire du brevet jouit d'une exclusivité temporaire et est protégé contre l'utilisation non autorisée de l'objet du brevet tant et aussi longtemps que le brevet reste en vigueur.

Dans le cas des marques de commerce, la perspective se déplace du produit lui-même au caractère distinctif de sa mise en marché. En effet, les marques de commerce servent à indiquer, de façon distinctive, la source d'un produit, d'un procédé ou d'un service, afin qu'idéalement les consommateurs sachent ce qu'ils achètent et en connaissent la provenance. La définition de l'expression « marque de commerce », à l'art. 2 de la *Loi sur les marques de commerce*, confirme l'accent que le marché et le public mettent sur le caractère distinctif de la marque :

> « marque de commerce » Selon le cas :
>
> *a*) marque employée par une personne pour distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres;
>
> *b*) marque de certification;
>
> *c*) signe distinctif;
>
> *d*) marque de commerce projetée.

À ce stade, nous devons nous poser une question : la marque peut-elle être le produit lui-même? Cette confusion serait-elle compatible avec la nature des marques et les politiques générales qui sous-tendent

raised in Kirkbi's claims. The foundation of a trade-mark is distinctiveness because only a distinctive mark will allow the consumer to identify the source of the goods (see D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), at p. 190; Gill and Jolliffe, at p. 3-19). Although trade-marks do not protect the product as such, they may have huge economic value and rights arising out of marks may have immense importance to their holders. The operation of the market relies extensively on brands. The goodwill associated with them is considered to be a most valuable form of property. However, despite its connection with a product, a mark must not be confused with the product — it is something else, a symbol of a connection between a source of a product and the product itself. We will now briefly return to the facts relating to the mark claimed by Kirkbi.

(2) The Nature of the Claimed LEGO Mark

The nature of the claim advanced by Kirkbi must be well understood. One must start from the problem the appellant faced when its patents expired. As mentioned above, the very cleverness and flexibility of LEGO technology, of the combination of studs on top of the brick and tubes under it, had almost turned "LEGO" into a household word. Source and product became identified. LEGO bricks, for many, came to designate these small colourful building blocks, with their clever locking system. But when the patents expired, the LEGO technology fell into the public domain. The LEGO name, whether on the product, on its packaging or in its advertising, remained protected, but the monopoly on the wares themselves was over. The monopoly had been the key to the building up and preservation of LEGO's market share, and so Kirkbi employed a number of different means to protect it, one of which was the assertion of a trade-mark.

le droit de la propriété intellectuelle? Kirkbi soulève ces questions dans son argumentation. La raison d'être d'une marque de commerce se situe dans son caractère distinctif, car seule une marque distinctive permet aux consommateurs de connaître la source des marchandises (voir D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (1997), p. 190; Gill et Jolliffe, p. 3-19). Toutefois, bien qu'elles ne protègent pas le produit lui-même, les marques de commerce peuvent acquérir une énorme valeur économique. Leurs titulaires accordent alors une très grande importance aux droits qui s'y rattachent. Le fonctionnement du marché dépend d'ailleurs largement des marques de commerce. L'achalandage rattaché à une marque est perçu comme un bien très précieux. Cependant, malgré le rapport qu'elle a avec un produit, une marque ne doit pas être confondue avec le produit qu'elle sert à identifier — elle représente autre chose. Elle devient un symbole du rapport entre la source d'un produit et le produit lui-même. Revenons brièvement aux faits concernant la marque revendiquée par Kirkbi.

(2) La nature de la marque LEGO revendiquée

40 Il faut bien comprendre la nature de l'argument de Kirkbi. Au départ, il convient de rappeler le problème qui se posait pour l'appelante après l'expiration de ses brevets. Comme nous l'avons vu, l'ingéniosité et la souplesse mêmes de la technique LEGO, de la combinaison des tenons de la face supérieure des briques et des cylindres creux de la face inférieure, a pratiquement fait de « LEGO » un mot familier. On est venu à confondre le produit avec la source. Bien des gens ont assimilé les briques LEGO à toutes ces petites briques colorées dotées d'un ingénieux système d'emboîtement. Toutefois, dès l'expiration des brevets, la technique LEGO est tombée dans le domaine public. Le nom LEGO, apposé sur le produit ou son emballage, ou employé dans la publicité relative au produit, continuait d'être protégé, mais le monopole sur les marchandises elles-mêmes n'existait plus. Comme ce monopole avait joué un rôle essentiel dans l'établissement et le maintien de la part de marché de LEGO, Kirkbi a tenté de le protéger de différentes façons, notamment en invoquant une marque de commerce.

41 The peculiarity of the claimed mark was that it did not consist of a name, drawing or particular get-up of the product. The so-called "distinguishing guise" consisted solely of the technical or functional characteristics, formerly protected by Kirkbi's patents. Kirkbi applied in vain in Canada for registration of such a trade-mark under the *Trade-marks Act*. But its second amended statement of claim, which relied on an unregistered mark, attributed the particular look of its product to the disposition and characteristics of the studs on the top of each brick:

> 9. LEGO Components have a distinctive "look", which makes them immediately identifiable to purchasers and users, and which exclusively identifies LEGO Goods as made by or under the authority of a single source. This distinctive "look" is attributable to, and defined by:
>
> **a rectilinear array of uniform, smooth-sided, flat-topped, cylindrical, co-planar protuberances, the proportions of height, diameter and center-to-center spacing of which are approximately 2 : 5 : 8. Where there is more than one row of protuberances, they are arranged in mutually orthogonal rows and columns.**
>
> 10. These features collectively are hereinafter referred to as "the LEGO Indicia trade mark". . . . [Emphasis in original.]

On the facts, the trial judge found that the LEGO indicia and the asserted unregistered mark were purely functional. The mark was the product (see Gibson J., at para. 61). Those findings were accepted by the Federal Court of Appeal and were not challenged in our Court. These findings raised the issue of the application of the doctrine of functionality, which barred the claim of infringement under s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act*, in the view of the trial judge and of the majority of the Court of Appeal.

La marque revendiquée avait ceci de particulier qu'elle ne consistait pas en un nom, un dessin ou en une présentation particulière du produit. Le soi-disant « signe distinctif » était uniquement formé de caractéristiques techniques ou fonctionnelles auparavant protégées par les brevets de Kirkbi. Au Canada, Kirkbi a tenté sans succès de faire enregistrer cette marque sous le régime sur la *Loi sur les marques de commerce*. Toutefois, dans sa deuxième déclaration modifiée, qui reposait sur une marque non déposée, Kirkbi attribuait l'apparence particulière de son produit à la disposition et aux caractéristiques des tenons de la face supérieure de chaque brique :

[TRADUCTION]

> 9. Les pièces LEGO ont une « apparence » distinctive qui les rend immédiatement identifiables pour les acheteurs et les utilisateurs et qui indique en exclusivité que les marchandises LEGO sont fabriquées par une seule source ou avec son autorisation. Cette « apparence » distinctive lui est donnée et se définit par :
>
> **un agencement rectilinéaire de protubérances uniformes, à côtés lisses, à sommet plat, cylindriques et coplanaires, dont la hauteur, le diamètre et l'entraxe sont dans un rapport d'environ 2 : 5 : 8. Lorsqu'il y a plus d'une rangée de protubérances, celles-ci sont disposées en rangées et colonnes orthogonales.**
>
> 10. Ces caractéristiques sont collectivement désignées ci-après sous le nom de « marque figurative LEGO ». . . [En caractères gras dans l'original.]

Le juge de première instance a conclu, à partir des faits, que la marque figurative LEGO et la marque non déposée invoquée étaient purement fonctionnelles. La marque correspondait au produit (voir le par. 61 des motifs du juge Gibson). La Cour d'appel fédérale a souscrit à ces conclusions, qui n'ont pas été contestées devant notre Cour. Ces conclusions soulevaient la question de l'application du principe de la fonctionnalité qui, selon le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel, empêchait d'intenter l'action pour violation fondée sur l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce*.

(3) The Doctrine of Functionality in Trade-marks Law

The doctrine of functionality appears to be a logical principle of trade-marks law. It reflects the purpose of a trade-mark, which is the protection of the distinctiveness of the product, not of a monopoly on the product. The *Trade-marks Act* explicitly adopts that doctrine, when it provides, at s. 13(2), that the registration of a mark will not interfere with the use of the utilitarian features it may incorporate:

13. . . .

(2) No registration of a distinguishing guise interferes with the use of any utilitarian feature embodied in the distinguishing guise.

In these few words, the Act clearly recognizes that it does not protect the utilitarian features of a distinguishing guise. In this manner, it acknowledges the existence and relevance of a doctrine of long standing in the law of trade-marks. This doctrine recognizes that trade-marks law is not intended to prevent the competitive use of utilitarian features of products, but that it fulfills a source-distinguishing function. This doctrine of functionality goes to the essence of what is a trade-mark.

In Canada, as in several other countries or regions of the world, this doctrine is a well-settled part of the law of trade-marks. In the law of intellectual property, it prevents abuses of monopoly positions in respect of products and processes. Once, for example, patents have expired, it discourages attempts to bring them back in another guise.

The doctrine of functionality is a well-established principle of the Canadian law of trade-marks. Indeed, our Court characterized it in 1964 as a "well-settled" principle of law:

The law appears to be well settled that if what is sought to be registered as a trade mark has a functional use or characteristic, it cannot be the subject of a trade mark.

(3) Le principe de la fonctionnalité en droit des marques de commerce

Le principe de la fonctionnalité apparaît comme un principe logique du droit des marques de commerce. Il reflète l'objet d'une marque de commerce, soit la protection du caractère distinctif du produit, mais non d'un monopole sur celui-ci. La *Loi sur les marques de commerce* adopte explicitement ce principe lorsqu'elle prévoit, au par. 13(2), que l'enregistrement d'une marque n'affecte pas l'emploi des particularités utilitaires qu'elle peut comporter :

13. . . .

(2) Aucun enregistrement d'un signe distinctif ne gêne l'emploi de toute particularité utilitaire incorporée dans le signe distinctif.

Par ces quelques mots, la Loi reconnaît clairement qu'elle ne protège pas les particularités utilitaires d'un signe distinctif. De ce fait, elle constate l'existence et la pertinence d'un principe qui existe depuis longtemps en droit des marques de commerce. Selon ce principe, le droit des marques de commerce ne vise pas à empêcher l'utilisation concurrentielle des particularités utilitaires d'un produit, mais sert plutôt à distinguer les sources des produits. Le principe de la fonctionnalité touche ainsi à l'essence même des marques de commerce.

Au Canada comme dans plusieurs autres pays ou régions du monde, ce principe fait partie intégrante du droit des marques de commerce. En droit de la propriété intellectuelle, il empêche l'abus des monopoles exercés sur des produits et des procédés. Il décourage notamment les tentatives de rétablir sous une autre forme les brevets expirés.

Le principe de la fonctionnalité constitue un principe bien établi du droit canadien des marques de commerce. En fait, notre Cour l'a qualifié, en 1964, de principe juridique « bien établi » :

[TRADUCTION] Il semble bien établi en droit que si ce que l'on cherche à faire enregistrer comme marque de commerce comporte une utilisation ou caractéristique fonctionnelle, cette chose ne peut pas faire l'objet d'une marque de commerce.

(*Parke, Davis & Co. v. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] S.C.R. 351, at p. 354, *per* Hall J.)

46 The Federal Court of Canada has consistently applied this doctrine. As in the present case, it has held time and again that no mark could consist of utilitarian features. Otherwise, it would make the wares a part of the mark and grant a monopoly on their functional features. For example, it is worth quoting MacGuigan J.A., in a discussion of the validity of a mark consisting of the particular shape of a razor head:

> The distinguishing guise in the case at bar is in my opinion invalid as extending to the functional aspects of the Philip shaver. A mark which goes beyond distinguishing the wares of its owner to the functional structure of the wares themselves is transgressing the legitimate bounds of a trade mark.

(*Remington Rand Corp. v. Philips Electronics N.V.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 467 (F.C.A.), at p. 478; see also *Pizza Pizza Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)*, [1989] 3 F.C. 379 (C.A.), at p. 381, *per* Pratte J.A.; *Thomas & Betts, Ltd. v. Panduit Corp.*, [2000] 3 F.C. 3 (C.A.), at para. 25.)

This jurisprudence echoes earlier decisions of the Exchequer Court of Canada which applied the doctrine of functionality in respect of trademarks, under an earlier statute. A combination of elements primarily designed to perform a function may not be the subject matter of a trade-mark (*Imperial Tobacco Co. of Canada v. Registrar of Trade Marks*, [1939] Ex. C.R. 141, at p. 145; *Elgin Handles Ltd. v. Welland Vale Manufacturing Co.* (1964), 43 C.P.R. 20, at p. 24).

47 The Canadian jurisprudence is consistent with legislative and jurisprudential developments in other countries. Some of these jurisprudential developments arose out of the ongoing campaign of Kirkbi to protect its market position in many

(*Parke, Davis & Co. c. Empire Laboratories Ltd.*, [1964] R.C.S. 351, p. 354, le juge Hall)

La Cour fédérale du Canada a appliqué systématiquement ce principe. Comme elle l'a fait en l'espèce, elle a statué, à maintes reprises, que les marques ne sauraient être constituées de particularités utilitaires. Le contraire transformerait des marchandises en une partie de la marque elle-même, ce qui conférerait alors à leurs titulaires un monopole sur leurs caractéristiques fonctionnelles. À ce sujet, il vaut la peine de citer ces propos du juge MacGuigan au sujet de la validité d'une marque qui prenait la forme d'une tête de rasoir :

> Le signe distinctif dans la présente espèce est invalide, selon moi, parce qu'il se rapporte aux aspects fonctionnels du rasoir Philips. Une marque qui ne se borne pas à distinguer les marchandises de son titulaire, mais se rapporte à la structure fonctionnelle des marchandises mêmes, outrepasse les limites légitimes d'une marque de commerce.

(*Remington Rand Corp. c. Philips Electronics N.V.*, [1995] A.C.F. n° 1660 (QL) (C.A.), par. 27; voir aussi *Pizza Pizza Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, [1989] 3 C.F. 379 (C.A.), p. 381, le juge Pratte; *Thomas & Betts, Ltd. c. Panduit Corp.*, [2000] 3 C.F. 3 (C.A.), par. 25.)

Cette jurisprudence reprend l'orientation qu'avaient déjà adoptée des décisions rendues par la Cour de l'Échiquier du Canada, où celle-ci avait appliqué, sous le régime d'une loi antérieure, le principe de la fonctionnalité en matière de marques de commerce. Une combinaison d'éléments essentiellement destinés à remplir une fonction ne saurait faire l'objet d'une marque de commerce (*Imperial Tobacco Co. of Canada c. Registrar of Trade Marks*, [1939] R.C. de l'É. 141, p. 145; *Elgin Handles Ltd. c. Welland Vale Manufacturing Co.* (1964), 43 C.P.R. 20, p. 24).

Cette jurisprudence canadienne reflète l'orientation législative et jurisprudentielle d'autres pays. Cette évolution jurisprudentielle résulte d'ailleurs en partie de la campagne que Kirkbi mène, dans de nombreux pays, en vue de protéger sa position sur

countries, by other legal means after the expiry of its patents.

In the United States, Congress recently incorporated the doctrine of functionality into the law of trade-marks. It is now a part of the *Lanham Trade-Mark Act*: see 15 U.S.C.A. § 1052(e)(5). The Supreme Court of the United States has also held that purely functional features may not become the basis of trade-marks (see, for example, *TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23 (2001), at p. 34; *Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205 (2000), at p. 211).

The European law of trade-marks also applies the doctrine of functionality. A directive of the Council of the European Communities does not allow the registration of purely functional trade-marks. It prohibits the registration as marks of signs which consist exclusively of a shape which is necessary to obtain a technical result (*First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Members States relating to Trade Marks*, [1989] O.J. L. 40/1, art. 3(1)(e); see also L. Bently and B. Sherman, *Intellectual Property Law* (2nd ed. 2004), at pp. 794-96).

The European Court of Justice reached the same conclusion as had been reached in Canada. On the basis of the EEC directive and of the functionality principle, it found that the triangular shape of the Philips razor could not be registered as a trade-mark. It commented that the directive precluded the registration of shapes

> whose essential characteristics perform a technical function, with the result that the exclusivity inherent in the trade mark right would limit the possibility of competitors supplying a product incorporating such a function or at least limit their freedom of choice in regard to the technical solution they wish to adopt . . . .

(*Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd.*, C-299/99, [2002] E.C.R. I-5475, at para. 79)

le marché par d'autres méthodes juridiques après l'expiration de ses brevets.

48 Aux États-Unis, le Congrès a récemment incorporé le principe de la fonctionnalité dans le droit des marques de commerce. Ce principe fait désormais partie de la *Lanham Trade-Mark Act* : voir 15 U.S.C.A. § 1052(e)(5). La Cour suprême des États-Unis a également reconnu que des caractéristiques purement fonctionnelles ne peuvent servir de fondement à des marques de commerce (voir, par exemple, *TrafFix Devices, Inc. c. Marketing Displays, Inc.*, 532 U.S. 23 (2001), p. 34; *Wal-Mart Stores, Inc. c. Samara Bros., Inc.*, 529 U.S. 205 (2000), p. 211).

49 Le droit européen des marques de commerce applique également le principe de la fonctionnalité. Ainsi, une directive du Conseil des Communautés européennes interdit d'enregistrer des marques de commerce purement fonctionnelles. Cette directive prohibe l'enregistrement, comme marque de commerce, de signes constitués exclusivement d'une forme nécessaire à l'obtention d'un résultat technique (*Première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques*, [1989] J.O. L. 40/1, art. 3(1)e); voir aussi L. Bently et B. Sherman, *Intellectual Property Law* (2e éd. 2004), p. 794-796).

50 La Cour européenne de justice est arrivée à la même conclusion que celle tirée au Canada. Se fondant sur la directive de la CEE et le principe de la fonctionnalité, elle a statué que la forme triangulaire du rasoir Philips ne pouvait pas être enregistrée comme marque de commerce. Elle a expliqué que la directive empêchait l'enregistrement de formes

> dont les caractéristiques essentielles répondent à une fonction technique, de sorte que l'exclusivité inhérente au droit de marque ferait obstacle à la possibilité pour les concurrents d'offrir un produit incorporant une telle fonction, ou du moins à leur libre choix de la solution technique qu'ils souhaitent adopter . . .

(*Koninklijke Philips Electronics NV c. Remington Consumer Products Ltd.*, C-299/99, [2002] Rec. I-5475, par. 79)

51 Kirkbi had registered its indicia as a community trade-mark, under European law. Seized of an application for cancellation by Ritvik, the Cancellation Division of the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade-marks and Designs) applied the principles set out in *Philips Electronics*, and voided the mark (63 C 107029/1 "LEGO brick" (3D), July 30, 2004). It found that it had a purely technical function and that the EEC directive barred its registration.

Kirkbi avait fait enregistrer sa marque figurative comme marque de commerce communautaire sous le régime du droit européen. À la suite d'une demande d'annulation présentée par Ritvik, la Division d'annulation de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (Marques, Dessins et Modèles) a appliqué les principes énoncés dans la décision *Philips Electronics*, et a annulé la marque après avoir conclu qu'elle n'avait qu'une fonction purement technique et que la directive de la CEE en interdisait l'enregistrement (63 C 107029/1 « LEGO brick » (3D), 30 juillet 2004).

52 At the root of the functionality principle in European law, as in Canadian intellectual property law, lies a concern to avoid overextending monopoly rights on the products themselves and impeding competition, in respect of wares sharing the same technical characteristics. It is interesting to observe that, within two different legal systems, a judge of the English High Court and a French Court of Appeal raised the same concerns and came to similar conclusions, when they had to pass judgment on attempts by Kirkbi to protect its indicia by relying on trade-mark law, the tort of passing off or the delict of unfair competition in French law. In this manner, their judgments confirm the validity and broad relevance of the functionality principle as well as the doggedness of Kirkbi in its efforts to retain its market share by any means.

En droit européen comme en droit canadien de la propriété intellectuelle, le principe de la fonctionnalité repose sur le souci d'éviter d'étendre démesurément le monopole aux produits eux-mêmes et de gêner ainsi la concurrence entre des marchandises partageant les mêmes caractéristiques techniques. Il est d'ailleurs intéressant de noter que, dans deux systèmes juridiques différents, un juge de la Haute Cour anglaise et une cour d'appel française ont exprimé les mêmes préoccupations et ont tiré des conclusions similaires lorsqu'ils ont dû se prononcer sur les tentatives de Kirkbi de protéger sa marque figurative en invoquant le droit des marques de commerce, le délit de commercialisation trompeuse ou le délit de concurrence déloyale en droit français. Leur jugement confirme ainsi la validité et la pertinence générale du principe de la fonctionnalité, ainsi que l'acharnement de Kirkbi à tenter de conserver à tout prix sa part du marché.

53 In the English case, *INTERLEGO AG's Trade Mark Applications*, [1998] R.P.C. 69 (Ch. Div.), INTERLEGO appealed the Registrar of Trade Marks's refusal to register the LEGO indicia as marks under British trade-mark law to the High Court. Neuberger J. dismissed the appeal on this issue. In his opinion, the functional features of the brick could not be a trade-mark. Granting rights under trade-mark law would be tantamount to perpetuating a monopoly on the product itself:

Dans l'affaire anglaise, *INTERLEGO AG's Trade Mark Applications*, [1998] R.P.C. 69 (Ch. Div.), INTERLEGO a porté en appel devant la Haute Cour le refus du registraire des marques de commerce d'enregistrer la marque figurative LEGO sous le régime du droit britannique des marques de commerce. Le juge Neuberger a rejeté l'appel à cet égard. Selon lui, les caractéristiques fonctionnelles des briques ne pouvaient pas constituer une marque de commerce. L'attribution de droits liés à une marque de commerce reviendrait à perpétuer l'exercice d'un monopole sur le produit lui-même :

In all the circumstances, it seems to me that Mr. Pumfrey was right to contend, that Interlego are not

[TRADUCTION] Eu égard aux circonstances dans leur ensemble, il me semble que M. Pumfrey avait raison de

so much seeking to protect a mark on an item of commerce, but are attempting to protect the item of commerce as such. In other words, they are not so much seeking a permanent monopoly in their mark, but more a permanent monopoly in their bricks. This is, at least in general, contrary to principle and objectionable in practice. A trade mark is, after all, the mark which enables the public to identify the source or origin of the article so marked. The function of the trade mark legislation is not to enable the manufacturer of the article to have a monopoly in the article itself. In the present case there is no special reason to conclude that the general approach should not apply. On the contrary, the functional aspect of the knobs and tubes, and the extent of the monopoly in the field of toy building bricks when Interlego might establish if their appeal succeeded, are strong factors supporting the registrar's decision. [p. 110]

prétendre qu'Interlego ne cherche pas tant à protéger une marque à l'égard d'un article de commerce, qu'à protéger l'article de commerce en tant que tel. En d'autres termes, elle ne cherche pas tant à obtenir un monopole permanent à l'égard de sa marque qu'à obtenir un monopole permanent à l'égard de ses briques. Cela est, en général du moins, contraire aux principes; de plus, il s'agit d'une pratique déplorable. Somme toute, une marque de commerce est une marque qui vise à permettre au public de connaître la source ou l'origine de l'article sur lequel la marque est apposée. La législation en matière de marques de commerce ne vise pas à permettre au fabricant de l'article de détenir un monopole sur l'article lui-même. En l'espèce, aucune raison spéciale ne permet de conclure que l'approche générale ne devrait pas s'appliquer. Au contraire, l'aspect fonctionnel des saillies et des cylindres creux et l'étendue du monopole en ce qui concerne les briques de jeux de construction qu'Interlego pourrait établir si l'appel était accueilli constituent des facteurs convaincants justifiant la décision du registraire. [p. 110]

During the same period, the appellant had also engaged in a variety of legal proceedings to ward off Ritvik's entry into the French market. It relied on various grounds, but, in the end, it appears that its efforts foundered on the same grounds as in Great Britain, namely that, in a free market, trade-marks should not be used to prolong monopolies on technical characteristics of products. Competition between products using the same technical processes or solutions, once patent rights are out of the way, is not unfair competition. It is simply the way the economy and the market are supposed to work in modern liberal societies.

54 Pendant la même période, l'appelante a également intenté diverses actions en justice pour empêcher l'entrée de Ritvik sur le marché français. Elle a invoqué des motifs divers, mais, en définitive, il semble que ses efforts aient échoué pour la même raison qu'en Grande-Bretagne, à savoir que, dans un marché libre, une marque de commerce ne doit pas servir à prolonger l'exercice d'un monopole sur les caractéristiques techniques d'un produit. Lorsque les droits conférés par brevet cessent de constituer un obstacle, la concurrence entre des produits faisant appel aux mêmes solutions ou procédés techniques ne constitue pas de la concurrence déloyale. Ce résultat correspond au mode de fonctionnement normal d'une économie de marché dans les sociétés libérales modernes.

The French Cour de Cassation quashed an earlier judgment of lower courts which found for Kirkbi, on the basis of a delict of "*concurrence déloyale ou parasitaire*" (unfair competition or passing off), although it acknowledged that the LEGO indicia could be registered as a trade-mark. The matter was referred by the Cour de Cassation to the Cour d'appel de Paris, sitting as a "*cour de renvoi*" in accordance with the French law of civil procedure. It dismissed all the Kirkbi claims holding that Ritvik was entitled to use the processes which had been formerly patented by its competitor:

55 La Cour de cassation française a annulé un jugement antérieur de tribunaux d'instance inférieure qui avait accueilli une action pour « concurrence déloyale ou parasitaire » de Kirkbi, tout en reconnaissant que la marque figurative LEGO pouvait être enregistrée comme marque de commerce. La Cour de cassation a alors déféré l'affaire à la Cour d'appel de Paris, siégeant comme « cour de renvoi », conformément aux règles de procédure civile française. La Cour d'appel de Paris a rejeté, à cette occasion, toute l'argumentation de Kirkbi, statuant que Ritvik avait le droit d'utiliser les procédés que sa concurrente avait auparavant fait breveter :

[TRANSLATION] But whereas the simple fact of copying the product of the efforts of another does not as such constitute wrongful competition, the principle being that a product of the efforts of another to which no rights of intellectual property apply or to which such rights have ceased to apply may be freely reproduced; whereas the person who so reuses the product of the efforts of another necessarily makes savings that cannot in themselves be considered wrongful without draining of all substance the principle referred to above (which is itself closely linked to the fundamental principle of freedom of competition) . . . .

(Paris, October 18, 2000, D. 2001.Jur.850 (note J. Passa), at p. 851)

Mais considérant que le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif, le principe étant qu'une prestation qui ne fait pas ou ne fait plus l'objet de droits de propriété intellectuelle peut être librement reproduite; qu'une telle reprise procure nécessairement à celui qui la pratique des économies qui ne sauraient, à elles seules, être tenues pour fautives, sauf à vider de toute substance le principe ci-dessus rappelé (lui-même étroitement lié à la règle fondamentale de la liberté de la concurrence) . . .

(Paris, 18 octobre 2000, D. 2001.Jur.850 (note J. Passa), p. 851)

(4) The Applicability of the Doctrine of Functionality to Unregistered Trade-Marks

(4) L'applicabilité du principe de la fonctionnalité aux marques de commerce non déposées

56 Kirkbi does not challenge the application of the functionality doctrine to registered marks in this Court. It raises a different argument. It submits that the doctrine does not apply to unregistered marks. In its view, such a mark does not grant its holder monopoly rights, but solely the right to be protected against confusion as to the source of the product. Moreover, it argues that legislative changes which occurred at the adoption of the present *Trade-marks Act* changed the previous law and limited the application of the functionality principle to registered trade-marks.

Kirkbi ne conteste pas, devant notre Cour, l'application du principe de la fonctionnalité aux marques déposées. Elle soutient plutôt que ce principe ne s'applique pas aux marques non déposées. Selon elle, ces dernières ne confèrent aucun monopole à leur titulaire, mais leur accordent simplement le droit à la protection contre la confusion relative à la source du produit. Elle soutient, en outre, que les changements que le législateur a apportés en adoptant la *Loi sur les marques de commerce* actuelle ont modifié l'ancien texte législatif et limité l'application du principe de la fonctionnalité aux marques déposées.

57 The first prong of the appellant's argument concerns the nature of the rights granted by an unregistered trade-mark. In substance, the appellant advances the submission that unregistered trade-marks do not create exclusive property rights, but give rise to a right to be protected against confusion in the market. The appellant says that this right could be enforced against competitors causing confusion in the market place under s. 7(*b*) of the *Trade-marks Act* and by the tort of passing off.

Le premier volet de l'argument de l'appelante porte sur la nature des droits rattachés à une marque de commerce non déposée. L'appelante soutient essentiellement que les marques non déposées ne confèrent aucun droit de propriété exclusif, mais qu'elles donnent plutôt naissance à un droit à la protection contre la confusion sur le marché. Elle affirme qu'il était possible d'opposer ce droit aux concurrents qui sèment la confusion sur le marché, en invoquant l'al. 7*b*) de la *Loi sur les marques de commerce* et le délit de commercialisation trompeuse.

58 As Sexton J.A. found for the majority in the Court of Appeal, this argument has no basis in law. Registration does not change the nature of the

Comme le juge Sexton l'a conclu au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, cet argument n'est pas fondé en droit. L'enregistrement d'une

mark; it grants more effective rights against third parties. Nevertheless, registered or not, marks share common legal attributes. They grant exclusive rights to the use of a distinctive designation or guise (*Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.*, [1992] 3 S.C.R. 120, at p. 134; Gill and Jolliffe, at pp. 4-13 and 4-14). Indeed, the *Trade-marks Act*, by allowing for the assignment of unregistered trade-marks, recognizes the existence of goodwill created by these marks as well as the property interests in them. Registration just facilitates proof of title (Sexton J.A., at paras. 76, 77 and 81). Sexton J.A. rightly pointed out that the argument of Kirkbi appears to rest on a misreading of a 19th century judgment of the House of Lords, *Singer Manufacturing Co. v. Loog* (1882), 8 App. Cas. 15, aff'g (1880), 18 Ch. D. 395 (C.A.). This judgment stands only for the proposition that an unregistered trade-mark could be mentioned by competitors in comparative advertising, not that it failed to create exclusive rights to the name for the purpose of distinguishing the products. The functionality doctrine remains relevant, as the legal nature of the marks remains the same.

marque n'en change pas la nature; il confère des droits plus efficaces contre les tiers. Qu'elles soient déposées ou non, les marques conservent toutefois certains attributs juridiques communs. Elles accordent le droit exclusif d'utiliser un nom ou un signe distinctif (*Ciba-Geigy Canada Ltd. c. Apotex Inc.*, [1992] 3 R.C.S. 120, p. 134; Gill et Jolliffe, p. 4-13 et 4-14). En fait, en autorisant la cession de marques non déposées, la *Loi sur les marques de commerce* reconnaît l'existence de l'achalandage qui résulte de ces marques ainsi que les droits de propriété qui s'y rattachent. L'enregistrement ne fait que faciliter la preuve du titre de propriété (par. 76, 77 et 81 des motifs du juge Sexton). Le juge Sexton a souligné, à juste titre, que l'argument de Kirkbi semble reposer sur une mauvaise interprétation d'un arrêt rendu par la Chambre des Lords au XIX^{e} siècle, à savoir *Singer Manufacturing Co. c. Loog* (1882), 8 App. Cas. 15, conf. (1880), 18 Ch. D. 395 (C.A.). Cet arrêt décide seulement que des concurrents pouvaient mentionner une marque de commerce non déposée dans une publicité comparative, et non qu'une telle marque ne conférait aucun droit exclusif d'utiliser le nom pour distinguer les produits. Le principe de la fonctionnalité demeure pertinent puisque la nature juridique des marques reste la même.

The second part of the argument raised by the appellant, which is based on changes to the statute, also fails. Kirkbi first asserts that *The Unfair Competition Act, 1932*, S.C. 1932, c. 38, included a definition at s. 2(*d*) which expressly mentioned functionality:

59

Le deuxième volet de l'argument de l'appelante, qui repose sur les changements apportés à la Loi, doit aussi être rejeté. Kirkbi allègue d'abord que la *Loi sur la concurrence déloyale, 1932*, S.C. 1932, ch. 38, comportait, à l'al. 2*d*), une définition qui mentionnait expressément la fonctionnalité :

(*d*) "Distinguishing guise" means a mode of shaping, moulding, wrapping or packing wares entering into trade or commerce which, by reason only of the sensory impression thereby given and independently of any element of utility or convenience it may have, is adapted to distinguish the wares so treated from other similar wares and is used by some person in association with his wares in such a way as to indicate to dealers in and/or users of similar wares that the wares so treated have been manufactured or sold by him;

d) « signe distinctif » signifie une manière de conformer, mouler, envelopper ou empaqueter des produits entrant dans l'industrie ou le commerce, laquelle, par suite seulement de l'impression sensorielle qu'elle donne et indépendamment de tout élément d'utilité ou de convenance qu'elle peut avoir, est adaptée pour distinguer les produits ainsi traités d'autres produits similaires et est employée par une personne à l'égard de ses produits de manière à indiquer aux marchands et/ou usagers de produits similaires, que les produits ainsi traités ont été fabriqués ou vendus par elle;

Kirkbi then submits that the present definition of a distinguishing guise no longer includes any reference to functionality:

Kirkbi prétend ensuite que la définition actuelle de l'expression « signe distinctif » ne mentionne plus la fonctionnalité :

"distinguishing guise" means

(*a*) a shaping of wares or their containers, or

(*b*) a mode of wrapping or packaging wares

the appearance of which is used by a person for the purpose of distinguishing or so as to distinguish wares or services manufactured, sold, leased, hired or performed by him from those manufactured, sold, leased, hired or performed by others;

« signe distinctif » Selon le cas :

a) façonnement de marchandises ou de leurs contenants;

b) mode d'envelopper ou empaqueter des marchandises,

dont la présentation est employée par une personne afin de distinguer, ou de façon à distinguer, les marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou les services loués ou exécutés, par elle, des marchandises fabriquées, vendues, données à bail ou louées ou des services loués ou exécutés, par d'autres.

Kirkbi argues that the present law limits the application of the doctrine to registered marks only, under s. 13(2).

Selon Kirkbi, la Loi actuelle, au par. 13(2), limite alors l'application du principe aux seules marques déposées.

60 This interpretation of the legislative changes is clearly wrong. The changes in the drafting of the statute did not signal any intention to remove a doctrine of long standing, with the strange result that unregistered marks might have been granted broader protection than marks registered under the *Trade-marks Act*. The purpose of s. 13(2) was rather to make sure that the public or competitors might keep on using utilitarian features of an otherwise distinguishing guise, as Sexton J.A. found:

Cette interprétation des changements apportés à la Loi est nettement erronée. Les modifications du libellé de la Loi n'indiquent aucune intention d'écarter un principe de longue date, de manière à donner naissance à l'étrange possibilité que les marques non déposées jouissent d'une plus grande protection que les marques déposées sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce*. Comme l'a conclu le juge Sexton, le par. 13(2) avait plutôt pour objet d'assurer que le public ou les concurrents puissent continuer à employer les particularités utilitaires d'un signe par ailleurs distinctif :

Indeed, in my view, subsection 13(2) reinforces the concept that the doctrine of functionality invalidates a mark which is primarily functional. It makes clear that the public is not constrained from using any utilitarian features of a distinguishing guise. It follows that if a distinguishing guise is wholly or primarily functional, then the public is not constrained from using the distinguishing guise in its entirety. Thus a distinguishing guise which is primarily functional provides no rights to exclusive use and hence no trade-mark protection. In other words the fact that the distinguishing guise is primarily functional means that it cannot be a trade-mark. The appellants have simply misconstrued subsection 13(2). [para. 59]

De fait, à mon avis, le paragraphe 13(2) renforce l'idée selon laquelle la doctrine de la fonctionnalité invalide une marque qui est principalement fonctionnelle. Il montre clairement qu'il n'est pas interdit au public d'employer une particularité utilitaire d'un signe distinctif. Il s'ensuit que, si un signe distinctif est entièrement ou principalement fonctionnel, il n'est pas interdit au public d'utiliser le signe distinctif au complet. Par conséquent, un signe distinctif qui est principalement fonctionnel ne confère aucun droit à un emploi exclusif et il n'accorde donc pas la protection qu'offre une marque de commerce. En d'autres termes, le fait que le signe distinctif est principalement fonctionnel veut dire qu'il ne peut pas constituer une marque de commerce. Les appelantes ont simplement interprété le paragraphe 13(2) d'une façon erronée. [par. 59]

61 In the end, the appellant seems to complain about the existence of competition based on a product, which is now in the public domain. As "LEGO" and LEGO-style building blocks have come close

En fin de compte, l'appelante paraît se plaindre de l'existence d'une concurrence portant sur un produit maintenant entré dans le domaine public. Comme le public en est pratiquement venu à

to merging in the eyes of the public, it is not satisfied with distinctive packaging or names in the marketing operations of Ritvik. It seems that, in order to satisfy the appellant, the respondent would have to actively disclaim that it manufactures and sells LEGO bricks and that its wares are LEGO toys. The fact is, though, that the monopoly on the bricks is over, and MEGA BLOKS and LEGO bricks may be interchangeable in the bins of the playrooms of the nation — dragons, castles and knights may be designed with them, without any distinction. The marketing operations of Ritvik are legitimate and may not be challenged under s. 7(*b*). This is enough to dispose of the claim of the appellant, which had grounded its claim of passing off on the existence of a trade-mark. Nevertheless, given the discussion in the courts below, some comments on the common law action for passing off will be useful.

confondre « LEGO » et briques pour jeux de construction de style LEGO, elle juge insuffisante l'utilisation par Ritvik d'un emballage ou de noms distinctifs pour commercialiser ses produits. Il semble que, pour satisfaire l'appelante, l'intimée devrait donner un avertissement explicite que les briques qu'elle fabrique et vend ne sont pas des briques LEGO et que ses marchandises ne sont pas des jouets LEGO. Pourtant, force est de constater que le monopole des briques est terminé et que les enfants canadiens peuvent posséder dans leurs coffres à jouets des MEGA BLOKS et des briques LEGO qu'ils utilisent indistinctement pour construire dragons, châteaux ou chevaliers. Les activités de mise en marché de Ritvik sont légitimes et ne peuvent être contestées en vertu de l'al. 7*b*). Cela suffit pour écarter l'argument de l'appelante qui avait fondé son action pour commercialisation trompeuse sur l'existence d'une marque de commerce. Cependant, en raison de la nature du débat survenu devant les tribunaux d'instance inférieure, j'estime utile de formuler quelques commentaires sur l'action pour commercialisation trompeuse en common law.

(5) The Doctrine of Passing off in Canadian Law

Remedies under the *Trade-marks Act* rely extensively on the historical development of the tort of passing off. In a broad sense, some of the remedies under s. 7, for example s. 7(*c*), explicitly target "*passing off*". The legal action initiated by the appellant often called upon the elements of the tort of passing off, although it was based on s. 7(*b*) of the Act. In those circumstances, much of the discussion in the courts below and even before our Court turned at times on the tort of passing off and the conditions to establish liability on that basis. For this reason, I will briefly review the components of this tort, as it has now developed in Canadian law.

(5) La doctrine de la commercialisation trompeuse en droit canadien

62 Les recours prévus par la *Loi sur les marques de commerce* reposent, dans une large mesure, sur l'évolution historique du délit de commercialisation trompeuse. De manière générale, certains recours prévus à l'art. 7, notamment celui dont il est question à l'al. 7*c*), visent expressément la « *commercialisation trompeuse* ». Bien qu'elle soit fondée sur l'al. 7*b*) de la Loi, l'action intentée par l'appelante fait souvent appel à des éléments du délit de commercialisation trompeuse. Dans ces circonstances, le débat devant les juridictions inférieures et même devant notre Cour a parfois porté en grande partie sur le délit de commercialisation trompeuse et les conditions requises pour qu'il y ait responsabilité à cet égard. C'est pourquoi, j'examinerai brièvement les éléments du délit tel qu'il existe maintenant en droit canadien.

This tort has a long history. At a very early point in its development, the common law became concerned with the honesty and fairness of

63 Ce délit ne date pas d'hier. La common law s'est souciée très tôt d'assurer l'existence d'une concurrence loyale et honnête. Pour cette raison,

competition. For that reason, it sought to ensure that buyers knew what they were purchasing and from whom. It also sought to protect the interest of traders in their names and reputation. As far back as the 17th century, the courts started to intervene. Actions based at first on some form of deceit were allowed (see W. R. Cornish and D. Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (5th ed. 2003), at pp. 573-76; see also R. S. Jolliffe, "The Common Law Doctrine of Passing Off", in G. F. Henderson, ed., *Trade-Marks Law of Canada* (1993), 197, at pp. 199-201). The modern doctrine of passing off was built on these foundations and became a part of Canadian law. Its principles now inform both statute law and common law.

elle a cherché à garantir que les acheteurs sachent ce qu'ils achetaient et en connaissent la provenance. Elle s'est également efforcée de préserver le droit des commerçants à la protection de leurs noms et de leur réputation. Les tribunaux ont commencé à intervenir dès le XVII[e] siècle. Des actions fondées, au départ, sur une forme de tromperie ont été accueillies (voir W. R. Cornish et D. Llewelyn, *Intellectual Property : Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (5[e] éd. 2003), p. 573-576; voir aussi R. S. Jolliffe, « The Common Law Doctrine of Passing Off », dans G. F. Henderson, dir., *Trade-Marks Law of Canada* (1993), 197, p. 199-201). La doctrine moderne de la commercialisation trompeuse s'est constituée sur ces bases pour devenir partie intégrante du droit canadien. Ses principes sous-tendent désormais à la fois le droit d'origine législative et la common law.

64 As can be seen in the decisions of the courts below, aspects of the doctrine appear to give rise to controversy. Disagreements arise in the case law about the components of the tort. Are there three, four or five? How should they be classified? A short review of the jurisprudence focusing on the decisions of our Court will hopefully shed a little more light on the contents of the doctrine, in respect of issues relevant to the present appeal.

Comme nous pouvons le constater dans les jugements des tribunaux d'instance inférieure, des aspects de cette doctrine paraissent susciter la controverse. La jurisprudence ne s'accorde pas sur les éléments constitutifs du délit. Y en a-t-il trois, quatre ou cinq? Comment faut-il les classer? Un bref examen jurisprudentiel axé principalement sur les décisions de notre Cour renseignera un peu plus, espérons-le, sur le contenu de la doctrine au sujet des questions pertinentes relativement au présent pourvoi.

65 In recent times, the House of Lords applied two different, but related, classifications in order to determine the conditions of liability under the passing-off doctrine. In *Erven Warnink B.V. v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1979] A.C. 731, at p. 742, Lord Diplock identified five elements which were necessary to create a valid cause of action: (1) a misrepresentation, (2) made by a trader in the course of trade, (3) to his customers or to ultimate consumers of his product (4) which may, in a reasonably foreseeable way, injure the business or goodwill of a competitor and (5) which causes actual damage. A few years later, Lord Oliver reduced the classification to three components: goodwill, deception and damage (*Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.*,

Dernièrement, la Chambre des lords a utilisé deux classifications différentes, mais connexes, pour établir les conditions de responsabilité selon la doctrine de la commercialisation trompeuse. Dans l'arrêt *Erven Warnink B.V. c. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.*, [1979] A.C. 731, p. 742, lord Diplock a énuméré cinq éléments nécessaires pour donner naissance à un droit d'action valide : (1) une fausse déclaration, (2) faite par un commerçant dans le cours de ses affaires, (3) à ses clients ou aux consommateurs de son produit, (4) dont il est raisonnable de prévoir qu'elle pourra nuire à l'entreprise ou à l'achalandage d'un concurrent et (5) qui cause un préjudice réel. Quelques années plus tard, lord Oliver a réduit ces éléments à trois : achalandage, supercherie

[1990] 1 All E.R. 873, at p. 880; see also Bently and Sherman, at pp. 707-9).

Our Court appears to have adopted the tripartite classification in *Ciba-Geigy*. In that case, our Court allowed a passing-off action in respect of the get-up of a prescription drug. Gonthier J. reviewed some of the earlier jurisprudence and stated that claimants had to establish three elements in order to succeed in a passing-off action:

> The three necessary components of a passing-off action are thus: the existence of goodwill, deception of the public due to a misrepresentation and actual or potential damage to the plaintiff. [p. 132]

The first component is goodwill or reputation. The claimant must establish goodwill in respect of the distinctiveness of the product (*Ciba-Geigy*, at pp. 132-33; *Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 494, at pp. 504 and 507, *per* Estey J.). Evidence of goodwill solely attached to the techniques and processes which create the product will not do. The doctrine of passing off did not develop to protect monopolies in respect of products but of guises, get-ups, names and symbols which identify the distinctiveness of a source.

The second component is misrepresentation creating confusion in the public. Misrepresentation may be wilful and may thus mean the same thing as deceit. But now the doctrine of passing off also covers negligent or careless misrepresentation by the trader (*Ciba-Geigy*, at p. 133; *Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 S.C.R. 583, at p. 601, *per* Estey J.). In this respect, the trial judge's interpretation of this component was too narrow and not consistent with the jurisprudence of our Court or the modern developments of the law of passing off. I will not comment on the third requirement, the

et préjudice (*Reckitt & Colman Products Ltd. c. Borden Inc.*, [1990] 1 All E.R. 873, p. 880; voir aussi Bently et Sherman, p. 707-709).

66 Notre Cour paraît avoir adopté la classification tripartite dans l'arrêt *Ciba-Geigy*. Dans cette affaire, notre Cour a accueilli une action pour commercialisation trompeuse relativement à la présentation d'un médicament délivré sur ordonnance. Le juge Gonthier a passé en revue certaines décisions antérieures et a affirmé qu'un demandeur devait établir l'existence de trois éléments pour obtenir gain de cause dans une telle action :

> Les trois éléments nécessaires à une action en *passing-off* sont donc : l'existence d'un achalandage, la déception du public due à la représentation trompeuse et des dommages actuels ou possibles pour le demandeur. [p. 132]

67 Le premier élément est l'achalandage ou la réputation. Le demandeur doit démontrer l'existence d'un achalandage rattaché au caractère distinctif du produit (*Ciba-Geigy*, p. 132-133; *Oxford Pendaflex Canada Ltd. c. Korr Marketing Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 494, p. 504 et 507, le juge Estey). La preuve d'un achalandage rattaché uniquement aux techniques et procédés de fabrication du produit ne suffit pas. La doctrine de la commercialisation trompeuse visait à protéger des monopoles exercés non pas sur des produits, mais sur des signes, présentations, noms et symboles qui constituent le caractère distinctif d'une source.

68 Le deuxième élément est la fausse déclaration ou représentation trompeuse qui sème la confusion dans le public. Une fausse déclaration peut être délibérée et avoir ainsi le même sens que tromperie. Toutefois, la doctrine de la commercialisation trompeuse englobe désormais la fausse déclaration faite par négligence ou avec insouciance par le commerçant (*Ciba-Geigy*, p. 133; *Consumers Distributing Co. c. Seiko Time Canada Ltd.*, [1984] 1 R.C.S. 583, p. 601, le juge Estey). À cet égard, l'interprétation que le juge de première instance a donnée de cet élément était trop restrictive et n'était pas conforme à la jurisprudence

proof of damages, which was not discussed in the present case.

69 Under the modern law of passing off, a passing-off action by the appellant was bound to fail. It would not have been able to meet the first condition of the action, namely that there be goodwill in respect of the distinctiveness of the product. The alleged distinctiveness of the product consisted precisely of the process and techniques which were now common to the trade. Again, Kirkbi could not overcome another form of the functionality problem. Granting such a claim in these circumstances would amount to recreating a monopoly contrary to basic policies of the laws and legal principles which inform the various forms of intellectual property in our legal system. The appellant is no longer entitled to protection against competition in respect of its product. It must now face the rigours of a free market and its process of creative destruction.

V. Conclusion

70 For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Bereskin & Parr, Toronto.

Solicitors for the respondent: Dimock Stratton, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Québec.

de notre Cour ou à l'évolution moderne du droit en matière de commercialisation trompeuse. Je ne commenterai pas la troisième condition, soit la preuve d'un préjudice, qui n'a pas été débattue en l'espèce.

Selon le droit moderne en matière de commercialisation trompeuse, l'action pour commercialisation trompeuse intentée par l'appelante était vouée à l'échec. Cette dernière n'aurait pas été en mesure de remplir la première condition de l'action, soit l'existence d'un achalandage rattaché au caractère distinctif du produit. Le prétendu caractère distinctif tenait précisément au procédé et aux techniques maintenant répandus dans l'industrie. Là encore, Kirkbi ne pouvait pas surmonter une autre forme du problème de fonctionnalité. Accueillir une telle action dans ces circonstances reviendrait à rétablir un monopole contrairement aux politiques fondamentales des lois et des principes juridiques qui régissent les diverses formes de propriété intellectuelle dans notre système de droit. L'appelante n'a plus droit à la protection de son produit contre la concurrence. Elle doit désormais affronter les rigueurs du marché libre et de son processus de destruction créatrice.

V. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes : Bereskin & Parr, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Dimock Stratton, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Québec.

Francisco Batista Pires *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

- and -

Ronaldo Lising *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

Francisco Batista Pires *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

- et -

Ronaldo Lising *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

INDEXED AS: R. *v.* PIRES; R. *v.* LISING

Neutral citation: 2005 SCC 66.

File Nos.: 30151, 30240.

2005: May 18; 2005: November 17.

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

RÉPERTORIÉ : R. *c.* PIRES; R. *c.* LISING

Référence neutre : 2005 CSC 66.

N[os] du greffe : 30151, 30240.

2005 : 18 mai; 2005 : 17 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Interception of private communications — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Accused denied leave to cross-examine peace officer who filed affidavit in support of wiretap authorizations — Whether accused entitled as of right to

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

Droit criminel — Interception de communications privées — Droit de l'accusé de contre-interroger relativement aux affidavits — Refus aux accusés du droit de contre-interroger le policier ayant souscrit l'affidavit à l'appui des autorisations d'écoute électronique —

cross-examine affiant — Whether Garofoli approach should be abandoned.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Right to full answer and defence — Interception of private communications — Accused denied leave to cross-examine peace officer who filed affidavit in support of wiretap authorizations — Whether requirement that leave be granted to cross-examine affiant consistent with Charter principles.

In a police investigation, M, a self-admitted drug dealer and petty criminal, agreed to "wear a wire" and act as police agent. Based on their agreement with M, the police applied for a consent wiretap authorization under s. 184.2 of the *Criminal Code*. The required affidavit was sworn and the authorization was granted permitting the interception of the private communications of both accused and other associates when any of them was speaking with M. The accused were subsequently charged with a number of drug-related offences. At trial, the accused challenged the admissibility of the tapes of conversations intercepted. They contended that the statutory preconditions for the authorization had not been met and that their right under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been violated. In support of this *Charter* application, the accused sought leave to cross-examine the peace officer on his affidavit. Relying on *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, the trial judge denied leave to cross-examine the affiant and ultimately ruled the wiretap evidence to be admissible. The Court of Appeal upheld the trial judge's ruling, concluding that leave to cross-examine was properly denied.

Held: The appeals should be dismissed.

The *Garofoli* approach to cross-examination is consistent with *Charter* principles. The *Garofoli* threshold test requires that the defence show a reasonable likelihood that cross-examination of the affiant will elicit testimony of probative value to the issue for consideration by the reviewing judge. It is grounded in two basic principles of evidence: relevance and materiality. It is also borne out of concerns about the prolixity of proceedings and, in many cases, the need to protect the identity of informants. The rule does not infringe the right to make full answer and defence. There is no

L'accusé peut-il contre-interroger de plein droit le déposant? — L'approche adoptée dans Garofoli doit-elle être abandonnée?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie abusive — Droit à une défense pleine et entière — Interception de communications privées — Refus aux accusés du droit de contre-interroger le policier ayant déposé l'affidavit à l'appui des autorisations d'écoute électronique — L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger le déposant est-elle compatible avec les principes de la Charte?

Au cours d'une enquête policière, M, de son propre aveu un trafiquant de drogue et un petit délinquant, a accepté de « porter un micro-émetteur » et d'agir comme mandataire de la police. Sur la base de son entente avec M, la police a présenté une demande d'autorisation d'écoute électronique avec consentement en vertu de l'art. 184.2 du *Code criminel*. L'affidavit requis a été souscrit et un juge a accordé une autorisation permettant l'interception des communications privées des deux accusés et de leurs associés lorsque l'un d'eux parlait avec M. Les accusés ont par la suite été inculpés d'un certain nombre d'infractions liées à la drogue. Au procès, les accusés ont contesté l'admissibilité des enregistrements des conversations interceptées. Ils ont prétendu que les conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation n'avaient pas été remplies et que l'on avait porté atteinte au droit que leur garantit l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour appuyer cette demande fondée sur la *Charte*, les accusés ont demandé la permission de contre-interroger le policier relativement à son affidavit. S'appuyant sur l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, le juge du procès a refusé l'autorisation de contre-interroger le déposant et a finalement déclaré la preuve d'écoute électronique admissible. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge du procès et conclu que l'autorisation de contre-interroger avait à bon droit été refusée.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

L'approche adoptée dans l'arrêt *Garofoli* relativement au contre-interrogatoire est compatible avec les principes de la *Charte*. Selon le critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Garofoli*, la défense doit démontrer qu'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du déposant apporte un témoignage probant à l'égard de la question soumise à l'appréciation du juge siégeant en révision. Ce critère repose sur deux principes de base en matière de preuve : la pertinence et le caractère substantiel. Il découle également de préoccupations relatives à la longueur des procédures et,

constitutional right to adduce irrelevant or immaterial evidence. The *Garofoli* threshold test is nothing more than a means of ensuring that, when a s. 8 *Charter* challenge is initiated, the proceedings remain focussed and on track. [3] [31]

There is no need to revisit *Garofoli* in view of subsequent legislative amendments and jurisprudential developments. The leave requirement to cross-examine strikes an appropriate balance between the entitlement to cross-examination as an aspect of the right to make full answer and defence, and the public interest in the fair, but efficient, use of judicial resources and the timely determination of criminal proceedings. While the right to cross-examine is of fundamental significance to the criminal trial process, it is neither unlimited nor absolute. The extent to which it becomes a necessary adjunct to the right to make full answer and defence depends on the context. An important contextual factor is the accused's right to full disclosure. The defence not only has access to all the documents relating to the authorization, but is also entitled to all material in the possession or control of the Crown that is potentially relevant to the case. Another relevant contextual factor is the important distinction between the right to test evidence introduced at the trial on the merits and the threshold evidentiary hearing to determine the admissibility of that evidence. The *Garofoli* review hearing is not intended to test the merits of any of the Crown's allegations in respect of the offence. The truth of the allegations asserted in the affidavit as they relate to the essential elements of the offence remain to be proved by the Crown on the trial proper. Rather, the review is simply an evidentiary hearing to determine the admissibility of relevant evidence about the offence obtained pursuant to a presumptively valid court order. The statutory preconditions for wiretap authorizations will vary depending on the language of the provision that governs their issuance. The reviewing judge on a *Garofoli* hearing only inquires into whether there was any basis upon which the authorizing judge could be satisfied that the relevant statutory preconditions existed. There is thus only a relatively narrow basis for exclusion. Even if it is established that information contained within the affidavit is inaccurate, or that a material fact was not disclosed, this will not necessarily detract from the existence of the statutory preconditions. In the end analysis, the admissibility of the wiretap evidence will not be impacted under

dans bien des cas, à la nécessité de protéger l'identité des informateurs. La règle ne porte pas atteinte au droit à une défense pleine et entière. Il n'existe aucun droit constitutionnel de produire des éléments de preuve non pertinents ou non substantiels. Le critère préliminaire énoncé dans *Garofoli* n'est rien de plus qu'un moyen de s'assurer que, une fois la contestation fondée sur l'art. 8 engagée, l'instance demeure sur la bonne voie. [3] [31]

Il n'est pas nécessaire de revoir l'arrêt *Garofoli* au regard des modifications apportées depuis à la loi et de l'évolution de la jurisprudence. L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger établit un juste équilibre entre le droit au contre-interrogatoire en tant qu'élément du droit à une défense pleine et entière, et l'intérêt du public dans l'utilisation équitable mais efficace des ressources judiciaires et le règlement diligent des instances criminelles. Bien que le droit de contre-interroger revête incontestablement une importance fondamentale dans les procès criminels, il n'est ni illimité ni absolu. La mesure dans laquelle il devient un complément indispensable du droit à une défense pleine et entière dépend du contexte. Le droit de l'accusé à une communication complète est un facteur contextuel important. La défense a non seulement accès à tous les documents relatifs à l'autorisation, elle a aussi droit à tous les documents potentiellement pertinents en la possession du ministère public ou relevant de lui. La distinction importante entre le droit de vérifier au fond la validité de la preuve présentée au procès et l'audition préliminaire de la preuve pour déterminer l'admissibilité de celle-ci constitue un autre facteur contextuel pertinent. L'audience en révision de type *Garofoli* n'a pas pour objet de vérifier le bien-fondé de l'une ou l'autre des allégations du ministère public concernant l'infraction. La véracité des allégations relatives aux éléments essentiels de l'infraction contenues dans l'affidavit reste à être prouvée par le ministère public au procès proprement dit. Au contraire, cette révision n'est qu'une simple audition de la preuve en vue de déterminer l'admissibilité de la preuve pertinente relative à l'infraction obtenue en vertu d'une ordonnance du tribunal présumée valide. Les conditions légales préalables qui doivent être respectées pour obtenir une autorisation d'écoute électronique varient selon le libellé de la disposition en régissant la délivrance. La seule question que se pose le juge siégeant en révision à l'occasion d'une audience de type *Garofoli* est de savoir s'il existait des motifs qui permettaient au juge ayant accordé l'autorisation d'être convaincu de la présence des conditions légales préalables pertinentes. Les motifs justifiant l'exclusion sont donc relativement restreints. Même s'il est établi que les renseignements contenus dans l'affidavit sont inexacts, ou qu'un fait substantiel n'a pas été communiqué, cela ne réfutera pas nécessairement la

s. 8 if there remains a sufficient basis for issuance of the authorization. [3] [25-30]

In the circumstances of this case, the trial judge did not err in denying the accused leave to cross-examine the affiant. There was no reasonable likelihood that cross-examination would elicit evidence of any probative value to the issue for consideration on a review of the authorization. The material issue for consideration on the *voir dire* in this case is whether at the time of granting the authorization there existed, on an objective basis, reasonable grounds to believe that: (a) an offence was or will be committed and (b) information concerning the offence will be obtained by the proposed interception. There is no contention that the information provided to the affiant by M, if reasonably credible, is insufficient to establish the requisite grounds. Although the affiant's own credibility may be material on a *Garofoli* hearing, the proposed cross-examination could, at best, reveal that the affiant overstated the potential value of polygraph results in support of his belief in M's truthfulness. This is insufficient to meet the *Garofoli* threshold. [4] [61-68]

The threshold test for determining whether cross-examination should be allowed is separate and distinct from the ultimate question of whether the authorization is valid. Hence, in determining whether the threshold test has been met, the trial judge cannot decide the question simply on the basis that other parts of the affidavit would support the authorization. The focus, rather, must be on the likely effect of the proposed cross-examination and on whether there is a reasonable likelihood that it will undermine the basis of the authorization. If the test is met, it is only at the conclusion of the *voir dire* that the trial judge will determine whether, on the basis of the amplified record, there still remains a basis for the authorization. However, the trial judge's apparent collapse of the two tests was of no consequence in this case. [69]

Cases Cited

Applied: *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; **referred to:** *R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, aff'd [1980] 1 S.C.R. 785 (*sub nom. Charette v. The Queen*); *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Bordage* (2000), 146 C.C.C. (3d) 549; *R. v.*

présence des conditions légales préalables. En dernière analyse, l'admissibilité de la preuve d'écoute électronique ne sera aucunement affectée par l'art. 8 s'il subsiste un fondement suffisant pour justifier la délivrance de l'autorisation. [3] [25-30]

Dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant aux accusés la permission de contre-interroger le déposant. Il n'existait aucune probabilité raisonnable qu'un contre-interrogatoire apporte un élément de preuve probant quant à la question soulevée dans le cadre d'une révision de l'autorisation. En l'espèce, la question substantielle à examiner dans le voir-dire est de savoir s'il existait objectivement, au moment où l'autorisation a été accordée, des motifs raisonnables de croire : a) qu'une infraction avait été ou serait commise; b) que des renseignements relatifs à l'infraction seraient obtenus au moyen de l'interception envisagée. Nul ne prétend que les renseignements fournis au déposant par M, s'ils sont raisonnablement crédibles, ne suffisent pas à établir l'existence des motifs requis. Quoique la crédibilité du déposant lui-même puisse être déterminante à l'occasion d'une audience de type *Garofoli*, le contre-interrogatoire projeté pouvait tout au plus révéler que le déposant avait surestimé la valeur potentielle des résultats du test polygraphique à l'appui de sa croyance en la franchise de M. Cela ne suffit pas pour satisfaire au critère de l'arrêt *Garofoli*. [4] [61-68]

Le critère préliminaire applicable pour décider s'il y a lieu de permettre le contre-interrogatoire est distinct de la question ultime de la validité de l'autorisation. En conséquence, pour déterminer si le critère préliminaire a été respecté, le juge du procès ne peut se contenter de vérifier si les autres parties de l'affidavit auraient étayé l'autorisation. Il doit s'attacher à l'effet probable du contre-interrogatoire projeté et à la probabilité raisonnable que celui-ci sape le fondement de l'autorisation. Si le critère est respecté, ce n'est qu'à la fin du voir-dire que le juge du procès déterminera, sur la base d'un dossier étoffé par un complément de preuve, s'il reste un fondement à l'autorisation. Toutefois, la fusion des deux critères qu'a apparemment opérée le juge du procès n'a aucune incidence en l'espèce. [69]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; **arrêts mentionnés :** *R. c. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497, conf. par [1980] 1 R.C.S. 785 (*sub nom. Charette c. La Reine*); *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *Franks c. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Bordage*, [2000]

Araujo, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193, leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R. xvi; *R. v. Durette* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490; *R. v. Williams* (2003), 181 C.C.C. (3d) 414; *R. v. Silvini* (1997), 96 O.A.C. 310; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.11(2)(*a*), 178.12(1)(*e*), 178.13(2)(*c*), 178.16.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 184.2, 185, 187(1.4), 189(5), 254(3), 276(1), 278.2.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Southin and Newbury JJ.A.) (2004), 193 B.C.A.C. 42, 316 W.A.C. 42, 183 C.C.C. (3d) 232, 116 C.R.R. (2d) 100, [2004] B.C.J. No. 83 (QL), 2004 BCCA 33, upholding the accused's convictions on conspiracy and drug-related charges. Appeals dismissed.

Kenneth S. Westlake and *Eric V. Gottardi*, for the appellant Pires.

Gregory P. DelBigio, for the appellant Lising.

S. David Frankel, Q.C., and *Ronald C. Reimer*, for the respondent.

Alexander D. Smith and *Scott C. Hutchison*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Michael Code, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Introduction

The appellants were convicted of several drug-related charges. Their trial before judge and jury

J.Q. nº 2045 (QL); *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193, autorisation d'appel refusée, [1997] 2 R.C.S. xvi; *R. c. Durette* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490; *R. c. Williams* (2003), 181 C.C.C. (3d) 414; *R. c. Silvini* (1997), 96 O.A.C. 310; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 184.2, 185, 187(1.4), 189(5), 254(3), 276(1), 278.2.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.11(2)*a*), 178.12(1)*e*), 178.13(2)*c*), 178.16.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Southin et Newbury) (2004), 193 B.C.A.C. 42, 316 W.A.C. 42, 183 C.C.C. (3d) 232, 116 C.R.R. (2d) 100, [2004] B.C.J. No. 83 (QL), 2004 BCCA 33, qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre les accusés relativement à des accusations de complot et à des infractions liées à la drogue. Pourvois rejetés.

Kenneth S. Westlake et *Eric V. Gottardi*, pour l'appelant Pires.

Gregory P. DelBigio, pour l'appelant Lising.

S. David Frankel, c.r., et *Ronald C. Reimer*, pour l'intimée.

Alexander D. Smith et *Scott C. Hutchison*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

M. Joyce DeWitt-Van Oosten, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Michael Code, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

Les appelants ont été déclarés coupables relativement à plusieurs chefs d'accusation liés à la 1

occupied 77 days. The sole issue on this appeal is whether the appellants were wrongfully denied leave to cross-examine the affiant who filed in support of the first of several wiretap authorizations utilized during the investigation. The appellants sought leave to cross-examine the peace officer in support of their challenge to the admissibility of the wiretap evidence obtained pursuant to the judicial authorization. The trial judge, applying the law set out in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, held that the appellants had not made out a basis for the cross-examination. He dismissed their application to cross-examine the peace officer and, at the conclusion of the hearing, confirmed the validity of the authorization. His ruling was affirmed on appeal ((2004), 193 B.C.A.C. 42, 2004 BCCA 33).

2 The appellants urge this Court to abandon the approach adopted in *Garofoli* and to hold that an accused, on a challenge to the admissibility of wiretap evidence, is entitled as of right to cross-examine the affiant who filed in support of the authorization. They submit that the *Garofoli* leave requirement is no longer justified and constitutes an unconstitutional limitation on the right to make full answer and defence. Alternatively, they submit that the courts below interpreted the *Garofoli* standard too strictly in denying them leave to cross-examine the affiant even though, in the opinion of the trial judge, part of the affidavit contained what "appear[ed] to be" misleading evidence.

3 There is no question that the right to cross-examine is of fundamental significance to the criminal trial process. However, it is neither unlimited nor absolute. The extent to which it becomes a necessary adjunct to the right to make full answer and defence depends on the context. The *Garofoli* threshold test requires that the defence show a reasonable likelihood that cross-examination of the affiant will elicit testimony of probative value to the issue for consideration by the reviewing judge.

drogue. Leur procès devant juge et jury a duré 77 jours. La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les appelants se sont vu refuser à tort la permission de contre-interroger le déposant qui avait souscrit l'affidavit à l'appui de la première d'une série d'autorisations d'écoute électronique utilisées durant l'enquête. Les appelants souhaitaient contre-interroger l'agent de la paix pour appuyer leur contestation de l'admissibilité de la preuve obtenue par écoute électronique grâce à l'autorisation judiciaire. Appliquant les règles énoncées dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, le juge du procès a conclu que les appelants n'avaient pas établi de fondement justifiant le contre-interrogatoire. Il leur a refusé le droit de contre-interroger l'agent de la paix et a confirmé, au terme de l'audience, la validité de l'autorisation. Sa décision a été confirmée en appel ((2004), 193 B.C.A.C. 42, 2004 BCCA 33).

Les appelants invitent notre Cour à abandonner l'approche adoptée dans l'arrêt *Garofoli* et à statuer que, en cas de contestation de l'admissibilité d'une preuve obtenue par écoute électronique, l'accusé peut de plein droit contre-interroger le déposant qui a témoigné à l'appui de la demande d'autorisation. D'une part, ils prétendent que l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger prescrite dans *Garofoli* n'est plus justifiée et constitue une restriction inconstitutionnelle du droit à une défense pleine et entière. D'autre part, ils font valoir que les juridictions inférieures ont interprété trop strictement la norme fixée dans l'arrêt *Garofoli* en leur refusant le droit de contre-interroger le déposant, et ce, même si selon le juge du procès une partie de l'affidavit contenait ce qui [TRADUCTION] « sembl[ait] être » des éléments de preuve trompeurs.

Le droit de contre-interroger revêt incontestablement une importance fondamentale dans les procès criminels. Cependant, ce droit n'est ni illimité ni absolu. La mesure dans laquelle il devient un complément indispensable du droit à une défense pleine et entière dépend du contexte. Selon le critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Garofoli*, la défense doit démontrer qu'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du déposant apporte un témoignage probant à l'égard de la question soumise

It is grounded in two basic principles of evidence: relevance and materiality. It is also born out of concerns about the prolixity of proceedings and, in many cases, the need to protect the identity of informants. The rule does not infringe the right to make full answer and defence. There is no constitutional right to adduce irrelevant or immaterial evidence. Further, the leave requirement strikes an appropriate balance between the entitlement to cross-examination as an aspect of the right to make full answer and defence, and the public interest in the fair, but efficient, use of judicial resources and the timely determination of criminal proceedings.

I therefore conclude that the *Garofoli* threshold test meets constitutional standards. Further, I am not persuaded that the trial judge erred in denying the appellants leave to cross-examine the affiant in the circumstances of this case. I would therefore dismiss the appeal.

I will first review the principles established in *Garofoli*. Next, I will deal with the alleged unconstitutionality of the leave requirement. Finally, I will review the proceedings below and give my reasons for concluding that this Court should not intervene with the trial judge's ruling.

2. The *Garofoli* Leave Requirement

In the years leading up to *Garofoli* and its companion cases, the law with respect to testing the admissibility of wiretap evidence had become what Sopinka J. described as a "procedural quagmire" (*Garofoli*, at p. 1445). The various procedures, each addressing a discrete procedural challenge and drawing on different bases for jurisdiction, had generally become known by the name of the cases that initiated them. They were the following:

à l'appréciation du juge siégeant en révision. Ce critère repose sur deux principes de base en matière de preuve : la pertinence et le caractère substantiel. Il découle également de préoccupations relatives à la longueur des procédures et, dans bien des cas, à la nécessité de protéger l'identité des informateurs. La règle ne porte pas atteinte au droit à une défense pleine et entière. Il n'existe aucun droit constitutionnel de produire des éléments de preuve non pertinents ou non substantiels. En outre, l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger établit un juste équilibre entre le droit au contre-interrogatoire en tant qu'élément du droit à une défense pleine et entière, et l'intérêt du public dans l'utilisation équitable mais efficace des ressources judiciaires et le règlement diligent des instances criminelles.

Je conclus donc que le critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Garofoli* est conforme aux normes constitutionnelles. De plus, je ne suis pas convaincue que, dans les circonstances de l'espèce, le juge du procès a commis une erreur en refusant aux appelants la permission de contre-interroger le déposant. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi. 4

J'analyserai d'abord les principes établis dans l'arrêt *Garofoli*. Je me pencherai ensuite sur l'argument relatif à l'inconstitutionnalité de l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger. Enfin, j'examinerai les procédures qui ont eu lieu devant les juridictions inférieures et j'expliquerai pourquoi notre Cour ne devrait pas, à mon avis, modifier la décision du juge du procès. 5

2. L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger prescrite dans *Garofoli*

Dans les années ayant précédé l'arrêt *Garofoli* et les arrêts connexes, le droit en matière d'admissibilité de la preuve obtenue par écoute électronique était devenu, selon les termes du juge Sopinka, un « fouillis procédural » (*Garofoli*, p. 1445). Les diverses procédures, dont chacune concernait une contestation procédurale distincte et reposait sur des assises juridictionnelles différentes, portaient généralement le nom des affaires dans lesquelles elles avaient été engagées. Il s'agissait des procédures suivantes : 6

(1) a *Parsons voir dire* before the trial judge to determine whether the authorization is valid on its face whether the interception was executed within its terms, and whether statutory terms were complied with, the remedy being exclusion under the former s. 178.16 of the *Criminal Code* (*R. v. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (Ont. C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 785 (*sub nom. Charette v. The Queen*));

(2) a *Wilson* application before the issuing court to determine the substantive or subfacial validity of the affidavit, the remedy being the setting aside of the authorization (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594);

(3) a *Garofoli* hearing before the trial judge to determine whether the authorization complies with s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the remedy being a determination of whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*; and

(4) a *Vanweenan* hearing before the trial judge to determine whether the authorization names all "known" persons as required by the former ss. 178.12(1)(*e*) and 178.13(2)(*c*) of the *Criminal Code*, the remedy being exclusion under the former s. 178.16 (*R. v. Chesson*, [1988] 2 S.C.R. 148).

7 This Court in *Garofoli* consolidated these hearings, wiping away much of the complexity created by the earlier litigation, by using the overriding constitutional nature of the challenge to the admissibility of the evidence as the relevant framework of analysis. In adopting this approach, jurisdictional issues were resolved and any court authorized to entertain a *Charter* challenge has jurisdiction to conduct a full substantive review of the authorization.

8 The admissibility of wiretap evidence is therefore governed by the following principles.

(1) un voir-dire de type *Parsons* devant le juge du procès pour déterminer si, à la lecture de son texte, l'autorisation est valide, si l'interception a été effectuée conformément aux modalités prévues et si les conditions prescrites par la loi ont été respectées, la réparation en cas de manquement étant l'exclusion en vertu de l'ancien art. 178.16 du *Code criminel* (*R. c. Parsons* (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 (C.A. Ont.), conf. par [1980] 1 R.C.S. 785 (*sub nom. Charette c. La Reine*));

(2) une demande de type *Wilson* devant le tribunal ayant accordé l'autorisation pour déterminer si l'affidavit est valide quant au fond, la réparation étant l'annulation de l'autorisation (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594);

(3) une audience de type *Garofoli* devant le juge du procès pour déterminer si l'autorisation est conforme à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la réparation étant une décision concernant l'opportunité d'exclure la preuve en vertu du par. 24(2) de la *Charte*;

(4) une audience de type *Vanweenan* devant le juge du procès pour déterminer si l'autorisation identifie toutes les personnes « connues », comme l'exigeaient les anciens al. 178.12(1)*e*) et 178.13(2)*c*) du *Code criminel*, la réparation étant l'exclusion en vertu de l'ancien art. 178.16 (*R. c. Chesson*, [1988] 2 R.C.S. 148).

Dans l'arrêt *Garofoli*, notre Cour a regroupé ces procédures et éliminé une bonne partie de la complexité engendrée par la jurisprudence antérieure en se servant du caractère constitutionnel prépondérant de la contestation de l'admissibilité de la preuve comme cadre d'analyse pertinent. Cette approche a permis de résoudre les questions de compétence, de sorte que tout tribunal habilité à connaître d'une contestation fondée sur la *Charte* a désormais compétence pour procéder à un examen au fond complet de l'autorisation.

L'admissibilité de la preuve recueillie par écoute électronique est donc régie par les principes suivants.

(1) Wiretaps constitute a search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* (*R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30). Therefore, the statutory provisions authorizing them must conform to the minimum constitutional requirements demanded by s. 8.

In *Duarte*, at p. 60 the Court held that the wiretap provision of the *Criminal Code* authorizing the interception of private communications under judicial authorization (the former s. 178.12, now s. 185 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46), was consonant with the rights guaranteed by s. 8 of the *Charter*. However, the Court held that the interception of private communications by the state, with the consent of the originator or intended recipient thereof but without prior judicial authorization, infringed s. 8. In response to *Duarte*, s. 184.2 was enacted permitting the interception of private communications with the consent of a participant under judicial authorization. As will be discussed later, the authorization in this case was obtained under s. 184.2. The appellants challenged the constitutionality of s. 184.2 at trial; the trial judge rejected their argument and his ruling was not challenged on appeal.

(2) Without substantive compliance with the statutory regime, the wiretap is illegal and, given the consonance between the statutory provisions and the constitutional requirements, also unconstitutional.

The statutory preconditions for wiretap authorizations will vary depending on the language of the provision that governs their issuance. The application for an authorization is made *ex parte* and in writing to a judge. The authorizing judge must be satisfied on the basis of affidavit evidence that the applicable statutory conditions have been met.

(3) When an accused later asserts that the wiretap infringed his s. 8 *Charter* right, the reviewing judge must determine whether the interception constitutes an unreasonable search or seizure.

(1) L'écoute électronique constitue une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* (*R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30). En conséquence, les dispositions législatives en vertu desquelles elle est autorisée doivent respecter les exigences constitutionnelles minimales de l'art. 8.

Dans l'arrêt *Duarte*, p. 60, la Cour a conclu que la disposition du *Code criminel* permettant l'interception de communications privées en vertu d'une autorisation judiciaire (l'ancien art. 178.12, devenu l'art. 185 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46), était conforme aux droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Elle a toutefois statué que l'interception de communications privées par l'État, avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à laquelle elle est destinée mais sans autorisation judiciaire préalable, violait l'art. 8. Par suite de l'arrêt *Duarte*, l'art. 184.2 a été adopté pour permettre l'interception de communications privées avec le consentement d'un des interlocuteurs sur autorisation judiciaire. Comme nous le verrons plus loin, l'autorisation a en l'espèce été obtenue en vertu de l'art. 184.2. Au procès, les appelants ont contesté la constitutionnalité de cette disposition; le juge du procès a rejeté leur argument, et sa décision n'a pas été contestée en appel.

(2) Si elle n'est pas conforme pour l'essentiel au régime établi par la loi, l'écoute électronique est illégale et, vu la correspondance entre les dispositions législatives et les exigences constitutionnelles, elle est également inconstitutionnelle.

Les conditions légales préalables à la délivrance d'une autorisation d'écoute électronique varient selon le libellé de la disposition pertinente. Les demandes d'autorisation sont présentées *ex parte* et par écrit à un juge, lequel doit être convaincu, sur la foi d'une preuve par affidavit, que les conditions prescrites par la loi sont remplies.

(3) Lorsque l'accusé soutient par la suite que l'écoute électronique a porté atteinte au droit que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*, le juge siégeant en révision doit déterminer si

This involves an inquiry into whether the statutory preconditions have been met.

The review is based on the documents relating to the authorization (available to the defence upon request under s. 187(1.4) of the *Criminal Code*) and the submissions of counsel. Further evidence may be adduced at the review hearing. If the reviewing judge concludes that, on the material before the authorizing judge as amplified by any evidence taken on review, there was no basis upon which the authorizing judge could be satisfied that the preconditions for the granting of the authorization existed, the reviewing judge will conclude that the search or seizure contravened s. 8 of the *Charter*. The review is not a hearing *de novo*. The proper standard of review was explained in *Garofoli* as follows:

> The reviewing judge does not substitute his or her view for that of the authorizing judge. If, based on the record which was before the authorizing judge as amplified on the review, the reviewing judge concludes that the authorizing judge could have granted the authorization, then he or she should not interfere. In this process, the existence of fraud, non-disclosure, misleading evidence and new evidence are all relevant, but, rather than being a prerequisite to review, their sole impact is to determine whether there continues to be any basis for the decision of the authorizing judge. [p. 1452]

(4) In cases where the wiretap contravened s. 8 of the *Charter*, the reviewing judge determines whether the evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*.

The absolute statutory exclusionary rule in the former s. 178.16 avoided any need to address s. 24(2). The automatic statutory exclusion has since been repealed in 1993 and any remedy resulting from a finding of unconstitutionality must be determined in accordance with s. 24(2) of the *Charter*. The appellants rely in part on these 1993 amendments in support of their contention that *Garofoli* should be revisited. I will deal with this argument later.

l'interception constitue une perquisition ou une saisie abusive, ce qui implique de vérifier s'il y a eu respect des conditions légales préalables.

La révision porte sur les documents relatifs à l'autorisation (que la défense peut obtenir sur demande suivant le par. 187(1.4) du *Code criminel*) et les observations des avocats, ainsi que sur les éléments de preuve additionnels qui peuvent y être présentés. Si le juge qui préside l'audience estime que, vu les documents dont disposait le juge ayant accordé l'autorisation et le complément de preuve présenté, rien ne permettait d'établir la présence des conditions préalables à la délivrance de l'autorisation, il conclura que la fouille, perquisition ou saisie contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*. La révision ne constitue pas une nouvelle audition de la demande. La norme de contrôle applicable a été expliquée comme suit dans l'arrêt *Garofoli* :

> Le juge qui siège en révision ne substitue pas son opinion à celle du juge qui a accordé l'autorisation. Si, compte tenu du dossier dont disposait le juge qui a accordé l'autorisation et complété lors de la révision, le juge siégeant en révision, conclut que le juge qui a accordé l'autorisation pouvait le faire, il ne devrait pas intervenir. Dans ce processus, la fraude, la non-divulgation, la déclaration trompeuse et les nouveaux éléments de preuve sont tous des aspects pertinents, mais au lieu d'être nécessaires à la révision leur seul effet est d'aider à décider s'il existe encore un fondement quelconque à la décision du juge qui a accordé l'autorisation. [p. 1452]

(4) Dans les cas où il estime que l'écoute électronique contrevenait à l'art. 8 de la *Charte*, le juge siégeant en révision décide si la preuve doit être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

La règle d'exclusion absolue que comportait l'ancien art. 178.16 rendait inutile l'examen fondé sur le par. 24(2). L'exclusion automatique a été abrogée en 1993, et toute réparation découlant d'une conclusion d'inconstitutionnalité doit désormais être déterminée conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Les appelants se fondent en partie sur ces modifications de 1993 pour étayer leur prétention selon laquelle il convient de revoir l'arrêt *Garofoli*. J'examinerai cet argument plus loin.

It is within this overarching review of the "procedural quagmire" that the cross-examination issue was considered in *Garofoli*. In *Garofoli*, as in this case, the defence argued that an accused on a review hearing was entitled, as of right, to cross-examine the affiant who filed in support of a judicial authorization. The Crown, on the other hand, relying on the leading authority of *Franks v. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), at pp. 155-56, contended that an accused must first make "a substantial preliminary showing that a false statement knowingly and intentionally, or with reckless disregard for the truth, was included by the affiant in the warrant affidavit". This Court resolved the issue by adopting a middle ground between the two competing positions advanced by the parties.

A majority of the Court rejected the restrictive American approach. Subject to the protection of the identity of informants and the concern with respect to the prolongation of proceedings, Sopinka J. saw no reason for such a drastic curtailment of the right to cross-examine. The defence position was also rejected. With respect to informants, the Court held that there is no right to cross-examine. The informant is not a witness and, in the case of a confidential informant, cannot be identified unless the accused brings himself within the "innocence at stake" exception. With respect to the affiant, the Court recognized the need to circumscribe the cross-examination within reasonable limits. First, there would need to be a threshold showing of a basis for embarking on an enquiry and second, when permitted, the cross-examination should be confined to questions directed to the issue for consideration by the court. Sopinka J. described the test as follows:

> With respect to prolixity, I am in favour of placing reasonable limitations on the cross-examination. Leave must be obtained to cross-examine. The granting of leave must be left to the exercise of the discretion of the trial judge. Leave should be granted when the trial judge is satisfied that cross-examination is necessary to

C'est dans le cadre de cette revue complète du « fouillis procédural » que la question du contre-interrogatoire a été examinée dans *Garofoli*. Dans cette affaire, tout comme en l'espèce, la défense avait fait valoir que, dans le cadre d'une audience en révision, l'accusé pouvait contre-interroger de plein droit le déposant ayant souscrit l'affidavit à l'appui d'une demande d'autorisation judiciaire. S'appuyant sur l'arrêt de principe *Franks c. Delaware*, 438 U.S. 154 (1978), p. 155-156, le ministère public avait soutenu pour sa part que l'accusé devait d'abord faire [TRADUCTION] « une solide démonstration préliminaire que le déposant avait fait une fausse déclaration dans l'affidavit relatif au mandat, et ce, sciemment et volontairement ou en manifestant une insouciance déréglée ou téméraire à l'égard de la vérité ». Notre Cour a résolu la question en établissant un moyen terme entre les deux positions opposées défendues par les parties. 9

Les juges majoritaires de la Cour ont rejeté l'approche restrictive américaine. Sous réserve de la protection de l'identité des informateurs et des préoccupations relatives à la prolongation des procédures, le juge Sopinka ne voyait aucune raison de restreindre si sévèrement le droit de contre-interroger. La position de la défense a également été rejetée. S'agissant des informateurs, la Cour a conclu qu'il n'existe aucun droit de les contre-interroger. L'informateur n'est pas un témoin et on ne peut, dans le cas d'un informateur confidentiel, l'identifier à moins que ne s'applique l'exception relative à la « démonstration de l'innocence de l'accusé ». Pour ce qui est du déposant, la Cour a reconnu la nécessité de circonscrire le contre-interrogatoire à l'intérieur de limites raisonnables. D'abord, il devait y avoir une démonstration préalable de l'existence de motifs justifiant une enquête, ensuite, une fois autorisé, le contre-interrogatoire devait se limiter aux questions touchant au point soumis à l'appréciation du tribunal. Le juge Sopinka a décrit ainsi le critère : 10

> Quant à l'argument de la longueur du contre-interrogatoire, je suis en faveur de limites raisonnables. Il faut obtenir l'autorisation de contre-interroger. Cette autorisation relève de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et devrait être accordée lorsqu'il est convaincu que le contre-interrogatoire est nécessaire

enable the accused to make full answer and defence. A basis must be shown by the accused for the view that the cross-examination will elicit testimony tending to discredit the existence of one of the preconditions to the authorization, as for example the existence of reasonable and probable grounds.

When permitted, the cross-examination should be limited by the trial judge to questions that are directed to establish that there was no basis upon which the authorization could have been granted. The discretion of the trial judge should not be interfered with on appeal except in cases in which it has not been judicially exercised. While leave to cross-examine is not the general rule, it is justified in these circumstances in order to prevent an abuse of what is essentially a ruling on the admissibility of evidence. [p. 1465]

pour permettre à l'accusé de préparer une défense complète. L'accusé doit démontrer qu'il y a des motifs de penser que le contre-interrogatoire apportera un témoignage tendant à réfuter la présence d'une des conditions préalables à l'autorisation, dont par exemple l'existence de motifs raisonnables et probables.

Une fois autorisé, le contre-interrogatoire devrait être limité par le juge du procès aux questions qui visent à établir qu'il n'y avait aucun fondement justifiant la délivrance de l'autorisation. Il conviendrait de ne pas intervenir en appel dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf dans les cas où il n'a pas été exercé de façon judiciaire. Bien que l'autorisation de contre-interroger ne soit pas la règle générale, elle est justifiée dans ces circonstances pour prévenir un abus de ce qui équivaut essentiellement à une décision sur la recevabilité de la preuve. [p. 1465]

3. Constitutionality of the Leave Requirement

3. Constitutionnalité de l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger

3.1 *The Appellants' Argument*

3.1 *L'argumentation des appelants*

11 As noted earlier, the appellants contend that the *Garofoli* requirement of showing a basis for the cross-examination of an affiant is no longer justifiable and that cross-examination should be permitted as of right. They advance three main arguments in support of their position. I will deal with each in turn.

Comme nous l'avons vu, les appelants affirment que l'obligation, prescrite dans *Garofoli*, de démontrer qu'il existe des motifs de contre-interroger un déposant n'est plus justifiée, et qu'on devrait pouvoir procéder de plein droit à ce contre-interrogatoire. Ils invoquent trois arguments principaux à l'appui de leur position. Je vais les examiner à tour de rôle.

3.1.1 Have the 1993 *Criminal Code* Amendments Changed the Legal Landscape?

3.1.1 Les modifications apportées au *Code criminel* en 1993 ont-elles remodelé le cadre juridique?

12 First, the appellants contend that the current regime under Part VI of the *Criminal Code* is "quite different" from the statutory scheme that was in place when *Garofoli* was decided. Under the previous statutory scheme, the general rule in respect of wiretap evidence was exclusionary. The evidence was *inadmissible* unless the Crown could bring it within one of the statutory exceptions and show that "the interception was lawfully made". Hence, if the wiretap did not meet the statutory preconditions, the evidence could not be admitted against the accused. Under the present regime, it is the accused who bears the burden on a s. 24 *Charter* application of proving that his rights were violated and the remedy, rather than being an

Premièrement, les appelants soutiennent que le régime actuel, prévu à la partie VI du *Code criminel*, est [TRADUCTION] « très différent » du régime législatif qui était en vigueur au moment où l'arrêt *Garofoli* a été prononcé. Sous l'ancien régime, l'exclusion était la règle générale en matière d'écoute électronique. La preuve était *inadmissible* à moins que le ministère public ne prouve qu'elle relevait d'une des exceptions prévues par la loi et ne démontre que « l'interception [avait] été faite légalement ». Ainsi, si l'écoute électronique ne satisfaisait pas aux conditions préalables prévues par la loi, la preuve ne pouvait être admise contre l'accusé. Dans le régime actuel, c'est l'accusé qui, dans le cadre d'une demande fondée sur l'art. 24 de la

automatic exclusion, is left to be determined under s. 24(2) of the *Charter*. The appellants argue that the repeal of the former exclusionary rule has effectively shifted the onus in relation to the admissibility of wiretap evidence from the Crown to the accused. Hence they submit that under the current statutory scheme, where the accused bears the onus of proof, it is inconsistent with the right to make full answer and defence that the accused also bear an evidentiary burden to demonstrate that the cross-examination of the affiant on the supporting affidavit is necessary.

Charte, a le fardeau de prouver qu'on a porté atteinte à ses droits, et la réparation, au lieu d'être l'exclusion automatique, doit être déterminée au regard du par. 24(2) de la *Charte*. Les appelants font valoir que l'abrogation de l'ancienne règle d'exclusion a eu pour effet de déplacer — du ministère public à l'accusé — le fardeau en matière d'admissibilité de la preuve d'écoute électronique. En conséquence, ils affirment que sous le régime législatif actuel, où le fardeau de la preuve incombe à l'accusé, lui faire porter également le fardeau de démontrer la nécessité de contre-interroger le déposant relativement à son affidavit est incompatible avec le droit à une défense pleine et entière.

I am not persuaded by this argument. As I will explain, the alleged effect of these amendments on who bears the ultimate onus of proof in respect of the admissibility of the evidence is more illusory than real. 13

Cet argument ne me convainc pas. Comme je l'explique plus loin, le prétendu effet de ces modifications sur le fardeau ultime en matière d'admissibilité de la preuve est plus illusoire que réel.

The repeal of the "lawful interception" statutory precondition to the admissibility of the intercepted communications removed the need for the Crown to prove two of the three matters which had been the subject of the *Parsons voir dire*: the facial validity of the authorization, and whether it had been implemented in accordance with its terms (see *Garofoli*, p. 1445). (The obligation to prove reasonable notice of the intention to introduce the evidence remains by virtue of s. 189(5) of the *Criminal Code*.) 14

La suppression de l'« interception légale » comme condition préalable à l'admissibilité des communications interceptées a fait disparaître la nécessité pour le ministère public de prouver deux des trois éléments qui faisaient l'objet du voir-dire de type *Parsons* : la validité apparente de l'autorisation et le respect de ses modalités d'exécution (voir *Garofoli*, p. 1445). (L'obligation de prouver qu'un préavis raisonnable de l'intention de produire l'élément de preuve a été donné demeure en vertu du par. 189(5) du *Code criminel*.)

Insofar as the facial validity of the authorization is concerned, the 1993 amendments have no real practical effect on the accused's onus. The first question to be determined on a *Charter* challenge is whether the search is authorized by law. In order to answer this question, the reviewing judge must determine whether the *Criminal Code* provisions have been satisfied. While the accused bears the onus of proving the alleged *Charter* violation, in answer to the accused's challenge, the evidentiary burden of producing a facially valid authorization will inevitably remain on the Crown, failing which the accused will have met his persuasive burden on this point with ease. 15

Pour ce qui est de la validité apparente de l'autorisation, les modifications de 1993 n'ont aucune incidence concrète sur le fardeau de preuve de l'accusé. La première question qui se pose dans une contestation fondée sur la *Charte* est de savoir si la fouille ou perquisition est autorisée par la loi. Pour répondre à cette question, le juge siégeant en révision doit décider si les dispositions du *Code criminel* ont été respectées. Alors que l'accusé est tenu de prouver la violation de la *Charte* qu'il invoque, il revient inévitablement au ministère public d'établir la validité apparente de l'autorisation pour répondre à la contestation de l'accusé, faute de quoi l'accusé se sera facilement acquitté de sa charge de persuasion sur ce point.

16 The second amendment (removing the need to prove as a precondition for admissibility that the authorization was implemented according to its terms) can have no bearing on whether cross-examination of the affiant ought to be permitted. The affidavit filed in support of the authorization will necessarily relate to the period of time *preceding* the application for an authorization, not its implementation. Hence, cross-examination on the affidavit would not assist the accused on this point.

17 The manner in which the authorization was implemented, of course, is still subject to inquiry by the reviewing court on a *Charter* challenge. In order to be reasonable and hence constitutional, the search must not only be made in accordance with legal authority that is itself reasonable, it must be carried out in a reasonable manner: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. However, on this question of whether the authorization was implemented in a reasonable manner, the defence is not left empty-handed as a result of the 1993 *Code* amendments. As the Crown aptly points out, the more significant post-*Garofoli* development is the comprehensive disclosure of investigative materials now required by *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. *Stinchcombe* mandates a level of investigative transparency such that it provides the accused with the relevant evidence on how the authorization was implemented, as well as other details of the investigation. This development can only have enhanced the accused's ability to meet the *Garofoli* threshold requirement for cross-examination.

18 Finally, there is nothing in the Court's reasoning in *Garofoli* suggesting that the automatic exclusionary rule in existence at the time influenced the decision to impose a threshold requirement for an evidentiary hearing. It is also relevant to note that the automatic exclusionary rule under the former regime was not absolute. The

La deuxième modification (éliminant la nécessité de prouver, comme condition préalable à l'admissibilité, que l'autorisation a été exécutée conformément à ses modalités) ne peut aucunement influer sur la question de savoir s'il convient de permettre le contre-interrogatoire du déposant. L'affidavit déposé à l'appui de l'autorisation se rapporte nécessairement à la période *précédant* la demande d'autorisation, et non à son exécution. Un contre-interrogatoire sur l'affidavit ne serait donc d'aucune utilité à l'accusé sur ce point.

La manière dont l'autorisation a été exécutée peut évidemment, dans le cadre d'une contestation fondée sur la *Charte*, être examinée par le tribunal de révision. Pour être jugée raisonnable, et donc constitutionnelle, la fouille ou perquisition doit non seulement avoir été menée conformément à un pouvoir légal qui soit lui-même raisonnable, mais elle doit aussi avoir été effectuée d'une manière raisonnable : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. En ce qui concerne la question de savoir si l'autorisation a été exécutée d'une manière raisonnable, les modifications apportées au *Code* en 1993 n'ont pas laissé la défense les mains vides. Comme le ministère public le souligne si justement, le progrès le plus important survenu dans la foulée de l'arrêt *Garofoli* tient au fait qu'il est désormais nécessaire, par suite de l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, de procéder à une communication complète des documents d'enquête. L'arrêt *Stinchcombe* impose à ce chapitre un degré de transparence si élevé qu'il met à la disposition de l'accusé les éléments de preuve pertinents quant à la manière dont l'autorisation a été exécutée, ainsi que d'autres détails de l'enquête. Ce progrès n'a pu qu'accroître la capacité de l'accusé de satisfaire à l'exigence préliminaire établie dans l'arrêt *Garofoli* en matière de contre-interrogatoire.

Enfin, rien dans le raisonnement de notre Cour dans *Garofoli* ne permet d'affirmer que la règle d'exclusion automatique qui existait alors a influé sur la décision d'imposer une exigence préliminaire en matière d'audition de la preuve. Soulignons également que la règle d'exclusion automatique en vigueur sous l'ancien régime

evidence could nonetheless be admitted where the judge was of the opinion that it was relevant to an issue in the proceedings and was inadmissible by reason only of a defect of form or an irregularity in procedure that was not substantive in nature: see former s. 178.16(3). Further, evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by the interception of a private communication was not inadmissible by reason only that the private communication itself was inadmissible in evidence: former s. 178.16(1).

I therefore conclude that the appellants' contention that the 1993 amendments to the *Criminal Code* had "a significant and lasting impact on the ability of accused persons to challenge the subfacial validity of wiretap authorizations" cannot be accepted.

3.1.2 Does the Statutory Authorization Process Provide Adequate Procedural Safeguards?

Second, the appellants contend that the *ex parte* and *in camera* wiretap authorization process lacks sufficient procedural safeguards and that the procedure in Part VI of the *Criminal Code* (containing the provisions on invasion of privacy) does not strike the appropriate balance between the individual's privacy interest and the public's interest in crime detection. Hence, they submit that allowing an applicant to cross-examine, as a matter of right, the deponent of an affidavit filed in support of the wiretap authorization would provide a further counterbalance and enhance the appearance of fairness.

In essence, this aspect of the appellants' argument strikes at the constitutionality of the entire statutory scheme authorizing the interception of private communications. In general terms, prior judicial authorization may be obtained for "traditional" third-party surveillance and, since 1993, for "participant" or "consent" surveillance, i.e., interception of communications with

n'était pas absolue. L'élément de preuve était tout de même admissible si le juge était d'avis qu'il était pertinent à l'égard d'une question soulevée dans l'instance et que son inadmissibilité tenait uniquement à un vice de forme ou de procédure de nature non substantielle : voir l'ancien par. 178.16(3). De plus, les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée n'étaient pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'était : ancien par. 178.16(1).

19 Je conclus donc que la prétention des appelants selon laquelle les modifications apportées au *Code criminel* en 1993 ont eu [TRADUCTION] « un effet important et durable sur la capacité des accusés de contester la validité quant au fond des autorisations d'écoute électronique » ne peut être retenue.

3.1.2 Le processus d'autorisation prévu par la loi offre-t-il des garanties procédurales suffisantes?

20 Deuxièmement, les appelants soutiennent que le processus d'autorisation d'écoute électronique *ex parte* et à huis clos n'offre pas suffisamment de garanties procédurales, et que la procédure prévue à la partie VI du *Code criminel* (contenant les dispositions relatives aux atteintes à la vie privée) ne permet pas d'établir un juste équilibre entre le droit d'une personne au respect de sa vie privée et l'intérêt du public en matière de détection des crimes. Ils font donc valoir que permettre au demandeur de contre-interroger de plein droit le souscripteur d'un affidavit déposé à l'appui d'une demande d'autorisation d'écoute électronique ferait contrepoids et renforcerait l'apparence d'équité.

21 Essentiellement, cet aspect de l'argumentation des appelants touche à la constitutionnalité de l'ensemble du régime législatif autorisant l'interception de communications privées. De manière générale, une autorisation judiciaire préalable peut être obtenue à l'égard de la surveillance « traditionnelle » par un tiers et, depuis 1993, à l'égard de la surveillance « participative » ou

the consent of the originator or recipient of the communication. As noted earlier, the latter provisions allowing for participant surveillance under judicial authorization were enacted in answer to this Court's decision in *Duarte*. In *Garofoli*, the statutory requirements relating to traditional third-party surveillance were found to be identical to those demanded by s. 8 of the *Charter* and, hence, constitutional. The constitutionality of the participant surveillance provisions was upheld by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Bordage* (2000), 146 C.C.C. (3d) 549. At trial, the appellants attacked the constitutional validity of the participant surveillance provisions. It was not made clear before this Court on what basis they did so. However, their application was dismissed at trial and the issue was not pursued in the Court of Appeal or in their leave application before this Court. Therefore, to the extent that the appellants' argument purports to attack the constitutional validity of the underlying legislation, the question is not before us and I do not find it necessary to comment further on it.

22 I wish to note however that the appellants' description before this Court of the authorization process and the passive role of the authorizing judge in that process is inaccurate. On the role of the authorizing judge, the comments of LeBel J. in *R. v. Araujo*, [2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65, bear repeating:

> Thus, the authorizing judge stands as the guardian of the law and of the constitutional principles protecting privacy interests. The judge should not view himself or herself as a mere rubber stamp, but should take a close look at the material submitted by the applicant. He or she should not be reluctant to ask questions from the applicant, to discuss or to require more information or to narrow down the authorization requested if it seems too wide or too vague. The authorizing judge should grant the authorization only as far as need is demonstrated by the material submitted by the applicant. [para. 29]

« consensuelle », c.-à-d. l'interception de communications avec le consentement de l'auteur de la communication ou de la personne à qui elle est destinée. Comme je l'ai mentionné, les dispositions permettant la surveillance participative sur autorisation judiciaire ont été adoptées en réponse à l'arrêt *Duarte* de notre Cour. Dans *Garofoli*, les exigences légales applicables à la surveillance traditionnelle par un tiers ont été jugées identiques à celles imposées par l'art. 8 de la *Charte* et, de ce fait, constitutionnelles. La constitutionnalité des dispositions relatives à la surveillance participative a été maintenue par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Bordage*, [2000] J.Q. nº 2045 (QL). Au procès, les appelants ont contesté la constitutionnalité de ces dispositions. On n'a pas indiqué clairement à notre Cour sur quels fondements reposaient cette contestation. Leur demande a toutefois été rejetée au procès et la question n'a été reprise ni devant la Cour d'appel ni dans leur demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour. Par conséquent, dans la mesure où l'argumentation des appelants se veut une attaque contre la constitutionnalité de la législation sous-jacente, nous ne sommes pas saisis de la question et j'estime inutile de la commenter davantage.

Cependant, je tiens à souligner que la description que font les appelants du processus d'autorisation et du rôle passif que le juge est censé y jouer est inexacte. En ce qui concerne le rôle du juge saisi d'une telle demande, il convient de rappeler les commentaires formulés par le juge LeBel dans l'arrêt *R. c. Araujo*, [2000] 2 R.C.S. 992, 2000 CSC 65 :

> Le juge saisi d'une demande d'autorisation joue donc un rôle de gardien du droit et des principes constitutionnels qui protègent le droit à la vie privée. Il ne doit pas se contenter d'approuver la demande machinalement; il lui incombe de scruter les documents que lui présente le requérant. Il ne doit pas hésiter à poser des questions à celui-ci, à discuter des faits exposés, à demander un complément d'information ou à circonscrire la portée de l'autorisation demandée lorsqu'elle semble trop étendue ou trop imprécise. Il ne devrait accorder l'autorisation que dans la mesure où sa nécessité est établie dans les documents présentés à l'appui de la demande. [par. 29]

3.1.3 Is the *Garofoli* Leave Requirement Consistent With Subsequent *Charter* Jurisprudence?

Third, the appellants submit that three important principles, repeatedly enforced by this Court in its *Charter* jurisprudence, favour the abolishment, or alternatively, the relaxation of the *Garofoli* leave requirement. These principles are: the recognized importance of a broad right to cross-examination; the lower standard generally applicable to the admissibility of defence evidence; and the need to ensure access to the remedial scheme in the *Charter*.

There is no debate that these important principles are relevant both in the formulation of an appropriate standard for allowing cross-examination and in its application. However, the accused's right to an evidentiary hearing must be considered in context. It must also be balanced against countervailing interests, including the need to ensure that the criminal trial process is not plagued by lengthy proceedings that do not assist in the determination of the relevant issues. As I will explain, the appellants' argument ignores important contextual factors. When the proposed cross-examination of an affiant is considered in the context of the review hearing and its narrow scope, it is my view that the *Garofoli* leave requirement strikes an appropriate balance between these competing interests.

3.2 *Relevant Contextual Factors*

The first contextual factor that is ignored by the appellants' argument has already been mentioned — the right to full disclosure. Under s. 187(1.4) of the *Criminal Code*, the defence has access to all the documents relating to the authorization. Access is granted on the simple assertion that the admissibility of the evidence is challenged and that access to the material is required in preparation for trial: *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990]

3.1.3 L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger prescrite par l'arrêt *Garofoli* est-elle compatible avec la jurisprudence subséquente relative à la *Charte*?

23 Troisièmement, les appelants font valoir que trois principes importants, maintes fois appliqués par notre Cour dans ses décisions relatives à la *Charte*, appuient l'abolition ou, dans l'alternative, l'assouplissement de l'obligation de justification du contre-interrogatoire prescrite dans *Garofoli*. Ces principes sont les suivants : l'importance reconnue d'un droit général de contre-interroger; la norme moins rigoureuse généralement applicable à la recevabilité de la preuve de la défense; la nécessité de garantir l'accès au régime de réparation prévu par la *Charte*.

24 Personne ne conteste la pertinence de ces principes, tant à l'égard de la formulation d'une norme appropriée en matière de droit au contre-interrogatoire qu'à l'égard de l'application de cette norme. Cependant, le droit de l'accusé à une audition de la preuve doit être examiné dans son contexte. Il doit également être mis en balance avec les intérêts opposés, dont la nécessité de veiller à ne pas entraver le processus judiciaire criminel par de longues procédures qui n'aident en rien à la résolution des questions pertinentes. Comme je l'explique plus loin, l'argumentation des appelants ne tient pas compte de facteurs contextuels importants. Dans le contexte d'une audience en révision dont l'objet est limité, j'estime que l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger un déposant, prescrite dans *Garofoli*, établit un juste équilibre entre ces intérêts opposés.

3.2 *Facteurs contextuels pertinents*

25 Le premier facteur contextuel omis dans l'argumentation des appelants a déjà été mentionné — il s'agit du droit à une communication complète. Selon le par. 187(1.4) du *Code criminel*, la défense a accès à tous les documents relatifs à l'autorisation. Il lui suffit d'affirmer que l'admissibilité de la preuve est contestée et qu'il est nécessaire d'avoir accès aux documents pour préparer le procès : *Dersch c. Canada (Procureur*

2 S.C.R. 1505, at p. 1517. The material includes the affidavit filed in support of the application for an authorization. Subject to any necessary editing for the protection of informants, the affidavit will usually provide a comprehensive account of the investigation leading up to the wiretap application, an articulation of the grounds relied upon in support of the application, and information relevant to the reasonable believability of material gathered from informants. The affidavit filed in this case will be reviewed in detail later in these reasons.

général), [1990] 2 R.C.S. 1505, p. 1517. Les documents comprennent l'affidavit déposé au soutien de la demande d'autorisation. Sous réserve de toute suppression nécessaire pour protéger les informateurs, l'affidavit fournit généralement un compte rendu complet de l'enquête ayant conduit à la demande d'écoute électronique, un exposé des motifs invoqués à l'appui de la demande et des renseignements concernant la vraisemblance raisonnable des éléments de preuve obtenus des informateurs. L'affidavit déposé en l'espèce sera examiné en détail plus loin dans les présents motifs.

26 In addition, under the principles established in *Stinchcombe*, the defence is entitled to all material in the possession or control of the Crown that is potentially relevant to the case, whether favourable to the accused or not. The defence can therefore compare the contents of the investigative file received from the Crown to the authorization's supporting material to ascertain whether anything throws doubt on the reasonable believability of the latter. Further, the disclosure material may also provide the defence with possible third-party avenues of inquiry.

En outre, selon les principes énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe*, la défense a droit à tous les documents potentiellement pertinents en la possession du ministère public ou relevant de lui, qu'ils soient favorables ou non à l'accusé. Elle peut donc comparer le contenu du dossier d'enquête reçu du ministère public avec les documents étayant l'autorisation pour vérifier s'il y a quoi que ce soit qui jette un doute sur la vraisemblance raisonnable de ceux-ci. De plus, les documents communiqués peuvent également fournir à la défense d'autres pistes d'enquête auprès de tiers.

27 Hence, the defence does not arrive empty-handed at the evidentiary hearing. More importantly, if no basis can be shown for questioning the validity of the authorization on the strength of the disclosed material, it is generally unlikely that cross-examination of the affiant will provide further material information. I say it is unlikely because of the narrow focus of the inquiry on this evidentiary hearing. This brings me to the next important contextual factor.

Ainsi, la défense ne se présente pas les mains vides à l'audition de la preuve. Facteur plus important, toutefois, si les documents communiqués ne permettent pas d'établir l'existence de motifs justifiant de mettre en doute la validité de l'autorisation, il est généralement peu probable que le contre-interrogatoire du déposant fournisse d'autres renseignements substantiels. Si je dis peu probable, c'est à cause de l'objet restreint de l'enquête effectuée dans le cadre de cette audition de la preuve. Cela m'amène à l'autre facteur contextuel important.

28 The appellants' argument, more particularly in respect of the broad right to cross-examination, fails to distinguish between the right to test evidence introduced at the trial on the merits and the threshold evidentiary hearing to determine the admissibility of that evidence.

L'argument des appelants, plus particulièrement en ce qui concerne le droit général de contre-interroger, ne fait aucune distinction entre le droit de vérifier au fond la validité de la preuve présentée au procès et l'audition préliminaire de la preuve pour déterminer l'admissibilité de celle-ci.

At trial, the guilt or innocence of the accused is at stake. The Crown bears the burden of proving its case beyond a reasonable doubt. In that context, the right to cross-examine witnesses called by the Crown "without significant and unwarranted constraint" becomes an important component of the right to make full answer and defence: *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 41. If, through cross-examination, the defence can raise a reasonable doubt in respect of any of the essential elements of the offence, the accused is entitled to an acquittal. Likewise, defence evidence, as a general rule, is only subject to exclusion where the prejudicial effect substantially outweighs its probative value: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611. The appellants rely heavily on these principles in support of their contention that they have a constitutional right to cross-examine the affiant who filed in support of the wiretap authorization.

29 Au procès, la culpabilité ou l'innocence de l'accusé est en jeu. Le ministère public a le fardeau d'établir la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Dans ce contexte, le droit de contre-interroger les témoins cités par le ministère public « sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées » devient un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière : *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 41. Si la défense parvient, lors du contre-interrogatoire, à susciter un doute raisonnable à l'égard de l'un ou l'autre des éléments essentiels de l'infraction, l'accusé a droit à l'acquittement. De même, la preuve de la défense ne peut en règle générale être écartée que si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 611. Les appelants se fondent en grande partie sur ces principes pour étayer leur prétention selon laquelle ils possèdent un droit constitutionnel leur permettant de contre-interroger le déposant ayant souscrit l'affidavit à l'appui de la demande d'autorisation d'écoute électronique.

However, the *Garofoli* review hearing is not intended to test the merits of any of the Crown's allegations in respect of the offence. The truth of the allegations asserted in the affidavit as they relate to the essential elements of the offence remain to be proved by the Crown on the trial proper. Rather, the review is simply an evidentiary hearing to determine the *admissibility* of relevant evidence about the offence obtained pursuant to a presumptively valid court order. (I say "relevant" evidence because, if not relevant, its inadmissibility is easily determined without the need to review the authorization process.) As indicated earlier, the statutory preconditions for wiretap authorizations will vary depending on the language of the provision that governs their issuance. The reviewing judge on a *Garofoli* hearing only inquires into whether there was any basis upon which the authorizing judge could be satisfied that the relevant statutory preconditions existed. For example, in this case, where the authorization relates to participant or consent surveillance, the reviewing judge must determine

30 Cependant, l'audience en révision de type *Garofoli* n'a pas pour objet de vérifier le bien-fondé de l'une ou l'autre des allégations du ministère public concernant l'infraction. La véracité des allégations relatives aux éléments essentiels de l'infraction contenues dans l'affidavit reste à être prouvée par le ministère public au procès proprement dit. Au contraire, cette révision n'est qu'une simple audition de la preuve visant à déterminer l'*admissibilité* de la preuve pertinente relative à l'infraction obtenue en vertu d'une ordonnance du tribunal présumée valide. (Je parle de preuve « pertinente », parce que si la preuve n'est pas pertinente, on peut facilement en déterminer l'inadmissibilité sans avoir à examiner le processus d'autorisation.) Comme je l'ai déjà indiqué, les conditions légales préalables qui doivent être respectées pour obtenir une autorisation d'écoute électronique varient selon le libellé de la disposition en régissant la délivrance. La seule question que se pose le juge siégeant en révision à l'occasion d'une audience de type *Garofoli* est de savoir s'il existait des motifs qui permettaient au juge ayant accordé

whether there was a basis for the authorizing judge to be satisfied that:

(a) there are reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed;

(b) either the originator or the intended recipient of the private communication has consented to the interception; and

(c) there are reasonable grounds to believe that information concerning the offence will be obtained by the interception.

Hence, there is a relatively narrow basis for exclusion. Even if it is established that information contained within the affidavit is inaccurate, or that a material fact was not disclosed, this will not necessarily detract from the existence of the statutory pre-conditions. The likelihood that the proposed challenge will have an impact on the admissibility of the evidence will depend on the particular factual context. In the end analysis, the admissibility of the wiretap evidence will not be impacted under s. 8 if there remains a sufficient basis for issuance of the authorization.

31 It is in this narrower context that the right to cross-examine, as an adjunct to the right to make full answer and defence, must be considered. There is no point in permitting cross-examination if there is no reasonable likelihood that it will impact on the question of the admissibility of the evidence. The *Garofoli* threshold test is nothing more than a means of ensuring that, when a s. 8 challenge is initiated, the proceedings remain focussed and on track. Even on the trial proper, the right to cross-examine is not unlimited. In *Lyttle*, the Court reiterated the principle that counsel are "bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation, repetitiousness or, more generally, from putting questions whose

l'autorisation d'être convaincu de la présence des conditions légales préalables pertinentes. Par exemple, dans la présente espèce où l'autorisation se rapporte à une surveillance participative ou consensuelle, le juge siégeant en révision doit déterminer s'il existait un fondement permettant au juge qui a accordé l'autorisation d'être convaincu :

a) qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise;

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à qui elle est destinée a consenti à l'interception;

c) qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus au moyen de l'interception.

Par conséquent, les motifs justifiant l'exclusion sont relativement restreints. Même s'il est établi que les renseignements contenus dans l'affidavit sont inexacts, ou qu'un fait substantiel n'a pas été communiqué, cela ne réfutera pas nécessairement la présence des conditions légales préalables. La probabilité que la contestation envisagée ait une incidence sur l'admissibilité de la preuve dépendra du contexte factuel particulier. En dernière analyse, l'admissibilité de la preuve d'écoute électronique ne sera aucunement affectée par l'art. 8 s'il subsiste un fondement suffisant pour justifier la délivrance de l'autorisation.

C'est dans ce contexte plus restreint qu'il faut examiner le droit de contre-interroger en tant que complément du droit à une défense pleine et entière. Il ne sert à rien de permettre le contre-interrogatoire s'il n'existe aucune probabilité raisonnable que celui-ci ait une incidence sur la question de l'admissibilité de la preuve. Le critère préliminaire énoncé dans *Garofoli* n'est rien de plus qu'un moyen de s'assurer que, une fois la contestation fondée sur l'art. 8 engagée, l'instance demeure sur la bonne voie. Même au procès proprement dit, le droit de contre-interroger n'est pas illimité. Dans l'arrêt *Lyttle*, la Cour a réaffirmé le principe selon lequel les avocats « sont liés par les règles de la pertinence et [qu']il leur est

prejudicial effect outweighs their probative value" (para. 44 (emphasis added)). The *Garofoli* threshold test is all about relevancy. If the proposed cross-examination is not relevant to a material issue, within the narrow scope of the review on admissibility, there is no reason to permit it.

The accused remains free to make submissions and elicit relevant evidence on whether the interception constitutes an unreasonable search or seizure within the meaning of s. 8.

3.3 *Balancing Countervailing Interests*

When properly applied, the only thing that the leave requirement precludes the defence from eliciting through cross-examination is evidence that is unlikely to assist either the reviewing judge or the defence on the determination of admissibility. Why then, the appellants ask, is cross-examination not simply allowed as of right with proper limitations on its scope instead? The answer lies in the recognition, through the lens of judicial experience, of two important countervailing interests — the concern over the prolixity of proceedings and, in many cases, the need to protect informants.

As noted earlier, the concern over prolixity was expressly stated as the reason for placing reasonable limits on cross-examination in *Garofoli* (p. 1465). Provincial appellate courts have often expressed their concern over the increasing length of court proceedings. For example, counsel have referred us to *R. v. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1997] 2 S.C.R xvi, where the importance of avoiding the inefficient use of court time was emphasized by McEachern C.J.B.C. Chief Justice McEachern suggested the following approach at para. 17:

interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l'effet préjudiciable excède la valeur probante » (par. 44 (je souligne)). La pertinence est l'essence du critère préliminaire de l'arrêt *Garofoli*. Si le contre-interrogatoire projeté n'est pas pertinent à l'égard d'une question substantielle, dans le cadre limité de la révision concernant l'admissibilité, il n'y a alors aucune raison de le permettre.

32 L'accusé demeure libre de présenter des observations et d'obtenir des éléments de preuve pertinents relativement à la question de savoir si l'interception constitue une fouille, perquisition ou saisie abusive au sens de l'art. 8.

3.3 *Mise en balance des intérêts opposés*

33 Ainsi, si elle est appliquée correctement, la seule chose que l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger empêche la défense d'obtenir par voie de contre-interrogatoire est un élément de preuve qui serait peu susceptible d'éclairer le juge siégeant en révision ou la défense elle-même sur la question de l'admissibilité. Alors pourquoi, demandent les appelants, ne permet-on pas tout simplement le contre-interrogatoire de plein droit et n'en limite-t-on pas plutôt la portée? La réponse à cette question réside dans la reconnaissance, à la lumière de l'expérience judiciaire, de deux intérêts importants militant contre cette solution — les préoccupations relatives à la longueur des procédures et, dans bien des cas, la nécessité de protéger les informateurs.

34 Comme nous l'avons vu, les préoccupations relatives à la longueur des procédures ont été expressément invoquées dans l'arrêt *Garofoli* (p. 1465) pour justifier l'imposition de limites raisonnables au contre-interrogatoire. Les cours d'appel provinciales ont souvent exprimé des inquiétudes au sujet de l'allongement des procédures judiciaires. À titre d'exemple, on nous a renvoyés à l'arrêt *R. c. Vukelich* (1996), 108 C.C.C. (3d) 193 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée, [1997] 2 R.C.S. xvi, où le juge en chef McEachern a souligné l'importance d'éviter d'utiliser de manière inefficiente le temps des tribunaux et a proposé la démarche suivante, au par. 17 :

Generally speaking, I believe that both the reason for having, or not having, a *voir dire*, and the conduct of such proceedings, should, if possible, be based and determined upon the statements of counsel. This is the most expeditious way to resolve these problems: see *R. v. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.) at 62; *R. v. Hamill* (1984), 14 C.C.C. (3d) 338 (B.C.C.A.); and *R. v. Kutynec* (1992), 70 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.) at 301. I suggest that judges must be more decisive in this connection than they have been in the past because far too much judicial time is consumed by the conduct of these kinds of enquiries.

Finlayson J.A., in *R. v. Durette* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421 (Ont. C.A.), forcefully and succinctly expressed the same concern in the following words:

The Supreme Court of Canada and appellate courts across Canada have been attempting in recent years to restrict the issues that go to a jury to those which have, on the evidence, an air of reality to them. Just as we have tried to restrict the trial of an accused on the merits to factual issues that are directly raised in the particular case, so should we strive to restrict pre-trial Charter motions to matters of substance where defence counsel can establish some basis for a violation of a right. Unless we, as courts, can find some method of rescuing our criminal trial process from the almost Dickensian procedural morass that it is now bogged down in, the public will lose patience with our traditional adversarial system of justice. As Jonathan Swift might have said, we are presently sacrificing justice on the shrine of process. [p. 440]

35 The concern over the constructive use of judicial resources is as equally, if not more, applicable today as it was 15 years ago when *Garofoli* was decided. For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

[TRADUCTION] D'une façon générale, je crois que la raison pour laquelle il convient de tenir, ou de ne pas tenir, un voir-dire, ainsi que la conduite de cette procédure devraient, si possible, être fondées sur les déclarations des avocats et déterminées en fonction de celles-ci. C'est la façon la plus rapide de résoudre ces problèmes : voir *R. c. Dietrich* (1970), 1 C.C.C. (2d) 49 (C.A. Ont.), p. 62; *R. c. Hamill* (1984), 14 C.C.C. (3d) 338 (C.A.C.-B.); et *R. c. Kutynec* (1992), 70 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), p. 301. J'estime que les juges doivent faire preuve de plus de fermeté qu'auparavant à cet égard parce que ce type d'enquête gruge une partie beaucoup trop grande du temps des tribunaux.

Dans *R. c. Durette* (1992), 72 C.C.C. (3d) 421 (C.A. Ont.), le juge Finlayson a exprimé la même inquiétude avec force et concision :

[TRADUCTION] La Cour suprême du Canada et les tribunaux d'appel canadiens se sont efforcés, au cours des dernières années, de restreindre les questions soumises au jury à celles qui, selon la preuve, paraissent vraisemblables. Tout comme nous avons tenté de restreindre le procès au fond d'un accusé aux questions factuelles directement soulevées dans une affaire donnée, nous devons tâcher, dans les cas où l'avocat de la défense est en mesure d'établir le fondement d'une allégation de violation d'un droit, de limiter aux questions de fond les requêtes préalables au procès fondées sur la Charte. Si nous, les tribunaux, ne réussissons pas à trouver une façon de sortir le processus judiciaire criminel du bourbier procédural, digne de l'époque de Dickens, dans lequel il s'est enfoncé, le public se détournera du système de justice accusatoire qui a été traditionnellement le nôtre. Comme l'aurait dit Jonathan Swift, nous sommes en train de sacrifier la justice sur l'autel de la procédure. [p. 440]

Les préoccupations touchant l'utilisation judicieuse des ressources judiciaires sont tout aussi légitimes aujourd'hui, et peut-être même davantage, qu'elles ne l'étaient il y a 15 ans, à l'époque où l'arrêt *Garofoli* a été prononcé. Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L'un des mécanismes leur permettant d'y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soumises au tribunal.

The second countervailing interest against allowing cross-examination as of right is the need to protect the identity of informers. As McLachlin J. (as she then was) noted in *Garofoli* (dissenting, but not on this point), cross-examination of the affiant increases the risk that the identity of informers might be revealed:

> Cross-examination is much more likely to reveal the details of investigative operations and the identity of informers than affidavits, which can be carefully drafted to avoid such pitfalls. How can one cross-examine an officer on the reliability of an informant without probing details that might reveal that informant's identity, for example? Once a damaging statement is made in answer to a question in cross-examination, editing is to no avail. [p. 1485]

McLachlin J. further noted how difficult it is for the trial judge to restrict the scope of cross-examination:

> Attempts to restrict the scope of cross-examination are notoriously fallible. Since effective cross-examination usually depends on considerable latitude in questioning, a restricted cross-examination may be of little value. Moreover, it is often difficult to predict when a particular question will evoke a response that trenches on a prohibited area. [p. 1485]

Finally, as aptly argued by the intervener the Attorney General of British Columbia, a requirement that the defence meet a threshold test of some sort before engaging in cross-examination, pursuing a specific line of inquiry, or eliciting evidence in support of a full answer and defence is not an anomaly within the criminal justice system. To state but a few examples: hearsay evidence, although sought to be elicited by the defence, must meet the requirements of necessity and reliability; proposed expert evidence must meet the criteria set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; access to or cross-examination on matters protected by solicitor-client privilege must meet the requirements of the "innocence at stake" exception; cross-examination on a complainant's sexual history is prohibited unless it meets the test under s. 276(1) of the *Criminal Code*; third-party records in respect of certain offences listed under s. 278.2 must be

Le deuxième intérêt militant contre le contre-interrogatoire de plein droit tient à la nécessité de protéger l'identité des informateurs. Comme le signale la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Garofoli* (dissidente, mais non sur ce point), le contre-interrogatoire du déposant accroît le risque de révéler l'identité des informateurs : 36

> La divulgation de détails sur les activités d'enquête et sur l'identité d'informateurs est beaucoup plus probable en contre-interrogatoire que dans des affidavits, qu'on peut soigneusement rédiger dans le but d'éviter ces écueils. Comment peut-on contre-interroger un agent sur la crédibilité d'un informateur sans scruter des détails qui peuvent révéler son identité, par exemple? Quand une réponse préjudiciable a été donnée au cours d'un contre-interrogatoire, il est impossible de la censurer. [p. 1485]

La juge McLachlin souligne en outre combien il est difficile pour le juge du procès de limiter la portée du contre-interrogatoire :

> Les limites que l'on tente de fixer à la portée d'un contre-interrogatoire sont reconnues pour leur faiblesse. Puisque l'efficacité du contre-interrogatoire dépend ordinairement de la grande latitude laissée quant aux questions, un contre-interrogatoire limité peut se révéler peu utile. De plus, il est souvent difficile de prévoir quand une question précise suscitera une réponse qui déborde sur les sujets interdits. [p. 1485]

Enfin, comme l'a à juste titre fait valoir l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique, l'obligation faite à la défense de satisfaire à un critère préliminaire donné avant de pouvoir procéder à un contre-interrogatoire, de poser certaines questions ou d'obtenir des éléments de preuve en vue de présenter une défense pleine et entière ne constitue pas une anomalie au sein du système de justice criminelle. Quelques exemples suffisent : la preuve par ouï-dire, même si c'est la défense qui cherche à la présenter, doit satisfaire aux conditions de nécessité et de fiabilité; la preuve d'expert que l'on se propose de présenter doit être conforme aux critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; l'accès à des communications protégées par le privilège avocat-client ou le contre-interrogatoire relatif à celles-ci doivent satisfaire au critère de la « démonstration de l'innocence de l'accusé »; le 37

shown to be likely relevant to an issue at trial or to the competence of a witness to testify before they will be produced; defences must have an "air of reality" to them before they are put to the jury. In this case, the defence must simply make a show of likely relevance on a material issue before the court.

38 In conclusion, I am of the view that the *Garofoli* leave requirement is entirely consistent with *Charter* principles. There is no need to revisit *Garofoli* as contended by the appellants. Indeed, I am of the view that it would be unwise to permit cross-examination of the affiant as of right.

4. Application of the *Garofoli* Standard

39 Alternatively, the appellants submit that the *Garofoli* standard has generally been interpreted too restrictively, applied inconsistently, and that it should be clarified. In particular, they submit that the courts below erred in the application of the threshold test in this case. Before I discuss how the test was applied in the courts below, it may be useful to comment on its general application by trial judges and on the appropriate standard of appellate review.

4.1 *The Threshold Test Is Not an Onerous One*

40 As discussed earlier, the *Garofoli* leave requirement is simply a means of weeding out unnecessary proceedings on the basis that they are unlikely to assist in the determination of the relevant issues. The reason that the test will generally leave just a narrow window for cross-examination is not because the test is onerous — it is because there is

contre-interrogatoire relatif au comportement sexuel antérieur d'un plaignant est interdit, sous réserve du critère énoncé au par. 276(1) du *Code criminel*; la pertinence vraisemblable, à l'égard d'une question en litige ou de l'habilité d'une personne à témoigner, de dossiers détenus par des tiers relativement à certaines infractions énumérées à l'art. 278.2 doit être établie avant que ces dossiers puissent être produits; les moyens de défense doivent avoir une certaine « vraisemblance » pour pouvoir être soumis au jury. En l'espèce, la défense doit simplement démontrer la pertinence vraisemblable à l'égard de l'élément de preuve concerné d'une question substantielle soumise à la cour.

En conclusion, j'estime que l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger, prescrite dans l'arrêt *Garofoli*, est tout à fait compatible avec les principes de la *Charte*. Point n'est besoin de revoir cet arrêt comme le prétendent les appelants. De fait, je suis d'avis qu'il ne serait pas sage de permettre le contre-interrogatoire de plein droit du déposant.

4. Application de la norme énoncée dans l'arrêt *Garofoli*

Dans leur argument subsidiaire, les appelants prétendent que la norme énoncée dans *Garofoli* a généralement été interprétée de façon trop restrictive et appliquée de manière incohérente, et qu'elle doit être clarifiée. Plus particulièrement, ils affirment que, en l'espèce, les juridictions inférieures ont commis une erreur dans l'application du critère préliminaire. Avant d'analyser la façon dont celles-ci ont appliqué le critère, il n'est pas inutile de faire quelques observations sur son application générale par les juges qui président les procès et sur la norme de contrôle applicable en appel.

4.1 *Le critère préliminaire n'est pas exigeant*

Comme nous l'avons vu, l'obligation faite dans *Garofoli* d'obtenir la permission de contre-interroger n'est qu'un moyen d'éliminer les instances inutiles, qui n'aideraient vraisemblablement pas à la résolution des questions pertinentes. La raison pour laquelle le critère laisse généralement peu de place au contre-interrogatoire ne tient pas à sa

just a narrow basis upon which an authorization can be set aside. Hence, in determining whether cross-examination should be permitted, counsel and the reviewing judge must remain strictly focussed on the question to be determined on a *Garofoli* review — whether there is a basis upon which the authorizing judge could grant the order. If the proposed cross-examination is not likely to assist in the determination of this question, it should not be permitted. However, if the proposed cross-examination falls within the narrow confines of this review, it is not necessary for the defence to go further and demonstrate that cross-examination will be successful in discrediting one or more of the statutory preconditions for the authorization. Such a strict standard was rejected in *Garofoli*. A reasonable likelihood that it will assist the court to determine a material issue is all that must be shown.

rigueur, mais plutôt à la gamme restreinte des motifs justifiant l'annulation d'une autorisation. Par conséquent, pour déterminer s'il y a lieu de permettre un contre-interrogatoire, les avocats et le juge doivent s'attacher strictement à la question à trancher dans le cadre d'une révision de type *Garofoli* — soit celle de savoir s'il existait des motifs permettant au juge qui a accordé l'autorisation de rendre l'ordonnance. S'il est peu probable que le contre-interrogatoire projeté aide à trancher cette question, il ne doit pas être autorisé. Par contre, si ce contre-interrogatoire se situe dans les limites restreintes de cette procédure de révision, la défense n'est pas tenue d'aller plus loin et de démontrer qu'il permettra de réfuter une ou plusieurs des conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation. Une telle norme aussi stricte a été rejetée dans l'arrêt *Garofoli*. Tout ce qu'il suffit d'établir, c'est la probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire aidera le tribunal à trancher une question substantielle.

In some cases, the proposed cross-examination may be directed at the credibility or reliability of an informant. However, cross-examination that can do no more than show that some of the information relied upon by the affiant is false is not likely to be useful unless it can also support the inference that the affiant knew or ought to have known that it was false. We must not lose sight of the fact that the wiretap authorization is an investigatory tool. At that stage, a reasonable belief in the existence of the requisite statutory grounds will suffice for the granting of an authorization. Upon further investigation, the grounds relied upon in support of the authorization may prove to be false. That fact does not retroactively invalidate what was an otherwise valid authorization.

41 Dans certains cas, le contre-interrogatoire projeté peut porter sur la crédibilité ou la fiabilité d'un informateur. Toutefois, un contre-interrogatoire qui ne fait que démontrer la fausseté de certains des renseignements sur lesquels se fonde le déposant est peu susceptible d'être utile à moins qu'il ne permette également d'étayer l'inférence que le déposant savait ou aurait dû savoir que ces renseignements étaient faux. Il ne faut pas oublier que l'autorisation d'écoute électronique constitue un outil d'enquête. À ce stade, une croyance raisonnable en l'existence des motifs légaux requis suffit pour justifier la délivrance de l'autorisation. Il se peut qu'une enquête plus poussée révèle la fausseté de ces motifs, mais ce fait n'invalide pas rétroactivement une autorisation par ailleurs valide.

The fact situation in *Garofoli* itself provides a good example of a situation where the proposed cross-examination was directed not only at the lack of credibility of the informant but at the affiant's likely awareness of that fact. The informant alleged that he had been approached by Garofoli and another individual in Hamilton with an offer to supply him with two kilograms of cocaine. In his affidavit, Garofoli stated that he lived in Florida at the relevant time. He further stated that the officer

42 Les faits dans l'affaire *Garofoli* elle-même constituent un bon exemple d'une situation où le contre-interrogatoire projeté portait non seulement sur le peu de crédibilité de l'informateur, mais aussi sur la probabilité que le déposant ait été conscient de ce fait. L'informateur avait allégué que Garofoli et une autre personne l'avaient abordé à Hamilton pour lui offrir deux kilos de cocaïne. Dans son affidavit, Garofoli déclarait qu'il vivait en Floride au moment pertinent. Il ajoutait que le policier chargé

in charge of the case was well aware that he was living in Florida and that he only travelled back to Hamilton in connection with his court appearances. Furthermore, information from the informant person was critical to establishing the requisite reasonable grounds. Sopinka J., for the majority, found that the appellant had shown a basis for the cross-examination:

> In my opinion, the appellant has shown a basis for the cross-examination here. In view of the degree of reliance by the police on the informant in this case, if the informant is discredited then the factual basis for the authorization is undermined. If it is shown that the informant lied, then it could raise the inference that the police knew or ought to have known that he lied. If the police were not warranted in their belief that the information was true, then the basis for belief that a crime was to be committed disappears. Accordingly, the appellant should have been permitted to cross-examine. Cross-examination having been denied, there must be a new trial. [p. 1466]

43 In other circumstances, it is the affiant's own credibility that becomes material to establish the statutory preconditions. For example, in *R. v. Lachance*, [1990] 2 S.C.R. 1490, the proposed cross-examination related to the statutory precondition of investigative necessity. (The requirement of showing that other investigative measures have been tried and have failed or that they are unlikely to succeed is not a statutory precondition for granting a consent wiretap authorization.) The basis for cross-examination was established on a showing that the affidavit filed in support of the authorization failed to disclose that a key informer was working as an undercover police agent.

44 The insufficiency of the affidavit, on its face, may suffice to show a basis for cross-examination. In *R. v. Williams* (2003), 181 C.C.C. (3d) 414, the statements in the affidavit concerning the utility of undercover operations were conclusory only and arguably understated the progress of the investigation. When considered in the context of the strict statutory requirement of showing investigative necessity, the Court of Appeal

du dossier savait qu'il vivait en Floride et ne se rendait à Hamilton que pour comparaître devant le tribunal. En outre, les renseignements fournis par l'informateur étaient essentiels à l'établissement des motifs raisonnables requis. S'exprimant pour la majorité, le juge Sopinka a conclu que l'appelant avait justifié son droit au contre-interrogatoire :

> À mon avis, l'appelant a justifié son droit au contre-interrogatoire en l'espèce. Compte tenu de l'importance donnée par les policiers à l'informateur en l'espèce, si celui-ci est discrédité, le fondement factuel de l'autorisation est vicié. Si on concluait que l'informateur a menti, on pourrait alors en déduire que les policiers savaient ou auraient dû savoir qu'il avait menti. Si les policiers n'étaient pas justifiés de croire que les renseignements étaient vrais, leur raison de croire qu'un crime allait être commis n'existait donc pas. Par conséquent, l'appelant aurait dû être autorisé à contre-interroger. Le contre-interrogatoire ayant été refusé, il doit y avoir un nouveau procès. [p. 1466]

Dans d'autres circonstances, c'est la crédibilité même du déposant qui joue un rôle essentiel dans l'établissement de la présence des conditions légales préalables. Dans *R. c. Lachance*, [1990] 2 R.C.S. 1490, par exemple, le contre-interrogatoire projeté concernait la condition légale préalable de nécessité pour les besoins de l'enquête. (L'obligation de prouver que d'autres mesures d'enquête ont été essayées mais sans succès ou encore ont peu de chance de réussir ne constitue pas une condition légale préalable à l'octroi d'une autorisation d'écoute électronique consensuelle.) Le contre-interrogatoire a été justifié par la démonstration que l'affidavit déposé à l'appui de l'autorisation ne mentionnait pas qu'un informateur clé avait agi comme agent d'infiltration.

L'insuffisance apparente de l'affidavit peut suffire à établir le droit de contre-interroger. Dans *R. c. Williams* (2003), 181 C.C.C. (3d) 414, les affirmations contenues dans l'affidavit relativement à l'utilité des opérations d'infiltration constituaient de simples assertions péremptoires et paraissaient minimiser les progrès de l'enquête. Considérant la question du point de vue de la stricte obligation légale de prouver la nécessité pour les besoins de l'enquête,

for Ontario held that the trial judge had erred in refusing leave to cross-examine the affiant:

In short, the appellant showed a basis for the view that the cross-examination would elicit testimony tending to discredit the existence of one of the preconditions to the authorization, namely the investigative necessity requirement. Investigative necessity is a stringent requirement, requiring demonstration that there is, "practically speaking, *no other reasonable alternative method of investigation, in the circumstances of the particular criminal inquiry*" (emphasis in original): *R. v. Araujo* (2000), 149 C.C.C. (3d) 449 (S.C.C.), at para. 29. There was a basis for believing that this exacting standard had not been met. The same might be said here of the use of the undercover officers and police agents. [para. 14]

4.2 *The Scope of the Cross-Examination When Leave Is Granted*

As stated in *Garofoli*, when leave to cross-examine is granted, "the cross-examination should be limited by the trial judge to questions that are directed to establish that there was no basis upon which the authorization could have been granted" (p. 1465). In this way, the inquiry can remain focussed on the material issues. For example, in *R. v. Silvini* (1997), 96 O.A.C. 310, the defence argued that once the trial judge granted leave to cross-examine, the only limit on cross-examination should be to curb prolixity and that the trial judge erred in restricting in advance the areas in which defence counsel could cross-examine the affiant. The Court of Appeal for Ontario disagreed and, in referring to the relevant excerpt in *Garofoli*, stated at para. 9, as follows:

In our view, this passage . . . gives the judge the discretion to direct the scope of the cross-examination in advance if the judge considers it advisable to do so. No doubt, if the judge found during the cross-examination that the limits were restricting the ability of the accused to demonstrate the grounds upon which the authorization was attacked, the judge would be required to reconsider those limits. Alternatively, the

la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant la permission de contre-interroger le déposant :

[TRADUCTION] Bref, l'appelant a démontré qu'il existait des motifs de penser que le contre-interrogatoire apporterait un témoignage tendant à réfuter la présence d'une des conditions préalables à la délivrance de l'autorisation, soit celle de la nécessité pour les besoins de l'enquête. La nécessité pour les besoins de l'enquête constitue une exigence stricte, qui commande que l'on établisse que, « [s]ur le plan pratique, il [n'existe] *aucune autre méthode d'enquête raisonnable, dans les circonstances de l'enquête criminelle considérée* » (en italique dans l'original) : *R. c. Araujo* (2000), 149 C.C.C. (3d) 449 (C.S.C.), par. 29. Or il existait des motifs de croire que cette norme exigeante n'avait pas été respectée. On peut en dire autant, en l'espèce, du recours à des agents d'infiltration et à des mandataires de la police. [par. 14]

4.2 *La portée du contre-interrogatoire une fois la permission accordée*

45 Comme il est précisé dans l'arrêt *Garofoli*, une fois permis, « le contre-interrogatoire devrait être limité par le juge du procès aux questions qui visent à établir qu'il n'y avait aucun fondement justifiant la délivrance de l'autorisation » (p. 1465). Ainsi, l'enquête peut demeurer axée sur les questions substantielles. Dans *R. c. Silvini* (1997), 96 O.A.C. 310, par exemple, la défense a fait valoir que, une fois la permission de contre-interroger accordée par le juge du procès, les seules limites que l'on pouvait imposer au contre-interrogatoire étaient celles visant à réduire la longueur des procédures, et que le juge du procès avait donc commis une erreur en restreignant à l'avance les points sur lesquels l'avocat de la défense pouvait contre-interroger le déposant. La Cour d'appel de l'Ontario a exprimé son désaccord avec cette position et, après avoir cité le passage pertinent de l'arrêt *Garofoli*, a affirmé ce qui suit au par. 9 :

[TRADUCTION] À notre avis, cet extrait [. . .] donne au juge le pouvoir discrétionnaire de fixer à l'avance la portée du contre-interrogatoire s'il considère souhaitable de le faire. Il ne fait aucun doute que si le juge se rend compte, pendant le contre-interrogatoire, que les limites imposées nuisent à la capacité de l'accusé d'établir l'existence des motifs pour lesquels il conteste l'autorisation, il devrait revoir ces limites.

judge could make rulings as the cross-examination proceeds. However, unless it can be shown that this discretion was not exercised judicially, this court cannot interfere.

In my view, this is a sound approach.

4.3 *The Appellate Standard of Review*

46 On reviewing a trial judge's decision to permit or deny leave to cross-examine, an appellate court is not entitled to simply substitute its view for that of the trial judge. The trial judge's determination of whether the proposed cross-examination is reasonably likely to elicit evidence of probative value to the issues for consideration involves an exercise of discretion. The trial judge is in a better position to assess the material, the submissions of counsel and the evidence, if any, in the context of the particular *voir dire* and trial. The need for a deferential standard of appellate review was recognized in *Garofoli*. Sopinka J. stated that "[t]he discretion of the trial judge should not be interfered with on appeal except in cases in which it has not been judicially exercised" (p. 1465).

47 This deferential standard is important. If not adhered to, trial judges, out of an abundance of caution, are likely to embark upon many unnecessary hearings rather than risk vitiating an entire trial. The trial court's power to control the proceedings then becomes more illusory than real and, in the context of a *Garofoli* hearing, the very purpose of the leave requirement is defeated.

48 I will now review the proceedings below.

5. The Proceedings Below

49 The appellants were charged with a number of drug-related offences. In essence, the Crown alleged that they distributed cocaine to doormen

L'autre solution consiste à rendre des décisions en cours de contre-interrogatoire. Cependant, à moins qu'on ne puisse démontrer que ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de façon judiciaire, notre cour ne peut intervenir.

C'est là, à mon avis, une solution sage.

4.3 *La norme de contrôle applicable en appel*

La cour d'appel qui révise la décision du juge du procès d'accorder ou de refuser la permission de contre-interroger ne peut simplement substituer son opinion à celle du juge du procès. La décision de ce dernier sur la question de savoir s'il existe une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire projeté apporte un élément de preuve probant à l'égard des questions soulevées implique l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge du procès est mieux placé pour apprécier les documents, les observations des avocats et les éléments de preuve, s'il en est, dans le contexte du procès et du voir-dire concernés. La nécessité, en appel, d'une norme de contrôle empreinte de déférence a été reconnue dans *Garofoli*, où le juge Sopinka a affirmé qu'« [i]l conviendrait de ne pas intervenir en appel dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du juge du procès, sauf dans les cas où il n'a pas été exercé de façon judiciaire » (p. 1465).

Cette norme empreinte de déférence est importante. Si elle n'est pas respectée, il est probable que, par souci de prudence, les juges présidant les procès tiennent bon nombre d'audiences inutiles, de peur de compromettre un procès tout entier. Le pouvoir des tribunaux sur la conduite des procès en première instance devient alors plus illusoire que réel et, dans le contexte d'une audience de type *Garofoli*, l'objet même de l'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger est contrecarré.

Je vais maintenant examiner les procédures devant les juridictions inférieures.

5. Les procédures devant les juridictions inférieures

Les appelants ont été accusés d'un certain nombre d'infractions liées à la drogue. Essentiellement, le ministère public leur reproche d'avoir distribué de

and bartenders at various bars and clubs in downtown Vancouver. The appellants were targeted by the police when Robert Molsberry, a self-admitted drug dealer and petty criminal who had been a doorman at a Vancouver club, complained to members of the Vancouver Police that the appellants and others were after him over unpaid drug debts and that he feared for his safety. Molsberry agreed to "wear a wire" and act as police agent. In return for his cooperation, he was given $1,000 by the Vancouver Police Department to satisfy the drug debt and promised a monthly stipend during the investigation, a cash payment at the conclusion of all proceedings, and entry into the witness protection program.

la cocaïne aux portiers et barmans de différents bars et clubs du centre-ville de Vancouver. Les appelants ont été pris pour cible par la police lorsque Robert Molsberry qui, de son propre aveu, était un trafiquant de drogue et un petit délinquant ayant travaillé comme portier dans un club de Vancouver, s'est plaint à des policiers de Vancouver que les appelants et d'autres personnes étaient à ses trousses pour des dettes de drogue et qu'il craignait pour sa sécurité. Molsberry a accepté de [TRADUCTION] « porter un micro-émetteur » et d'agir comme mandataire de la police. En échange de sa collaboration, le service de police de Vancouver lui a donné 1 000 $ pour rembourser ses dettes de drogue et lui a promis une allocation mensuelle durant l'enquête, un paiement en espèces à la fin de toutes les procédures et l'admission au programme de protection des témoins.

Based on their agreement with Molsberry, the police applied for a consent wiretap authorization under s. 184.2 of the *Criminal Code*. This provision was enacted in response to this Court's decision in *Duarte* and permits the interception of private communications with the consent of a participant under judicial authorization. An application under this section may be made *ex parte* by a peace officer on the strength of an affidavit deposing to the following matters:

Sur la base de son entente avec Molsberry, la police a présenté une demande d'autorisation d'écoute électronique avec consentement en vertu de l'art. 184.2 du *Code criminel*. Cette disposition, adoptée par suite de l'arrêt *Duarte* de notre Cour, permet l'interception de communications privées avec le consentement d'un des interlocuteurs moyennant autorisation judiciaire. La demande fondée sur cette disposition peut être présentée *ex parte* par un agent de la paix et doit être accompagnée d'un affidavit indiquant ce qui suit : 50

(a) that there are reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed;

a) le fait qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise;

(b) the particulars of the offence;

b) les détails relatifs à l'infraction;

(c) the name of the person who has consented to the interception;

c) le nom de la personne qui a consenti à l'interception;

(d) the period for which the authorization is requested; and

d) la période pour laquelle l'autorisation est demandée;

(e) the particulars of any previously granted authorization, if any.

e) les modalités de toute autorisation déjà accordée, s'il en est.

Detective Andrew Richards swore the required affidavit. Its contents are central to the issue that occupies us and will be reviewed in detail later. An

Le détective Andrew Richards a souscrit l'affidavit requis. Le contenu de cet affidavit, qui est au cœur de la question qui nous occupe, sera examiné en

authorization for the interception of private communications may be given if the judge to whom the application is made is satisfied that:

(a) there are reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed;

(b) either the originator or the intended recipient of the private communication has consented to the interception; and

(c) there are reasonable grounds to believe that information concerning the offence will be obtained by the interception.

Oppal J., as he then was, granted the authorization permitting the interception of the private communications of the appellants and other associates when any of them was speaking with Molsberry.

51 At trial, Molsberry's testimony formed a significant component of the prosecution's case against the appellants. The charges related to a period of time commencing prior to, and ending after, his involvement as a police agent. His testimony about events during the time period he acted as a police agent was supplemented by the wiretapped conversations. At the commencement of the trial, the appellants challenged the admissibility of the tapes of conversations intercepted pursuant to the s. 184.2 judicial authorization. Without the tapes, Molsberry's testimony about the conversations would still be admissible; however, it would stand on its own.

52 The appellants argued at trial that s. 184.2 itself was unconstitutional; the trial judge rejected this argument and his ruling was not challenged on appeal. Alternatively, the appellants contended that the statutory preconditions for the authorization had not been met and, consequently, that Molsberry's taping of their conversations violated their right under s. 8 of the *Charter*. It is in support of this *Charter* application that both appellants sought leave to cross-examine Detective Richards on his affidavit; Lising also sought leave to cross-examine the informant Molsberry. The trial judge

détail plus loin. L'autorisation de procéder à l'interception de communications privées peut être accordée si le juge saisi de la demande est convaincu :

a) qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise;

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle il la destine a consenti à l'interception;

c) qu'il existe des motifs raisonnables de croire que des renseignements relatifs à l'infraction seront obtenus au moyen de l'interception.

Le juge Oppal, plus tard juge à la Cour d'appel, a accordé l'autorisation permettant l'interception des communications privées des appelants et de leurs associés lorsque l'un d'eux parlait avec Molsberry.

Au procès, le témoignage de Molsberry a constitué un élément important de la preuve de la poursuite contre les appelants. Les accusations se rapportaient à une période commençant avant — et se terminant après — l'implication de celui-ci en tant que mandataire de la police. Son témoignage concernant les événements survenus durant la période où il agissait à ce titre était complété par les conversations interceptées. À l'ouverture du procès, les appelants ont contesté l'admissibilité des enregistrements des conversations interceptées grâce à l'autorisation judiciaire accordée en vertu de l'art. 184.2. Le témoignage de Molsberry au sujet des conversations était tout de même admissible, mais il n'aurait pas été appuyé par les enregistrements.

Au procès, les appelants ont plaidé que l'art. 184.2 lui-même était inconstitutionnel; le juge du procès a rejeté cet argument, et sa décision n'a pas été contestée en appel. Subsidiairement, les appelants ont prétendu que les conditions légales préalables à la délivrance de l'autorisation n'avaient pas été remplies et que, par conséquent, l'enregistrement de leurs conversations par Molsberry portait atteinte au droit que leur garantit l'art. 8 de la *Charte*. C'est pour appuyer cette demande fondée sur la *Charte* que les deux appelants ont demandé la permission de contre-interroger le détective Richards

denied leave to cross-examine both the affiant and the informant and ultimately ruled the wiretap evidence to be admissible. We are only concerned on this appeal with the trial judge's refusal to grant leave to cross-examine Detective Richards on the *voir dire*.

The contents of Detective Richards' affidavit are important in relation to the ultimate determination of whether the trial judge erred in denying leave to cross-examine. They are described in detail in the judgment of Newbury J.A. of the British Columbia Court of Appeal. For convenience, I will repeat much the same description here.

In general terms, Detective Richards' affidavit explains how Molsberry came into contact with the Vancouver Police, provides a background regarding the informant, including his criminal history, sets out the information provided by Molsberry about the appellants and others, and describes actions taken by the police to determine Molsberry's legitimacy as an informant.

In particular, Molsberry informed the police that he began purchasing ounces of cocaine from Pires and Lising in January 1996 and that he, in turn, trafficked cocaine at the gram level. In April 1996, Molsberry owed the appellants $500 as a result of a cocaine deal and he was unable to immediately pay this debt. Molsberry also informed the police how he became indebted to other persons associated with the appellants in respect of a marijuana grow operation. He subsequently learned that the appellants and their associates intended to seriously assault him as punishment for not paying these drug debts. On July 5, 1996, the appellants came to his apartment door, repeatedly kicking it and yelling threats at Molsberry. Fearing for his safety, Molsberry called the police. The appellants were no longer at the scene when the police attended. Molsberry was arrested on outstanding warrants for driving while prohibited, failing to appear and obstructing

relativement à son affidavit; Lising a également demandé la permission de contre-interroger l'informateur Molsberry. Le juge du procès a refusé le contre-interrogatoire tant du déposant que de l'informateur et a finalement déclaré la preuve d'écoute électronique admissible. Dans le présent pourvoi, nous nous intéressons uniquement au refus du juge du procès de permettre le contre-interrogatoire du détective Richards pendant le voir-dire.

Le contenu de l'affidavit du détective Richards est important pour décider, ultimement, si le juge du procès a commis une erreur en refusant la permission de contre-interroger. Il est exposé en détail dans le jugement de la juge Newbury de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Pour des raisons de commodité, je reprends sensiblement cet exposé en l'espèce. 53

De manière générale, l'affidavit du détective Richards explique comment Molsberry est entré en contact avec la police de Vancouver, fournit des informations générales sur l'informateur, y compris ses antécédents criminels, expose les renseignements fournis par Molsberry au sujet des appelants et d'autres personnes et décrit les mesures prises par la police pour vérifier la crédibilité de Molsberry en tant qu'informateur. 54

Plus particulièrement, Molsberry a informé la police que, en janvier 1996, il avait commencé à acheter de Pires et Lising de la cocaïne à l'once pour en faire à son tour le trafic au gramme. En avril 1996, à la suite d'une transaction de cocaïne, il s'est retrouvé avec une dette de 500 $ envers les appelants, qu'il n'a pas pu rembourser sur-le-champ. Molsberry a également dit à la police qu'il s'était endetté envers des associés des appelants relativement à une opération de culture de marijuana. Il a ensuite appris que les appelants et leurs associés avaient l'intention de s'en prendre à lui pour le punir de ne pas avoir remboursé ces dettes de drogue. Le 5 juillet 1996, les appelants se sont présentés à son appartement en donnant des coups de pieds dans la porte et en vociférant des menaces à son endroit. Craignant pour sa sécurité, il a appelé la police, mais à l'arrivée de celle-ci les appelants avaient quitté les lieux. Molsberry a été arrêté sur la 55

a peace officer. Molsberry later informed the police about the outstanding drug debt and his fear for his safety. He subsequently agreed to act as a police agent regarding unlawful activities engaged in by a number of members or associates of the East End Chapter of the Hell's Angels, including the two appellants.

56 The affidavit then described the follow-up investigation into Molsberry's allegations. Molsberry's criminal background was confirmed. He was subjected to a polygraph examination, the results of which were communicated to Detective Richards. As I will later describe, this part of the affidavit is central to the appellant's application to cross-examine Detective Richards. The relevant part of the affidavit reads as follows:

> 11. THAT on August 1, 1996, I was advised by Sgt. Peter FRASER of the Vancouver Police Department, Polygraph Section (hereinafter referred to as "Sgt. FRASER"), and verily believe, that on July 31, 1996, he conducted a polygraph examination of MOLSBERRY in relation to this police investigation. Sgt. FRASER informed me that as a result of the examination he verily believes, as do I, that to date MOLSBERRY has been completely truthful in his dealings with the police in this investigation. [Emphasis added.]

Detective Richards also deposed to information received from Constable Dalstrom, who in turn received information from a confidential informant about unlawful activities engaged in by the appellants and others. The information received from the confidential informant included the fact that Pires assisted his brothers in cocaine trafficking and related activities, and acted as an enforcer to collect drug debts on behalf of his brothers. The affidavit also referred to information received from two other confidential informants confirming some of the unlawful activities of other persons named by Molsberry.

57 Detective Richards next deposed on further corroborative evidence. On July 10, 1996, Detective

foi de mandats non exécutés pour conduite pendant une interdiction, défaut de comparaître et entrave d'un policier dans l'exécution de ses fonctions. C'est après cet événement qu'il a informé la police de la dette de drogue non remboursée et des craintes pour sa sécurité. Il a ultérieurement consenti à agir comme mandataire de la police à l'égard des activités illégales de certains membres ou associés du East End Chapter des Hell's Angels, dont les deux appelants.

L'affidavit décrit ensuite l'enquête menée relativement aux allégations de Molsberry. Son passé criminel a été confirmé. On l'a soumis au test du polygraphe, dont les résultats ont été communiqués au détective Richards. Comme je l'expliquerai plus loin, cette partie de l'affidavit est au cœur de la demande de l'appelant de contre-interroger le détective Richards. La partie pertinente de l'affidavit est ainsi rédigée :

> [TRADUCTION] 11. QUE le 1er août 1996, j'ai été avisé par le sergent Peter FRASER de la section de la polygraphie du service de police de Vancouver (ci-après appelé « sergent FRASER »), et je crois sincèrement, que, le 31 juillet 1996, il a fait subir le test du polygraphe à MOLSBERRY dans le cadre de la présente enquête policière. Le sergent FRASER m'a informé que, par suite du test, il croit sincèrement, comme moi, qu'à ce jour MOLSBERRY a dit toute la vérité dans ses rapports avec la police au cours de la présente enquête. [Je souligne.]

Le détective Richards déclare également avoir reçu des renseignements de l'agent de police Dalstrom, qui avait lui-même reçu d'un informateur confidentiel des renseignements au sujet des activités illégales exercées par les appelants et d'autres personnes. Les renseignements reçus de l'informateur confidentiel comprenaient le fait que Pires assistait ses frères dans le trafic de la drogue et dans des activités connexes, en plus d'agir comme homme de main pour recouvrer des dettes de drogue au nom de ses frères. L'affidavit fait également mention de renseignements reçus de deux autres informateurs confidentiels qui confirmaient les activités illégales d'autres personnes nommées par Molsberry.

Le détective Richards parle ensuite d'une autre preuve corroborante. Il était présent, le 10 juillet

Richards was present when Constable Dalstrom instructed Molsberry to place a call to Lising in order to re-establish contact with him. Molsberry placed the call and told Lising that he wanted to pay the outstanding debt. Following the call, Molsberry informed Detective Richards that Lising was angry, that the debt had been increased to $1,000 and that he would be dead if the debt was not paid by July 15. The police thereupon provided $1,000 in cash to Molsberry and members of the Vancouver Police Department observed Molsberry meet with Lising and Pires on July 17 and hand the cash to Lising. They were subsequently informed by Molsberry that during the meeting, Lising offered to supply him with cocaine for $1,400 an ounce. Lising told Molsberry to contact him the following week.

Detective Richards provided further information about a meeting between Molsberry and one of the other associates. As well, Molsberry told Detective Richards on July 29, 1996 that he had been assaulted by some of these associates two days previously. Detective Richards observed that Molsberry had sustained serious facial injuries.

Finally, the affidavit provided details about the agreement with Molsberry, his consent to the interception of his private communications, and the proposed strategy of the investigation. Detective Richards deposed that based on all these facts, he had reasonable grounds to believe that the interception of communications with the appellants and others when they are communicating with Molsberry would provide information about certain specified narcotic offences. Other details necessary to meet the requirements of s. 184.2 (not relevant to this appeal) were also provided.

Much time was spent in argument before the trial judge on Lising's application to cross-examine Molsberry on the *voir dire*, in aid of the appellants' joint application to cross-examine Detective Richards. Lising's application to cross-examine Molsberry was based on counsel's assertion that a number of unidentified persons had provided him with information about Molsberry's general reputation for dishonesty, drug use and criminal

1996, lorsque l'agent de police Dalstrom a demandé à Molsberry d'appeler Lising pour reprendre contact avec lui. Molsberry a appelé Lising et lui a dit qu'il voulait rembourser sa dette. Après l'appel, Molsberry a informé le détective Richards que Lising était en colère, que la dette avait grimpé à 1 000 $ et qu'il allait mourir s'il ne la remboursait pas au plus tard le 15 juillet. La police a alors remis 1 000 $ comptant à Molsberry et, le 17 juillet, des membres du service de police de Vancouver ont observé Molsberry et l'ont vu rencontrer Lising et Pires et remettre l'argent à Lising. Molsberry a par la suite informé les policiers que, pendant la rencontre, Lising lui avait offert de la cocaïne au prix de 1 400 $ l'once. Lising a demandé à Molsberry de l'appeler la semaine suivante.

58 Le détective Richards fournit d'autres renseignements au sujet d'une rencontre entre Molsberry et un des associés. De plus, le 29 juillet 1996, Molsberry a dit au détective Richards qu'il avait été agressé par certains des associés en question deux jours auparavant. Le détective Richards a remarqué que Molsberry avait subi de graves blessures au visage.

59 Enfin, l'affidavit donne des détails sur l'entente conclue avec Molsberry, son consentement à l'interception de ses communications privées et la stratégie d'enquête proposée. Le détective Richards indique que, sur la foi de tous ces faits, il avait des motifs raisonnables de croire que l'interception des communications entre les appelants et d'autres personnes et Molsberry fournirait des renseignements sur des infractions précises liées à la drogue. D'autres détails nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'art. 184.2 (sans pertinence à l'égard du présent pourvoi) sont également fournis.

60 Devant le juge du procès, les parties ont passé beaucoup de temps à débattre sur la demande de Lising de contre-interroger Molsberry au cours du voir-dire, pour appuyer la demande présentée conjointement par les appelants en vue d'être autorisés à contre-interroger le détective Richards. La demande de Lising de contre-interroger Molsberry reposait sur l'affirmation de l'avocat voulant que plusieurs personnes non identifiées lui aient fourni

activity. These assertions did not give reason to embark on an evidentiary hearing. There was no suggestion that the unidentified persons' opinions were even known to the police. Further, nothing in the proposed testimony would have contradicted Molsberry's key allegations. Therefore, the trial judge correctly refused this application and his ruling was not challenged before this Court. As stated earlier, the only issue on this appeal concerns, rather, the application to cross-examine the deponent himself, Detective Richards. I will therefore describe in more detail the basis advanced in support of that application.

61 The appellants' argument is entirely focussed on the above-quoted para. 11 of the affidavit. For convenience, I repeat the impugned part of that paragraph:

> 11. . . . Sgt. FRASER informed me that as a result of the examination he verily believes, as do I, that to date MOLSBERRY has been completely truthful in his dealings with the police in this investigation.

The appellants argued before the trial judge that this statement was misleading because, as revealed by the polygraph material, Molsberry had been tested by polygraph only to determine whether he was a "double agent" and not to determine whether he had been "completely truthful in his dealings with the police in this investigation". (At one point the police had contemplated re-examining Molsberry by polygraph on a wider range of issues; however, they later decided against it because the effectiveness of polygraph testing diminishes on subjects who have already been exposed to testing.) The trial judge agreed with the appellants that this statement in para. 11 was misleading "to the extent" that it says that Sgt. Fraser's belief in Molsberry's complete truthfulness was based on the polygraph examination. Moreover, the trial judge was of the view that the statement in para. 11 "appears to be calculated to mislead" because it seemed that it "was designed to lead to the inference that Detective Richards' belief in the truthfulness of Molsberry was

des renseignements sur la réputation générale de Molsberry, à savoir qu'il était malhonnête, prenait de la drogue et se livrait à des activités criminelles. Ces affirmations ne permettaient pas de procéder à une audition de la preuve. Rien n'indiquait que les opinions des personnes non identifiées étaient même connues de la police. De plus, aucun élément du témoignage projeté n'aurait contredit les allégations clés de Molsberry. Le juge du procès a à bon droit refusé cette demande, et sa décision n'a pas été contestée devant notre Cour. Je le répète, la seule question qui se pose dans le présent pourvoi concerne plutôt la demande de contre-interroger le déposant lui-même, le détective Richards. Je vais donc examiner plus en détail les motifs invoqués à l'appui de cette demande.

L'argumentation des appelants est entièrement axée sur le par. 11 précité de l'affidavit. Pour des raisons de commodité, je reproduis à nouveau la partie contestée de ce paragraphe :

> [TRADUCTION] 11. [. . .] Le sergent FRASER m'a informé que, par suite du test, il croit sincèrement, comme moi, qu'à ce jour MOLSBERRY a dit toute la vérité dans ses rapports avec la police au cours de la présente enquête.

Devant le juge du procès, les appelants ont fait valoir que cette déclaration était trompeuse parce que, comme le révèlent les documents relatifs au polygraphe, Molsberry avait été soumis à ce test uniquement dans le but de déterminer s'il était un « agent double », et non pour vérifier s'il avait [TRADUCTION] « dit toute la vérité dans ses rapports avec la police au cours de la présente enquête ». (À un certain moment, la police avait envisagé de soumettre Molsberry à un autre test polygraphique, avec un éventail de questions plus large, mais elle y a renoncé, parce que l'efficacité de ce test diminue chez les sujets qui y ont déjà été soumis.) Le juge du procès a reconnu avec les appelants que la déclaration figurant au par. 11 était trompeuse [TRADUCTION] « dans la mesure » où elle indique que la croyance du sergent Fraser en la parfaite franchise de Molsberry reposait sur le test polygraphique. En outre, le juge du procès était d'avis que cette déclaration [TRADUCTION] « para[issait] viser à induire en erreur », du fait qu'elle semblait

supported by the result of the polygraph test". The appellants submit that, based on these findings, the trial judge ought to have permitted cross-examination of Detective Richards. However, rather than granting such leave, the trial judge decided for review purposes to disregard the evidence in para. 11. Based on what remained in the affidavit, the trial judge was satisfied that the authorizing judge could have granted the authorization. He therefore dismissed the appellants' application for leave to cross-examine Detective Richards.

[TRADUCTION] « conçue de façon à donner l'impression que la croyance du détective Richard en la franchise de Molsberry était étayée par les résultats du test polygraphique ». Les appelants soutiennent que, à partir de ces conclusions, le juge du procès aurait dû permettre le contre-interrogatoire du détective Richards. Or, il a plutôt décidé, pour les besoins de la révision, d'écarter l'élément de preuve contenu au par. 11. À la lumière du reste de l'affidavit, le juge du procès était convaincu que le juge saisi de la demande d'autorisation aurait été fondé à accorder celle-ci. Il a donc refusé aux appelants l'autorisation de contre-interroger le détective Richards.

The British Columbia Court of Appeal unanimously upheld the trial judge's ruling, concluding that leave to cross-examine was properly denied, each judge expressing in separate concurring reasons his or her basis for arriving at this conclusion. As before this Court, the focus was on para. 11. Two of the appellate judges, Finch C.J.B.C. and Newbury J.A., expressly questioned the basis for the trial judge's statement that part of para. 11 was "calculated to mislead". (Southin J.A. did not express any view on this point as it was irrelevant to her analysis.) On their review of the record, they each concluded that the trial judge could not have meant that Detective Richards deliberately attempted to mislead the authorizing judge. Rather, as Finch C.J.B.C. held, the word "calculated" "cannot be meant to attribute a dishonest intention . . . but rather, must be taken to mean fitted, suited or apt for the purpose" (para. 81). Each judge concluded that the threshold test had not been met and that the trial judge was correct in denying leave.

62 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé à l'unanimité la décision du juge du procès et conclu que l'autorisation de contre-interroger avait à bon droit été refusée, chaque juge exposant dans des motifs distincts concourants les raisons pour lesquelles il arrivait à cette conclusion. Comme ce fut le cas devant notre Cour, l'accent a porté sur le par. 11. Deux des juges de la Cour d'appel, en l'occurrence le juge en chef Finch et la juge Newbury, ont expressément émis des doutes quant aux raisons ayant conduit le juge du procès à dire qu'une partie du par. 11 paraissait [TRADUCTION] « viser à induire en erreur ». (La juge Southin n'a pas abordé ce point qui n'était pas pertinent pour son analyse.) Après avoir examiné le dossier, chacun d'eux a conclu que le juge du procès ne pouvait avoir voulu dire que le détective Richards avait délibérément tenté d'induire en erreur le juge qui avait accordé l'autorisation. Mais comme a estimé le juge en chef Finch, les mots [TRADUCTION] « viser à » « ne sauraient être considérés comme ayant pour effet d'attribuer une intention malhonnête [. . .] mais doivent plutôt être considérés comme voulant dire propre à, de nature à ou apte à » (par. 81). Chacun des juges a conclu que le critère préliminaire n'avait pas été respecté et que le juge du procès avait eu raison de refuser le contre-interrogatoire.

It is quite understandable why the discussion on appeal is focussed on the words "calculated to mislead". Indeed, if there is a reasonable basis for believing that an affiant deliberately attempted to mislead the authorizing judge, this would generally

63 On comprend fort bien pourquoi, en appel, les débats portent principalement sur les mots [TRADUCTION] « viser à induire en erreur ». En effet, l'existence de motifs raisonnables de croire qu'un déposant a délibérément tenté d'induire en erreur

warrant further inquiry by cross-examination because the credibility of the entire affidavit may be brought into question. However, here, as in all cases, the trial judge's words have to be considered in the context of the evidence on the *voir dire* and his ruling as a whole. This is the approach taken by the judges of the British Columbia Court of Appeal. Based on their review, they found no support for the conclusion that Detective Richards, by para. 11 of his affidavit, was attempting to mislead the authorizing judge. Further, when the ruling is considered as a whole, it is quite clear that the trial judge was of the view that cross-examination would not advance the inquiry and that, regardless of any statement about the polygraph test, there was ample basis to grant the authorization and no reason to set it aside. The British Columbia Court of Appeal saw no reason to interfere with that decision.

64 I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal. Having reviewed the record, I too question why the trial judge, in the course of his oral ruling, described as he did the statement about the polygraph test in para. 11 of the affidavit. Perhaps he was merely being responsive to counsel's submissions. Based on the record, it is difficult to understand why it would be misleading to suggest that the results of the polygraph examination formed part of the basis for Detective Richards' belief in Molsberry's truthfulness. If the polygraph results had demonstrated that Molsberry was lying and Detective Richards made the same statement, of course, it would clearly be misleading. But the polygraph examiner concluded that Molsberry was truthful when he answered "no" to the following three questions:

1. Regarding this police investigation, have you discussed your status with the target organization?

2. Regarding this police investigation have you in any manner, falsely represented yourself to the police?

le juge saisi de la demande d'autorisation ouvre généralement la porte au contre-interrogatoire, étant donné que cela peut entacher la fiabilité de l'affidavit en entier. Toutefois, en l'espèce comme dans tous les cas, il faut examiner les propos du juge du procès au regard de la preuve soumise au voir-dire et de sa décision dans son ensemble. C'est l'approche qu'ont retenue les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'examen auquel ils se sont livrés n'a révélé aucun élément de preuve étayant la conclusion selon laquelle, au par. 11 de son affidavit, le détective Richards cherchait à induire en erreur le juge saisi de la demande d'autorisation. De plus, il ressort nettement de l'ensemble de la décision du juge du procès que, pour ce dernier, le contre-interrogatoire n'aiderait pas l'enquête et que, indépendamment de toute déclaration concernant le test du polygraphe, l'autorisation était amplement justifiée et rien ne justifiait de l'annuler. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique n'a vu aucune raison de modifier cette décision.

Je souscris à la conclusion tirée par la Cour d'appel. Premièrement, après examen du dossier, je me demande également pourquoi, dans sa décision de vive voix, le juge du procès a commenté comme il l'a fait la déclaration relative au test polygraphique figurant au par. 11. Peut-être réagissait-il alors simplement aux observations des avocats. Au vu du dossier, il est difficile de comprendre en quoi il serait trompeur de dire que les résultats du test polygraphique ont fondé en partie la croyance du détective Richards en la franchise de Molsberry. Si le détective Richards avait fait la même déclaration mais que les résultats avaient démontré que Molsberry mentait, il va de soi que cette déclaration serait clairement trompeuse. Cependant, le polygraphiste a conclu que Molsberry disait la vérité lorsqu'il a répondu « non » aux trois questions suivantes :

[TRADUCTION]

1. En ce qui concerne la présente enquête policière, avez-vous discuté de votre statut au sein de l'organisation visée?

2. En ce qui concerne la présente enquête policière, avez-vous, de quelque façon que ce soit, fait de fausses déclarations vous concernant à la police?

3. Regarding this police investigation, are you attempting to be an agent for both sides?

Quite apart from the inherent limitations of polygraph testing, I fail to see how these results would do anything but lend support to Detective Richards' belief in Molsberry's truthfulness. While the testing appeared limited in scope to the issue of whether Molsberry was a double agent, in the context of the investigation this was a very relevant consideration. The polygraph examination was conducted on July 31, 1996, about three weeks after Molsberry first gave information to the Vancouver police about the appellants and certain other individuals. As noted earlier, the investigation had progressed in the intervening period. Most significant was the observed encounter between Molsberry and the two appellants when he handed Lising $1,000 in payment of the alleged drug debt. Unless Molsberry was in cahoots with the appellants and this was staged, this encounter constituted significant corroboration of his story. Hence, the subsequent confirmation by the polygraph examiner that Molsberry was not a double agent would logically lend further support to Detective Richards' belief that Molsberry was being truthful.

I also agree with the Court of Appeal that the trial judge was correct in refusing leave to cross-examine Detective Richards. In my view, there was no reasonable likelihood that cross-examination on the impugned statement in para. 11 would elicit evidence of any probative value to the issue for consideration on a review of the authorization. The material issue for consideration on the *voir dire* is whether, at the time of granting the authorization, there existed reasonable grounds to believe that: (a) an offence was or will be committed and (b) information concerning the offence will be obtained by the proposed interception. Detective Richards is not the source of the information that was advanced to establish the reasonable grounds; Molsberry was. There is no contention that the information provided by Molsberry, if reasonably credible, is insufficient to establish the requisite

3. En ce qui concerne la présente enquête policière, essayez-vous d'agir comme mandataire des deux parties?

Indépendamment des limites inhérentes au test du polygraphe, je ne vois pas pourquoi ces résultats n'appuieraient pas la croyance du détective Richards en la franchise de Molsberry. Bien que le test ait semblé se limiter à la question de savoir si Molsberry était un agent double, il s'agissait, dans le contexte de l'enquête, d'une considération très pertinente. Le test polygraphique a été réalisé le 31 juillet 1996, soit environ trois semaines après que Molsberry eut donné à la police de Vancouver ses premiers renseignements concernant les appelants et d'autres personnes. Comme je l'ai déjà souligné, l'enquête avait progressé dans l'intervalle. Il y avait eu notamment la rencontre observée entre Molsberry et les deux appelants, où Molsberry avait remis à Lising une somme de 1 000 $ en remboursement de la prétendue dette de drogue. À moins que Molsberry ait été de mèche avec les appelants et qu'il se soit agi d'une mise en scène, cette rencontre constituait une corroboration importante de son récit. Partant, la confirmation subséquente par le polygraphiste que Molsberry n'était pas un agent double pouvait logiquement conforter la croyance du détective Richards dans la franchise de Molsberry.

65 Je partage également l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle le juge du procès a eu raison de ne pas permettre le contre-interrogatoire du détective Richards. À mon avis, il n'existait aucune probabilité raisonnable qu'un contre-interrogatoire sur la déclaration contestée au par. 11 apporte un élément de preuve probant quant à la question soulevée dans le cadre d'une révision de l'autorisation. La question substantielle à examiner dans le cadre du voir-dire est de savoir s'il existait, au moment où l'autorisation a été accordée, des motifs raisonnables de croire : a) qu'une infraction avait été ou serait commise; b) que des renseignements relatifs à l'infraction seraient obtenus au moyen de l'interception envisagée. La source des renseignements présentés pour établir l'existence des motifs raisonnables n'était pas le détective Richards; c'était Molsberry. Nul ne prétend que les renseignements

grounds. Hence, the determinative issue becomes the grounds for believing that Molsberry was a reliable informant.

66 Detective Richards' personal belief, if any, in Molsberry's truthfulness is immaterial. Section 184.2 of the *Criminal Code* does not require that the affiant, or any other peace officer, have a subjective belief in the information advanced in support of the requisite reasonable grounds. (This may be contrasted, for example, with s. 254(3) of the *Criminal Code* where a peace officer must subjectively believe on objective grounds that a suspect is committing, or in the preceding two — now three — hours has committed, a drinking and driving offence before a request may be made for a breath sample: *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254.) The only requirement is that there exist, on an objective basis, reasonable grounds to believe that an offence has been or will be committed and that evidence about the offence will be obtained by means of the proposed interception. The reasonable grounds are often set out, as in this case, by an affiant who swears as to his or her belief in the existence of reasonable grounds and then explains on what facts it is based. The authorizing judge is then in a position to consider the facts and independently decide whether reasonable grounds have been made out. It is in the context of setting out the factual basis for his belief in the existence of reasonable grounds that Detective Richards related in para. 11 the information provided to him by Sgt. Fraser about the polygraph test.

67 Regardless of the inherent limitations of polygraph testing, the polygraph results were relevant to the material issue — it formed part of the grounds advanced for believing that Molsberry was a reliable informant. However, there was no need to cross-examine Detective Richards to find out more about the polygraph test. The polygraph results, including the transcript of the pre-test examination, were

fournis par Molsberry, s'ils sont raisonnablement crédibles, ne suffisent pas à établir l'existence des motifs requis. Par conséquent, la question déterminante devient celle de savoir s'il existait des motifs de croire que Molsberry était un informateur fiable.

La croyance personnelle du détective Richards en la franchise de Molsberry, si tant est qu'il avait une opinion à cet égard, importe peu. L'article 184.2 du *Code criminel* n'exige pas que le déposant, ou tout agent de la paix, croie subjectivement à la véracité des renseignements présentés pour étayer les motifs raisonnables requis. (La situation est différente, par exemple, dans le cas du par. 254(3) du *Code criminel*, qui exige, pour qu'une demande d'échantillon d'haleine puisse être présentée, que l'agent de la paix croie subjectivement, pour des motifs objectifs, qu'un suspect est en train de commettre ou a commis, au cours des deux — maintenant trois — heures précédentes, une infraction de conduite avec facultés affaiblies : *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254.) La seule exigence est qu'il existe, objectivement, des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été ou sera commise et que des éléments de preuve relatifs à l'infraction seront obtenus au moyen de l'interception envisagée. Les motifs raisonnables sont souvent énoncés, comme c'est le cas en l'espèce, par un déposant qui atteste de sa croyance à cet égard et qui explique sur quels faits celle-ci repose. Le juge saisi de la demande d'autorisation est alors en mesure d'examiner les faits et de décider, d'une manière indépendante, si l'existence des motifs raisonnables a été établie. C'est dans l'énonciation du fondement factuel de sa croyance en l'existence de motifs raisonnables que le détective Richards a relaté, au par. 11, les renseignements qui lui ont été fournis par le sergent Fraser au sujet du test polygraphique.

Indépendamment des limites inhérentes au test du polygraphe, les résultats de ce test étaient pertinents à l'égard de la question substantielle — ils faisaient partie des motifs permettant de croire que Molsberry était un informateur fiable. Il n'était toutefois pas nécessaire de contre-interroger le détective Richards pour en savoir plus sur le test polygraphique. Les résultats de ce test, y compris

disclosed to the defence and were put before the reviewing judge for his consideration. There was no reasonable likelihood that cross-examination of Detective Richards on the information he received about the polygraph results would elucidate anything further of any probative value. Cross-examination of Detective Richards on his para. 11, at best, could only serve to elucidate with greater precision the extent to which the information received by him from the polygraph examiner figured in his own assessment of Molsberry's credibility at that point in time in the investigation. Further, and more importantly, the basis for obtaining an authorization — the grounds for believing that the appellants trafficked in cocaine and Molsberry's consent to be intercepted — was not in any way impugned by the information on which the appellants claimed the need for an evidentiary hearing.

la transcription de l'entrevue préliminaire, ont été communiqués à la défense et soumis à l'examen du juge siégeant en révision. Il n'existait aucune probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du détective Richards relativement aux renseignements qu'il avait reçus au sujet des résultats du test polygraphique apporte quoi que ce soit de plus qui aurait une quelconque valeur probante. Le contre-interrogatoire du détective Richards relativement à son par. 11 pouvait tout au plus servir à préciser davantage la mesure dans laquelle les renseignements qu'il avait reçus du polygraphiste avaient joué un rôle dans sa propre appréciation de la crédibilité de Molsberry à ce moment précis de l'enquête. En outre, et cela est plus important, le fondement de l'obtention d'une autorisation — les motifs de croire que les appelants faisaient le trafic de la cocaïne et le consentement de Molsberry à l'interception — n'était aucunement mis en doute par les renseignements invoqués par les appelants pour établir la nécessité de procéder à une audition de la preuve.

The appellants contend however that the impugned statement brought Detective Richards' own credibility into question and that cross-examination was necessary to explore this further. There is no doubt that the affiant's own credibility may be material on a *Garofoli* hearing. Indeed, if the officer reported a certain result in the face of a contrary conclusion by the polygraph examiner, one would hope that cross-examination would be permitted. However, as the material reveals in this case, the proposed cross-examination, at best, could reveal that Detective Richards overstated the potential value of the polygraph results. On this point, I agree with the following opinion expressed by Finch C.J.B.C.:

68 Les appelants soutiennent néanmoins que la déclaration contestée a jeté le doute sur la crédibilité du détective Richards lui-même et que le contre-interrogatoire de celui-ci était nécessaire pour explorer davantage cette question. Il est indubitable que la crédibilité du déposant lui-même peut être déterminante à l'occasion d'une audience de type *Garofoli*. D'ailleurs, si l'agent avait fait état d'un résultat contraire à la conclusion du polygraphiste, le contre-interrogatoire aurait, doit-on l'espérer, été permis. Cependant, comme le révèlent les documents soumis en l'espèce, le contre-interrogatoire projeté pouvait tout au plus révéler que le détective Richards avait surestimé la valeur potentielle des résultats du test polygraphique. Sur ce point, je souscris à l'opinion suivante exprimée par le juge en chef Finch :

In my view, the appellants have not met this threshold. At most, the appellants have shown a basis to believe that cross-examination will elicit testimony that tends to discredit Detective Richards' credibility on the peripheral matter of the polygraph examination results. This, however, is insufficient. The appellants have not shown any basis to conclude that cross-examination will tend to impugn Detective Richards' credibility on any

[TRADUCTION] À mon avis, les appelants n'ont pas satisfait à cette exigence préliminaire. Ils ont tout au plus démontré qu'il existait des motifs de croire que ce contre-interrogatoire apporterait un témoignage tendant à miner la crédibilité du détective Richards quant à la question secondaire des résultats du test du polygraphe. Cela n'est toutefois pas suffisant. Les appelants n'ont pas démontré qu'il existait des motifs de

of the statements in his affidavit that form the essential basis for issuing the authorization. Nor does the misleading statement in ¶ 11 create any reasonable possibility that cross-examination of Detective Richards would elicit testimony that casts so much doubt on his credibility that the reliability of his entire affidavit would be tainted. Accordingly, and unlike *Garofoli*, *supra*, the misleading statement in ¶ 11 does not go to the foundation of the authorization. It is, rather, as in *Vukelich*, *supra*, unrelated to "the essence of the case". [para. 83]

conclure que le contre-interrogatoire tendrait à mettre en doute la crédibilité du détective Richards à l'égard de l'une ou l'autre des déclarations dans son affidavit qui constituent le motif essentiel de la délivrance de l'autorisation. La déclaration trompeuse contenue au ¶ 11 n'établit pas non plus une probabilité raisonnable que le contre-interrogatoire du détective Richards apporterait un témoignage jetant un tel doute sur la crédibilité de ce dernier que la fiabilité de l'ensemble de son affidavit serait entachée. Par conséquent, et contrairement à ce qui a été décidé dans l'arrêt *Garofoli*, précité, la déclaration trompeuse au ¶ 11 ne sape pas le fondement de l'autorisation. Il s'agit plutôt d'une déclaration qui, comme dans l'arrêt *Vukelich*, précité, n'a rien à voir avec « les éléments essentiels de l'affaire ». [par. 83]

69 Although the likely effect of the proposed cross-examination must be assessed in light of the affidavit as a whole, I also agree with Finch C.J.B.C. that the threshold test for determining whether cross-examination should be allowed is separate and distinct from the ultimate question of whether the authorization is valid. Hence, in determining whether the threshold test has been met, the trial judge cannot decide the question simply on the basis that other parts of the affidavit would support the authorization. The focus, rather, must be on the likely effect of the proposed cross-examination and on whether there is a reasonable likelihood that it will undermine the basis of the authorization. If the test is met, it is only at the conclusion of the *voir dire* that the trial judge will determine whether, on the basis of the amplified record, there still remains a basis for the authorization. However, the trial judge's apparent collapse of the two tests is of no moment in this case. Having correctly refused leave to cross-examine, the next step was to determine the authorization's validity on the basis of the material before him. The fact that he proceeded to do so without considering para. 11 is of no consequence to the appellants. I therefore see no reason to interfere with the trial judge's ruling.

Bien qu'il faille apprécier l'effet probable du contre-interrogatoire projeté à la lumière de l'ensemble de l'affidavit, je conviens également avec le juge en chef Finch que le critère préliminaire applicable pour décider s'il y a lieu de permettre le contre-interrogatoire est distinct de la question ultime de la validité de l'autorisation. En conséquence, pour déterminer si le critère préliminaire a été respecté, le juge du procès ne peut se contenter de vérifier si les autres parties de l'affidavit auraient étayé l'autorisation. Il doit s'attacher à l'effet probable du contre-interrogatoire projeté et à la probabilité raisonnable que celui-ci sape le fondement de l'autorisation. Si le critère est respecté, ce n'est qu'à la fin du voir-dire que le juge du procès déterminera, sur la base d'un dossier étoffé par un complément de preuve, s'il reste un fondement à l'autorisation. Toutefois, la fusion des deux critères qu'a apparemment opérée le juge du procès n'a aucune incidence en l'espèce. Après avoir à juste titre refusé le contre-interrogatoire, il devait passer à l'étape suivante et vérifier la validité de l'autorisation sur la foi des documents qui lui avaient été soumis. Qu'il l'ait fait sans tenir compte du par. 11 n'a aucune incidence pour les appelants. Je ne vois donc aucune raison de modifier la décision du juge du procès.

6. Disposition

6. Dispositif

70 For these reasons, I would dismiss the appeals.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Pires: Kenneth S. Westlake; Peck and Company, Vancouver.

Solicitor for the appellant Lising: Gregory P. DelBigio, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelant Pires : Kenneth S. Westlake; Peck and Company, Vancouver.

Procureur de l'appelant Lising : Gregory P. DelBigio, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Yvon Rodrigue *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* RODRIGUE

Neutral citation: 2005 SCC 67.

File No.: 30899.

2005: November 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Firearms — Possession of weapon for dangerous purpose — Intention to use weapon.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Nuss and Morissette JJ.A.) (2005), 30 C.R. (6th) 176, [2005] Q.J. No. 2700 (QL), 2005 QCCA 310, upholding the accused's conviction for possession of a weapon for a purpose dangerous to public peace. Appeal dismissed.

Josée Ferrari, for the appellant.

Pierre Proulx and *Henri-Pierre LaBrie*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

1 THE COURT — Like the Court of Appeal, we are all of the view that the trial judge, in finding the necessary criminal intent in the instant case, committed no error that would warrant the intervention of this Court. The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pariseau, Olivier, Montréal.

Yvon Rodrigue *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* RODRIGUE

Référence neutre : 2005 CSC 67.

N° du greffe : 30899.

2005 : 17 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Armes à feu — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — Intention d'utiliser l'arme.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Nuss et Morissette) (2005), 30 C.R. (6th) 176, [2005] J.Q. n° 2700 (QL), 2005 QCCA 310, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé d'avoir eu en sa possession une arme à feu dans un dessein dangereux pour la paix publique. Pourvoi rejeté.

Josée Ferrari, pour l'appelant.

Pierre Proulx et *Henri-Pierre LaBrie*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LA COUR — À l'instar de la Cour d'appel, nous sommes tous d'avis que la juge du procès n'a pas commis d'erreur justifiant l'intervention de notre Cour en concluant à l'intention criminelle requise dans la présente affaire. L'appel est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Pariseau, Olivier, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General's Prosecutor, Sherbrooke.

Procureur de l'intimée : Substitut du procureur général, Sherbrooke.

Elidio Donato Escobar-Benavidez *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* ESCOBAR-BENAVIDEZ

Neutral citation: 2005 SCC 68.

File No.: 30917.

2005: November 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Criminal record of accused — Post-offence conduct.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(*b*)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse and Oppal JJ.A.) (2005), 211 B.C.A.C. 260, 349 W.A.C. 260, 196 C.C.C. (3d) 459, [2005] B.C.J. No. 752 (QL), 2005 BCCA 211, upholding the accused's conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Timothy J. Russell, for the appellant.

Fred Tischler, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — We would all dismiss the appeal. The recharge on the criminal record, read in context, could not have misled the jury. Moreover, we conclude that the trial judge did not err in failing to instruct the jury on post-offence conduct which, we note, was not requested.

Elidio Donato Escobar-Benavidez *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* ESCOBAR-BENAVIDEZ

Référence neutre : 2005 CSC 68.

N° du greffe : 30917.

2005 : 18 novembre.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Casier judiciaire de l'accusé — Comportement de l'accusé postérieur à l'infraction.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)*b*)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse et Oppal) (2005), 211 B.C.A.C. 260, 349 W.A.C. 260, 196 C.C.C. (3d) 459, [2005] B.C.J. No. 752 (QL), 2005 BCCA 211, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré de l'accusé. Pourvoi rejeté.

Timothy J. Russell, pour l'appelant.

Fred Tischler, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel. Interprété dans son contexte, le nouvel exposé concernant le casier judiciaire ne peut pas avoir induit le jury en erreur. De plus, nous concluons que le juge du procès n'a commis aucune erreur en s'abstenant de donner au jury des directives sur le comportement postérieur à l'infraction qui, soulignons-le, n'étaient pas requises.

Absent error, there is no need to consider the issue of the application of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

The appeal is dismissed and the verdict of the jury is confirmed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: McCullough Parsons Blazina, Victoria.

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

En l'absence d'erreur, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de l'application du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. 2

L'appel est rejeté et le verdict du jury est confirmé. 3

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : McCullough Parsons Blazina, Victoria.

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

Mikisew Cree First Nation *Appellant*

v.

Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage, and Thebacha Road Society *Respondents*

and

Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Big Island Lake Cree Nation, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Treaty 8 First Nations of Alberta, Treaty 8 Tribal Association, Blueberry River First Nations and Assembly of First Nations *Interveners*

Première nation crie Mikisew *Appelante*

c.

Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien, et Thebacha Road Society *Intimées*

et

Procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Nation crie de Big Island Lake, Lesser Slave Lake Indian Regional Council, Premières nations de l'Alberta signataires du Traité nº 8, Treaty 8 Tribal Association, Premières nations de Blueberry River et Assemblée des Premières Nations *Intervenants*

INDEXED AS: MIKISEW CREE FIRST NATION *v.* CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE)

Neutral citation: 2005 SCC 69.

File No.: 30246.

2005: March 14; 2005: November 24.

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

RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW *c.* CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN)

Référence neutre : 2005 CSC 69.

Nº du greffe : 30246.

2005 : 14 mars; 2005 : 24 novembre.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Treaty rights — Crown's duty to consult — Crown exercising its treaty right and "taking up" surrendered lands to build winter road to meet regional transportation needs — Proposed road reducing territory over which Mikisew Cree First Nation would be entitled to exercise its treaty rights to hunt, fish and trap — Whether Crown had duty to consult Mikisew — If so, whether Crown discharged its duty — Treaty No. 8.

Crown — Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples.

Appeal — Role of intervener — New argument.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Droits issus de traités — Obligation de consultation de la Couronne — Exercice par la Couronne du droit issu du traité et « prise » de terres cédées afin de construire une route d'hiver pour répondre aux besoins régionaux en matière de transport — Route proposée réduisant le territoire sur lequel la Première nation crie Mikisew aurait le droit d'exercer ses droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter les Mikisew? — Dans l'affirmative, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Traité nº 8.

Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones.

Appel — Rôle de l'intervenant — Nouvel argument.

Under Treaty 8, made in 1899, the First Nations who lived in the area surrendered to the Crown 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories, an area whose size dwarfs France, exceeds Manitoba, Saskatchewan and Alberta and approaches the size of British Columbia. In exchange for this surrender, the First Nations were promised reserves and some other benefits including, most importantly to them, the rights to hunt, trap and fish throughout the land surrendered to the Crown except "such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes".

The Mikisew Reserve is located within Treaty 8 in what is now Wood Buffalo National Park. In 2000, the federal government approved a winter road, which was to run through the Mikisew's reserve, without consulting them. After the Mikisew protested, the road alignment was modified (but without consultation) to track around the boundary of the reserve. The total area of the road corridor is approximately 23 square kilometres. The Mikisew's objection to the road goes beyond the direct impact of closure to hunting and trapping of the area covered by the winter road and included the injurious affection it would have on their traditional lifestyle which was central to their culture. The Federal Court, Trial Division set aside the Minister's approval based on breach of the Crown's fiduciary duty to consult with the Mikisew adequately and granted an interlocutory injuction against constructing the winter road. The court held that the standard public notices and open houses which were given were not sufficient and that the Mikisew were entitled to a distinct consultation process. The Federal Court of Appeal set aside the decision and found, on the basis of an argument put forward by an intervener, that the winter road was properly seen as a "taking up" of surrendered land pursuant to the treaty rather than an infringement of it. This judgment was delivered before the release of this Court's decisions in *Haida Nation* and *Taku River Tlingit First Nation.*

Held: The appeal should be allowed. The duty of consultation, which flows from the honour of the Crown, was breached.

Aux termes du Traité nº 8 signé en 1899, les premières nations qui vivaient dans la région ont cédé à la Couronne 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest, une superficie de très loin supérieure à celle de la France, qui excède celle du Manitoba, de la Saskatchewan ou de l'Alberta et qui équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique. En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, les plus importants pour eux étant les droits de chasse, de pêche et de piégeage sur tout le territoire cédé à la Couronne à l'exception de « tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets ».

La réserve des Mikisew se trouve sur le territoire visé par le Traité nº 8 dans ce qui est maintenant le parc national Wood Buffalo. En 2000, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d'une route d'hiver, qui devait traverser la réserve des Mikisew, sans consulter ceux-ci. À la suite des protestations des Mikisew, le tracé de la route a été modifié (mais sans consultation) de manière à ce qu'il longe la limite de la réserve. La superficie totale du corridor de la route est d'environ 23 kilomètres carrés. L'objection des Mikisew à la construction de la route va au-delà de l'effet direct qu'aurait l'interdiction de chasser et de piéger dans le secteur visé par la route d'hiver et porte sur le préjudice causé au mode de vie traditionnel qui est essentiel à leur culture. La Section de première instance de la Cour fédérale a annulé l'approbation de la ministre en se fondant sur la violation de l'obligation de fiduciaire de la Couronne de consulter adéquatement les Mikisew et a accordé une injonction interlocutoire interdisant la construction de la route d'hiver. La cour a conclu que les avis publics types et la tenue de séances portes ouvertes n'étaient pas suffisants et que les Mikisew avaient droit à un processus de consultation distinct. La Cour d'appel fédérale a annulé cette décision et a conclu, en s'appuyant sur un argument présenté par un intervenant, que la route d'hiver constituait plus justement une « prise » de terres cédées effectuée conformément au traité plutôt qu'une violation de celui-ci. Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haïda* et *Première nation Tlingit de Taku River.*

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne n'a pas été respectée.

The government's approach, rather than advancing the process of reconciliation between the Crown and the Treaty 8 First Nations, undermined it. [4]

When the Crown exercises its Treaty 8 right to "take up" land, its duty to act honourably dictates the content of the process. The question in each case is to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect the rights of the aboriginal peoples to hunt, fish and trap so as to trigger the duty to consult. Accordingly, where the court is dealing with a proposed "taking up", it is not correct to move directly to a *Sparrow* justification analysis even if the proposed measure, if implemented, would infringe a First Nation treaty right. The Court must first consider the process and whether it is compatible with the honour of the Crown. [33-34] [59]

The Crown, while it has a treaty right to "take up" surrendered lands, is nevertheless under the obligation to inform itself on the impact its project will have on the exercise by the Mikisew of their treaty hunting, fishing and trapping rights and to communicate its findings to the Mikisew. The Crown must then attempt to deal with the Mikisew in good faith and with the intention of substantially addressing their concerns. The duty to consult is triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the content of the Crown's duty. Under Treaty 8, the First Nation treaty rights to hunt, fish and trap are therefore limited not only by geographical limits and specific forms of government regulation, but also by the Crown's right to take up lands under the treaty, subject to its duty to consult and, if appropriate, to accommodate the concerns of the First Nation affected. [55-56]

Here, the duty to consult is triggered. The impacts of the proposed road were clear, established, and demonstrably adverse to the continued exercise of the Mikisew hunting and trapping rights over the lands in question. Contrary to the Crown's argument, the duty to consult was not discharged in 1899 by the pre-treaty negotiations. [54-55]

However, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on surrendered lands where the Mikisew treaty rights are expressly subject to the

La démarche adoptée par le gouvernement a nui au processus de réconciliation entre la Couronne et les premières nations signataires du Traité nº 8 plutôt que de le faire progresser. [4]

Lorsque la Couronne exerce son droit issu du Traité nº 8 de « prendre » des terres, son obligation d'agir honorablement dicte le contenu du processus. La question dans chaque cas consiste à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Autochtones de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Par conséquent, dans les cas où la Cour est en présence d'une « prise » projetée, il n'est pas indiqué de passer directement à une analyse de la justification fondée sur l'arrêt *Sparrow* même si on a conclu que la mesure envisagée, si elle était mise en œuvre, porterait atteinte à un droit issu du traité de la première nation. La Cour doit d'abord examiner le processus et se demander s'il est compatible avec l'honneur de la Couronne. [33-34] [59]

Même si le traité lui accorde un droit de « prendre » des terres cédées, la Couronne a néanmoins l'obligation de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice, par les Mikisew, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter avec les Mikisew de bonne foi et dans l'intention de tenir compte réellement de leurs préoccupations. L'obligation de consultation est vite déclenchée, mais l'effet préjudiciable et l'étendue du contenu de l'obligation de la Couronne sont des questions de degré. En vertu du Traité nº 8, les droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité de la première nation sont par conséquent restreints non seulement par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale, mais aussi le droit pour la Couronne de prendre des terres aux termes du traité, sous réserve de son obligation de tenir des consultations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de la première nation. [55-56]

En l'espèce, l'obligation de consultation est déclenchée. Les effets de la route proposée étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question. Contrairement à ce qu'elle prétend, la Couronne ne s'est pas acquittée de l'obligation de consultation en 1899 lors des négociations qui ont précédé le traité. [54-55]

Cependant, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres cédées où les droits issus du

"taking up" limitation, the content of the Crown's duty of consultation in this case lies at the lower end of the spectrum. The Crown is required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them. This engagement should include the provision of information about the project, addressing what the Crown knew to be the Mikisew's interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown must also solicit and listen carefully to the Mikisew's concerns, and attempt to minimize adverse impacts on its treaty rights. [64]

The Crown did not discharge its obligations when it unilaterally declared the road re-alignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. It failed to demonstrate an intention of substantially addressing aboriginal concerns through a meaningful process of consultation. [64-67]

The Attorney General of Alberta did not overstep the proper role of an intervener when he raised before the Federal Court of Appeal a fresh argument on the central issue of whether the Minister's approval of the winter road infringed Treaty 8. It is always open to an intervener to put forward any legal argument in support of what it submits is the correct legal conclusion on an issue properly before the court provided that in doing so its legal argument does not require additional facts not proven in evidence at trial, or raise an argument that is otherwise unfair to one of the parties. [40]

Cases Cited

Considered: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74; **distinguished:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; **referred to:** *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43; *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19; *Province of Ontario v. Dominion of*

traité des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », le contenu de l'obligation de consultation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne doit aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux. Ce dialogue devrait comporter la communication de renseignements au sujet du projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l'effet préjudiciable que le projet risquait d'avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne doit aussi demander aux Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits issus du traité des Mikisew. [64]

La Couronne n'a pas respecté ses obligations lorsqu'elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Elle n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des Autochtones dans le cadre d'un véritable processus de consultation. [64-67]

Le procureur général de l'Alberta n'a pas outrepassé le rôle d'un intervenant lorsqu'il a soulevé devant la Cour d'appel fédérale un nouvel argument pertinent à la question qui était au cœur du litige, à savoir si l'approbation de la route d'hiver par la ministre violait le Traité n° 8. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l'appui de ce qu'il prétend être la bonne conclusion juridique à l'égard d'une question dont la cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n'ont pas été prouvés au procès, ou qu'il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l'une des parties. [40]

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43; *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *Province of*

Canada (1895), 25 S.C.R. 434; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1982, s. 35.
Natural Resources Transfer Agreement, 1930 (Alberta) (Schedule of *Constitution Act, 1930*, R.S.C. 1985, App. II, No. 26), para. 10.
Wood Buffalo National Park Game Regulations, SOR/78-830, s. 36(5).

Treaties and Proclamations

Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
Treaty No. 8 (1899).

Authors Cited

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto: William Briggs, 1908.
Report of Commissioners for Treaty No. 8, in *Treaty No. 8 made June 21, 1899 and Adhesions, Reports, etc.*, reprinted from 1899 edition. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Rothstein, Sexton and Sharlow JJ.A.), [2004] 3 F.C.R. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258, [2004] 2 C.N.L.R. 74, [2004] F.C.J. No. 277 (QL), 2004 FCA 66, reversing a judgment of Hansen J. (2001), 214 F.T.R. 48, [2002] 1 C.N.L.R. 169, [2001] F.C.J. No. 1877 (QL), 2001 FCT 1426. Appeal allowed.

Jeffrey R. W. Rath and *Allisun Taylor Rana*, for the appellant.

Cheryl J. Tobias and *Mark R. Kindrachuk, Q.C.*, for the respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage.

No one appeared for the respondent the Thebacha Road Society.

P. Mitch McAdam, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Robert J. Normey and *Angela J. Brown*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Ontario c. Dominion of Canada (1895), 25 R.C.S. 434; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433.

Lois et règlements cités

Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930 (Alberta) (annexe de la *Loi constitutionnelle de 1930*, L.R.C. 1985, app. II, nº 26), par. 10.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo, DORS/78-830, art. 36(5).

Traités et proclamations

Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, app. II, nº 1.
Traité nº 8 (1899).

Doctrine citée

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin : A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto : William Briggs, 1908.
Rapport des commissaires sur le Traité nº 8, dans *Traité nº 8 conclu le 21 juin 1899 et adhésions, rapports et autres documents annexés*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Rothstein, Sexton et Sharlow), [2004] 3 R.C.F. 436, 236 D.L.R. (4th) 648, 317 N.R. 258, [2004] 2 C.N.L.R. 74, [2004] A.C.F. nº 277 (QL), 2004 CAF 66, qui a infirmé un jugement de la juge Hansen (2001), 214 F.T.R. 48, [2002] 1 C.N.L.R. 169, [2001] A.C.F. nº 1877 (QL), 2001 CFPI 1426. Pourvoi accueilli.

Jeffrey R. W. Rath et *Allisun Taylor Rana*, pour l'appelante.

Cheryl J. Tobias et *Mark R. Kindrachuk, c.r.*, pour l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien.

Personne n'a comparu pour l'intimée Thebacha Road Society.

P. Mitch McAdam, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert J. Normey et *Angela J. Brown*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

James D. Jodouin and *Gary L. Bainbridge*, for the intervener the Big Island Lake Cree Nation.

Allan Donovan and *Bram Rogachevsky*, for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Robert C. Freedman and *Dominique Nouvet*, for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta.

E. Jack Woodward and *Jay Nelson*, for the intervener the Treaty 8 Tribal Association.

Thomas R. Berger, Q.C., and *Gary A. Nelson*, for the intervener the Blueberry River First Nations.

Jack R. London, Q.C., and *Bryan P. Schwartz*, for the intervener the Assembly of First Nations.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The fundamental objective of the modern law of aboriginal and treaty rights is the reconciliation of aboriginal peoples and non-aboriginal peoples and their respective claims, interests and ambitions. The management of these relationships takes place in the shadow of a long history of grievances and misunderstanding. The multitude of smaller grievances created by the indifference of some government officials to aboriginal people's concerns, and the lack of respect inherent in that indifference has been as destructive of the process of reconciliation as some of the larger and more explosive controversies. And so it is in this case.

Treaty 8 is one of the most important of the post-Confederation treaties. Made in 1899, the First Nations who lived in the area surrendered to the Crown 840,000 square kilometres of what is now northern Alberta, northeastern British Columbia, northwestern Saskatchewan and the southern portion of the Northwest Territories. Some idea of the size of this surrender is given by the fact that it dwarfs France (543,998 square kilometres),

James D. Jodouin et *Gary L. Bainbridge*, pour l'intervenante la Nation crie de Big Island Lake.

Allan Donovan et *Bram Rogachevsky*, pour l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council.

Robert C. Freedman et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante les Premières nations de l'Alberta signataires du Traité nº 8.

E. Jack Woodward et *Jay Nelson*, pour l'intervenante Treaty 8 Tribal Association.

Thomas R. Berger, c.r., et *Gary A. Nelson*, pour l'intervenante Premières nations de Blueberry River.

Jack R. London, c.r., et *Bryan P. Schwartz*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'objectif fondamental du droit moderne relatif aux droits ancestraux et issus de traités est la réconciliation entre les peuples autochtones et non autochtones et la conciliation de leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs. La gestion de ces rapports s'exerce dans l'ombre d'une longue histoire parsemée de griefs et d'incompréhension. La multitude de griefs de moindre importance engendrés par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette indifférence, ont causé autant de tort au processus de réconciliation que certaines des controverses les plus importantes et les plus vives. Et c'est le cas en l'espèce. 1

Le Traité nº 8 est l'un des plus importants traités conclus après la Confédération. Les premières nations qui l'ont signé en 1899 ont cédé à la Couronne une superficie de 840 000 kilomètres carrés de terres situées dans ce qui est maintenant le nord de l'Alberta, le nord-est de la Colombie-Britannique, le nord-ouest de la Saskatchewan et la partie sud des Territoires du Nord-Ouest. Pour donner une idée de l'étendue du territoire cédé, sa superficie est 2

exceeds the size of Manitoba (650,087 square kilometres), Saskatchewan (651,900 square kilometres) and Alberta (661,185 square kilometres) and approaches the size of British Columbia (948,596 square kilometres). In exchange for this surrender, the First Nations were promised reserves and some other benefits including, most importantly to them, the following rights of hunting, trapping, and fishing:

> And Her Majesty the Queen HEREBY AGREES with the said Indians that they shall have right to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing throughout the tract surrendered as heretofore described, subject to such regulations as may from time to time be made by the Government of the country, acting under the authority of Her Majesty, and saving and excepting such tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes. [Emphasis added.]

3 In fact, for various reasons (including lack of interest on the part of First Nations), sufficient land was not set aside for reserves for the Mikisew Cree First Nation (the "Mikisew") until the 1986 Treaty Land Entitlement Agreement, 87 years after Treaty 8 was made. Less than 15 years later, the federal government approved a 118-kilometre winter road that, as originally conceived, ran through the new Mikisew First Nation Reserve at Peace Point. The government did not think it necessary to engage in consultation directly with the Mikisew before making this decision. After the Mikisew protested, the winter road alignment was changed to track the boundary of the Peace Point reserve instead of running through it, again without consultation with the Mikisew. The modified road alignment traversed the traplines of approximately 14 Mikisew families who reside in the area near the proposed road, and others who may trap in that area although they do not live there, and the hunting grounds of as many as 100 Mikisew people whose hunt (mainly of moose), the Mikisew say, would be adversely affected. The fact the proposed winter road directly affects only about 14 Mikisew trappers and perhaps 100 hunters may not seem

de très loin supérieure à celle de la France (543 998 kilomètres carrés), elle excède celle du Manitoba (650 087 kilomètres carrés), de la Saskatchewan (651 900 kilomètres carrés) et de l'Alberta (661 185 kilomètres carrés), et elle équivaut presque à celle de la Colombie-Britannique (948 596 kilomètres carrés). En contrepartie de cette cession, on a promis aux premières nations des réserves et certains autres avantages, y compris, ce qui leur importait le plus, les droits de chasse, de piégeage et de pêche suivants :

> [TRADUCTION] Et Sa Majesté la Reine convient par les présentes avec les dits sauvages qu'ils auront le droit de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche dans l'étendue de pays cédée telle que ci-dessus décrite, subordonnées à tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement du pays agissant au nom de Sa Majesté et sauf et excepté tels terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets. [Je souligne.]

En fait, pour diverses raisons (y compris un manque d'intérêt de la part des Autochtones), on n'a pas mis de côté suffisamment de terres aux fins d'établissement de réserves pour la Première nation crie Mikisew (les « Mikisew ») avant l'adoption du Treaty Land Entitlement Agreement de 1986, soit 87 ans après la signature du Traité nº 8. Moins de 15 ans plus tard, le gouvernement fédéral a approuvé la construction d'une route d'hiver de 118 kilomètres qui, selon le plan original, traversait la nouvelle réserve de la Première nation Mikisew à Peace Point. Le gouvernement n'a pas jugé nécessaire de consulter directement les Mikisew avant de prendre cette décision. À la suite des protestations de ces derniers, le tracé de la route d'hiver a été modifié de manière à longer la limite de la réserve de Peace Point plutôt que de la traverser, toujours sans que les Mikisew aient été consultés. Le tracé modifié de la route traversait les lignes de piégeage d'environ 14 familles Mikisew vivant dans le secteur voisin de la route projetée, et ceux d'autres personnes pouvant installer des pièges dans ce secteur sans y vivre, ainsi que les territoires de chasse d'une centaine de Mikisew dont les activités de chasse (principalement à

very dramatic (unless you happen to be one of the trappers or hunters in question) but, in the context of a remote northern community of relatively few families, it is significant. Beyond that, however, the principle of consultation in advance of interference with existing treaty rights is a matter of broad general importance to the relations between aboriginal and non-aboriginal peoples. It goes to the heart of the relationship and concerns not only the Mikisew but other First Nations and non-aboriginal governments as well.

l'orignal) risquaient, selon les Mikisew, d'être perturbées. Le fait que la route d'hiver projetée ne nuise directement qu'à environ 14 trappeurs Mikisew et quelque 100 chasseurs peut ne pas sembler très dramatique (sauf si vous êtes vous-même un des trappeurs ou des chasseurs en question), mais dans le contexte d'une collectivité éloignée du nord composée d'un nombre relativement restreint de familles, ce fait a de l'importance. Au-delà de tout cela, le principe de tenir des consultations avant de porter atteinte à des droits issus de traités existants constitue néanmoins une question qui revêt une importance générale en ce qui concerne les rapports entre les peuples autochtones et non autochtones. Ce principe touche au cœur de ces rapports et concerne non seulement les Mikisew, mais aussi d'autres premières nations et les gouvernements non autochtones.

In this case, the relationship was not properly managed. Adequate consultation in advance of the Minister's approval did not take place. The government's approach did not advance the process of reconciliation but undermined it. The duty of consultation which flows from the honour of the Crown, and its obligation to respect the existing treaty rights of aboriginal peoples (now entrenched in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*), was breached. The Mikisew appeal should be allowed, the Minister's approval quashed, and the matter returned to the Minister for further consultation and consideration. 4

En l'espèce, les rapports n'ont pas été bien gérés. Aucune consultation adéquate n'a été tenue avant l'approbation de la ministre. La démarche adoptée par le gouvernement a nui au processus de réconciliation plutôt que de le faire progresser. L'obligation de consultation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que l'obligation de celle-ci de respecter les droits issus de traités existants des peuples autochtones (maintenant reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) ont été violées. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi des Mikisew, d'annuler l'approbation de la ministre et de lui renvoyer le dossier pour qu'elle tienne des consultations et qu'elle en poursuive l'examen.

I. Facts

I. Faits

About 5 percent of the territory surrendered under Treaty 8 was set aside in 1922 as Wood Buffalo National Park. The Park was created principally to protect the last remaining herds of wood bison (or buffalo) in northern Canada and covers 44,807 square kilometres of land straddling the boundary between northern Alberta and southerly parts of the Northwest Territories. It is designated a UNESCO World Heritage Site. The Park itself is larger than Switzerland. 5

Environ 5 p. 100 du territoire cédé en vertu du Traité nº 8 a été réservé en 1922 pour la création du parc national Wood Buffalo. Le parc a été créé principalement pour protéger les derniers troupeaux de bisons des bois du nord du Canada et il occupe une superficie de 44 807 kilomètres carrés de part et d'autre de la frontière entre le nord de l'Alberta et la partie du sud des Territoires du Nord-Ouest. Il a été désigné site du patrimoine mondial par l'UNESCO. Le parc est lui-même plus grand que la Suisse.

6 At present, it contains the largest free-roaming, self-regulating bison herd in the world, the last remaining natural nesting area for the endangered whooping crane, and vast undisturbed natural boreal forests. More to the point, it has been inhabited by First Nation peoples for more than over 8,000 years, some of whom still earn a subsistence living by hunting, fishing and commercial trapping within the Park boundaries. The Park includes the traditional lands of the Mikisew. As a result of the Treaty Land Entitlement Agreement, the Peace Point Reserve was formally excluded from the Park in 1988 but of course is surrounded by it.

7 The members of the Mikisew Cree First Nation are descendants of the Crees of Fort Chipewyan who signed Treaty 8 on June 21, 1899. It is common ground that its members are entitled to the benefits of Treaty 8.

A. *The Winter Road Project*

8 The proponent of the winter road is the respondent Thebacha Road Society, whose members include the Town of Fort Smith (located in the Northwest Territories on the northeastern boundary of Wood Buffalo National Park, where the Park headquarters is located), the Fort Smith Métis Council, the Salt River First Nation, and Little Red River Cree First Nation. The advantage of the winter road for these people is that it would provide direct winter access among a number of isolated northern communities and to the Alberta highway system to the south. The trial judge accepted that the government's objective was to meet "regional transportation needs": (2001), 214 F.T.R. 48, 2001 FCT 1426, at para. 115.

B. *The Consultation Process*

9 According to the trial judge, most of the communications relied on by the Minister to demonstrate appropriate consultation were instances of the Mikisew's being provided with standard information about the proposed road in the same form and substance as the communications being distributed to the general public of interested

Il abrite actuellement le plus grand troupeau de bisons en liberté et à reproduction autonome du monde, et on y trouve la dernière aire de nidification naturelle des grues blanches, une espèce menacée, ainsi que de vastes forêts boréales naturelles intactes. Point plus pertinent encore, des Autochtones y habitent depuis plus de 8 000 ans et certains d'entre eux tirent encore leur subsistance de la chasse, de la pêche et du piégeage commercial pratiqués dans les limites du parc. Les terres ancestrales des Mikisew se trouvent dans le parc. Par l'effet du Treaty Land Entitlement Agreement, la réserve de Peace Point a été formellement exclue du parc en 1988, mais évidemment celui-ci entoure la réserve.

Les membres de la Première nation crie Mikisew sont des descendants des Cris de Fort Chipewyan qui ont signé le Traité n° 8 le 21 juin 1899. Il est établi que ses membres ont droit aux avantages conférés par le Traité n° 8.

A. *Le projet de route d'hiver*

La promotrice de la route d'hiver est l'intimée Thebacha Road Society, dont les membres comprennent la ville de Fort Smith (située dans les Territoires du Nord-Ouest, à la limite nord-est du parc national Wood Buffalo, où se trouve le centre administratif du parc), le Conseil des Métis de Fort Smith, la Première nation de Salt River et la Première nation crie de Little Red River. Pour ces gens, la route d'hiver présente l'avantage d'offrir un accès hivernal direct à un certain nombre de collectivités nordiques isolées et au réseau routier de l'Alberta au sud. La juge de première instance a reconnu que l'objectif du gouvernement était de répondre à des « besoins régionaux en matière de transport » : [2001] A.C.F. n° 1877 (QL), 2001 CFPI 1426, par. 115.

B. *Le processus de consultation*

Selon la juge de première instance, pour démontrer qu'une consultation appropriée avait été tenue, la ministre s'est appuyée sur le fait que la plupart des communications avec les Mikisew consistaient à leur fournir les mêmes renseignements généraux concernant le projet de route que ceux distribués à l'ensemble des parties intéressées, et ce, tant sur

stakeholders. Thus Parks Canada acting for the Minister, provided the Mikisew with the Terms of Reference for the environmental assessment on January 19, 2000. The Mikisew were advised that open house sessions would take place over the summer of 2000. The Minister says that the first formal response from the Mikisew did not come until October 10, 2000, some two months after the deadline she had imposed for "public" comment. Chief Poitras stated that the Mikisew did not formally participate in the open houses, because "an open house is not a forum for us to be consulted adequately".

le plan de la forme que du contenu. Le 19 janvier 2000, Parcs Canada a ainsi remis aux Mikisew, pour le compte de la ministre, le cadre de référence pour l'évaluation environnementale. Les Mikisew ont été informés que des séances portes ouvertes seraient tenues au cours de l'été 2000. La ministre affirme n'avoir reçu aucune réponse officielle des Mikisew avant le 10 octobre 2000, soit environ deux mois après l'expiration du délai qu'elle avait fixé pour la présentation des commentaires « publics ». Le chef Poitras a déclaré que les Mikisew n'avaient pas participé officiellement aux séances portes ouvertes parce que [TRADUCTION] « les séances portes ouvertes ne sont pas un moyen adéquat de nous consulter ».

Apparently, Parks Canada left the proponent Thebacha Road Society out of the information loop as well. At the end of January 2001, it advised Chief Poitras that it had just been informed that the Mikisew did not support the road. Up to that point, Thebacha had been led to believe that the Mikisew had no objection to the road's going through the reserve. Chief Poitras wrote a further letter to the Minister on January 29, 2001 and received a standard-form response letter from the Minister's office stating that the correspondence "will be given every consideration". 10

Apparemment, Parcs Canada n'a pas mis la promotrice Thebacha Road Society dans le coup non plus. À la fin de janvier 2001, cette dernière a informé le chef Poitras qu'elle venait tout juste d'apprendre que les Mikisew n'appuyaient pas le projet de route. Jusque-là, on avait donné à entendre à Thebacha Road Society que les Mikisew ne s'opposaient pas à ce que la route traverse la réserve. Le 29 janvier 2001, le chef Poitras a écrit une autre lettre à la ministre et a reçu du cabinet de la ministre une réponse type disant [TRADUCTION] qu'« il sera[it] donné suite à la lettre avec toute l'attention requise ».

Eventually, after several more miscommunications, Parks Canada wrote Chief Poitras on April 30, 2001, stating in part: "I apologize to you and your people for the way in which the consultation process unfolded concerning the proposed winter road and any resulting negative public perception of the [Mikisew Cree First Nation]." At that point, in fact, the decision to approve the road with a modified alignment had already been taken. 11

Finalement, le 30 avril 2001, après plusieurs autres malentendus, Parcs Canada a écrit au chef Poitras une lettre où on pouvait lire notamment ce qui suit : [TRADUCTION] « Je vous fais, à vous et à votre peuple, mes excuses pour la façon dont s'est déroulé le processus de consultation relatif au projet de route d'hiver et pour toute perception publique négative de la [Première nation crie Mikisew]. » En fait, la décision d'approuver une route au tracé modifié avait déjà été prise à ce moment-là.

On May 25, 2001, the Minister announced on the Parks Canada website that the Thebacha Road Society was authorized to build a winter road 10 metres wide with posted speed limits ranging from 10 to 40 kilometres per hour. The approval was said to be in accordance with "Parks Canada plans and policy" and "other federal laws and regulations". 12

Le 25 mai 2001, la ministre a annoncé sur le site Web de Parcs Canada que Thebacha Road Society était autorisée à construire une route d'hiver d'une largeur de 10 mètres dont les vitesses limites affichées seraient de 10 à 40 kilomètres à l'heure. Selon cette annonce, l'autorisation était conforme [TRADUCTION] « aux plans et politiques de Parcs

No reference was made to any obligations to the Mikisew.

13 The Minister now says the Mikisew ought not to be heard to complain about the process of consultation because they declined to participate in the public process that took place. Consultation is a two-way street, she says. It was up to the Mikisew to take advantage of what was on offer. They failed to do so. In the Minister's view, she did her duty.

14 The proposed winter road is wide enough to allow two vehicles to pass. Pursuant to s. 36(5) of the *Wood Buffalo National Park Game Regulations*, SOR/78-830, creation of the road would trigger a 200-metre wide corridor within which the use of firearms would be prohibited. The total area of this corridor would be approximately 23 square kilometres.

15 The Mikisew objection goes beyond the direct impact of closure of the area covered by the winter road to hunting and trapping. The surrounding area would be, the trial judge found, injuriously affected. Maintaining a traditional lifestyle, which the Mikisew say is central to their culture, depends on keeping the land around the Peace Point reserve in its natural condition and this, they contend, is essential to allow them to pass their culture and skills on to the next generation of Mikisew. The detrimental impact of the road on hunting and trapping, they argue, may simply prove to be one more incentive for their young people to abandon a traditional lifestyle and turn to other modes of living in the south.

16 The Mikisew applied to the Federal Court to set aside the Minister's approval based on their view of the Crown's fiduciary duty, claiming that the Minister owes "a fiduciary and constitutional duty to adequately consult with Mikisew Cree First Nation with regard to the construction of the road" (trial judge, at para. 26).

Canada » et à « d'autres lois et règlements fédéraux ». Il n'était aucunement fait mention d'une quelconque obligation envers les Mikisew.

La ministre affirme maintenant que les Mikisew sont mal venus de se plaindre du processus de consultation puisqu'ils ont refusé de participer au processus public qui a été mis en place. La consultation, affirme-t-elle, doit se faire dans les deux sens. Il n'en tenait qu'à eux de profiter de ce qu'on leur offrait. Ils ne l'ont pas fait. À son avis, elle s'est acquittée de son obligation.

La route d'hiver projetée est suffisamment large pour permettre le passage de deux véhicules. Par application du par. 36(5) du *Règlement sur le gibier du parc de Wood-Buffalo*, DORS/78-830, l'aménagement de la route aurait pour effet de créer un corridor de 200 mètres de large à l'intérieur duquel il serait interdit d'utiliser des armes à feu. Ce corridor aurait une superficie totale d'environ 23 kilomètres carrés.

L'objection des Mikisew va bien au-delà de l'effet direct qu'aurait l'interdiction de chasser et de piéger dans le secteur visé par la route d'hiver. Selon la conclusion de la juge de première instance, le secteur environnant subirait un effet préjudiciable. Le maintien d'un mode de vie traditionnel, lequel est, au dire des Mikisew, essentiel à leur culture, dépend de la conservation des terres entourant la réserve de Peace Point dans leur état naturel, ce qui, soutiennent-ils, est nécessaire pour leur permettre de transmettre leur culture et leur savoir à la prochaine génération. L'effet préjudiciable de la route sur la chasse et le piégeage, affirment-ils, pourrait s'avérer constituer, pour leurs jeunes, une incitation de plus à abandonner leur mode de vie traditionnel pour se tourner vers d'autres modes de vie du sud.

Les Mikisew ont demandé à la Cour fédérale d'annuler l'approbation de la ministre en se fondant sur leur conception de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, faisant valoir que la ministre est tenue à [TRADUCTION] « une obligation fiduciaire et [constitutionnelle] de consulter [adéquatement] la Première nation crie Mikisew au sujet de la construction de la route » (la juge de première instance, par. 26).

An interlocutory injunction against construction of the winter road was issued by the Federal Court, Trial Division on August 27, 2001.

II. Relevant Enactments

Constitution Act, 1982

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

III. Judicial History

A. *Federal Court, Trial Division* ((2001), 214 F.T.R. 48, 2001 FCT 1426)

Hansen J. held that the lands included in Wood Buffalo National Park were not "taken up" by the Crown within the meaning of Treaty 8 because the use of the lands as a national park did not constitute a "visible use" incompatible with the existing rights to hunt and trap (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025). The proposed winter road and its 200-metre "[no] firearm" corridor would adversely impact the Mikisew's treaty rights. These rights received constitutional protection in 1982, and any infringements must be justified in accordance with the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. In Hansen J.'s view, the Minister's decision to approve the road infringed the Mikisew's Treaty 8 rights and could not be justified under the *Sparrow* test.

In particular, the trial judge held that the standard public notices and open houses which were given were not sufficient. The Mikisew were entitled to a distinct consultation process. She stated at paras. 170-71:

The applicant complains that the mitigation measures attached to the Minister's decision were not developed in consultation with Mikisew and were not designed to minimize impacts on Mikisew's rights. I

Le 27 août 2001, la Section de première instance de la Cour fédérale a accordé une injonction interlocutoire interdisant la construction de la route d'hiver. 17

II. Dispositions pertinentes

Loi constitutionnelle de 1982 18

35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

III. Historique judiciaire

A. *Section de première instance de la Cour fédérale* ([2001] A.C.F. nº 1877 (QL), 2001 CFPI 1426)

La juge Hansen a conclu que les terres comprises dans le parc national de Wood Buffalo n'avaient pas été « prises » par la Couronne au sens du Traité nº 8 puisque l'utilisation de ces terres comme parc national ne constituait pas une « utilisation visible » non compatible avec le droit de chasser et de piéger existant (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025). La route d'hiver projetée et son corridor de 200 mètres « [sans] armes à feu » aurait un effet préjudiciable sur les droits issus du traité des Mikisew. Ces droits ont reçu une protection constitutionnelle en 1982, et toute atteinte à ces droits doit être justifiée conformément au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Selon la juge Hansen, la décision de la ministre d'approuver la route portait atteinte aux droits issus du Traité nº 8 des Mikisew et ne pouvait être justifiée suivant le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. 19

Plus particulièrement, la juge de première instance a conclu que les avis publics types et la tenue de séances portes ouvertes n'étaient pas suffisants. Les Mikisew avaient droit à un processus de consultation distinct. Elle a affirmé ce qui suit (par. 170-171) : 20

La demanderesse critique les mesures d'atténuation accompagnant la décision de la Ministre parce qu'elles n'ont pas été élaborées en consultation avec les Mikisews et qu'elles n'étaient pas conçues pour minimiser les

agree. Even the realignment, apparently adopted in response to Mikisew's objections, was not developed in consultation with Mikisew. The evidence does not establish that any consideration was given to whether the new route would minimize impacts on Mikisew's treaty rights. The evidence of Chief George Poitras highlighted an air of secrecy surrounding the realignment, a process that should have included a transparent consideration of Mikisew's concerns.

Parks Canada admitted it did not consult with Mikisew about the route for the realignment, nor did it consider the impacts of the realignment on Mikisew trappers' rights.

21 Accordingly, the trial judge allowed the application for judicial review and quashed the Minister's approval.

B. *Federal Court of Appeal* ([2004] 3 F.C.R. 436, 2004 FCA 66)

22 Rothstein J.A., with whom Sexton J.A. agreed, allowed the appeal and restored the Minister's approval. He did so on the basis of an argument brought forward by the Attorney General of Alberta as an intervener on the appeal. The argument was that Treaty 8 expressly contemplated the "taking up" of surrendered lands for various purposes, including roads. The winter road was more properly seen as a "taking up" pursuant to the Treaty rather than an infringement of it. As Rothstein J.A. held:

> Where a limitation expressly provided for by a treaty applies, there is no infringement of the treaty and thus no infringement of section 35. This is to be contrasted with the case where the limitations provided by the treaty do not apply but the government nevertheless seeks to limit the treaty right. In such a case, the *Sparrow* test must be satisfied in order for the infringement to be constitutionally permissible. [para. 21]

Rothstein J.A. also held that there was no obligation on the Minister to consult with the Mikisew about the road, although to do so would be "good practice" (para. 24). (This opinion was delivered before the release of this Court's decisions in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*,

empiétements sur leurs droits. Je partage ce point de vue. Même la bifurcation du tracé, apparemment adoptée par suite des objections élevées par les Mikisews, n'a pas été faite en consultation avec la Première nation. La preuve n'établit pas qu'on ait pris le moindrement en considération la question de savoir si la nouvelle route porterait le moins possible atteinte aux droits issus de traité des Mikisews. La déposition du chef Poitras met en évidence l'atmosphère de secret qui entourait le tracé de la bifurcation, alors que ce processus aurait dû comporter l'examen, en toute transparence, des préoccupations des Mikisews.

Parcs Canada a reconnu qu'il n'avait pas consulté les Mikisews au sujet du tracé de la bifurcation et qu'il n'avait pas non plus pris en considération les incidences du nouveau tracé sur les droits des trappeurs mikisews.

La juge de première instance a donc accueilli la demande de contrôle judiciaire et annulé l'approbation de la ministre.

B. *Cour d'appel fédérale* ([2004] 3 R.C.F. 436, 2004 CAF 66)

Le juge Rothstein, avec l'accord du juge Sexton, a accueilli l'appel et rétabli l'approbation de la ministre. Il s'est appuyé sur un argument présenté par le procureur général de l'Alberta, intervenant dans l'appel. Selon cet argument, le Traité nº 8 prévoyait expressément la « prise » de terres cédées pour différentes fins, y compris la construction de routes. Il était plus juste de considérer la route d'hiver comme une « prise » effectuée en application du traité plutôt que comme une violation de celui-ci. Selon la conclusion du juge Rothstein :

> Lorsqu'une limitation expressément prévue par un traité s'applique, le traité n'est pas violé et l'article 35 n'est donc pas non plus violé. Il faut faire la distinction avec le cas où les limitations prévues par le traité ne s'appliquent pas, mais où le gouvernement cherche néanmoins à limiter le droit issu du traité. En pareil cas, il faut satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow* pour que l'atteinte soit permise sur le plan constitutionnel. [par. 21]

Le juge Rothstein a également conclu que la ministre n'était tenue à aucune obligation de consulter les Mikisew au sujet de la route, bien qu'il soit de « bonne pratique » de le faire (par. 24). (Cette décision a été rendue avant que notre Cour se prononce dans les affaires *Nation Haïda c.*

[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74.)

Sharlow J.A., in dissenting reasons, agreed with the trial judge that the winter road approval was itself a *prima facie* infringement of the Treaty 8 rights and that the infringement had not been justified under the *Sparrow* test. The Crown's obligation as a fiduciary must be considered. The failure of the Minister's staff at Parks Canada to engage in meaningful consultation was fatal to the Crown's attempt at justification. She wrote:

> In this case, there is no evidence of any good faith effort on the part of the Minister to understand or address the concerns of Mikisew Cree First Nation about the possible effect of the road on the exercise of their Treaty 8 hunting and trapping rights. It is significant, in my view, that Mikisew Cree First Nation was not even told about the realignment of the road corridor to avoid the Peace Point Reserve until after it had been determined that the realignment was possible and reasonable, in terms of environmental impact, and after the road was approved. That invites the inference that the responsible Crown officials believed that as long as the winter road did not cross the Peace Point Reserve, any further objections of the Mikisew Cree First Nation could be disregarded. Far from meaningful consultation, that indicates a complete disregard for the concerns of Mikisew Cree First Nation about the breach of their Treaty 8 rights. [para. 152]

Sharlow J.A. would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

The post-Confederation numbered treaties were designed to open up the Canadian west and northwest to settlement and development. Treaty 8 itself recites that "the said Indians have been notified and informed by Her Majesty's said Commission that it is Her desire to open for settlement, immigration, trade, travel, mining, lumbering and such other

Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74.)

En dissidence, la juge Sharlow a souscrit à l'opinion de la juge de première instance selon laquelle l'approbation de la route d'hiver constituait une atteinte *prima facie* aux droits issus du Traité nº 8 et que l'atteinte n'avait pas été justifiée selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. L'obligation de fiduciaire de la Couronne doit être prise en compte. L'omission du personnel de la ministre travaillant pour Parcs Canada de procéder à une réelle consultation a été fatale à la tentative de justification de la Couronne. Elle a écrit ce qui suit : 23

> Dans ce cas-ci, rien ne montre que la ministre ait de bonne foi fait des efforts pour comprendre ou examiner les préoccupations que la Première nation crie Mikisew entretenait au sujet de l'effet possible de la route sur l'exercice du droit de chasse et de piégeage qui lui était reconnu par le Traité nº 8. À mon avis, il importe de noter que l'on a informé la Première nation crie Mikisew du nouveau tracé du corridor routier destiné à éviter la réserve de Peace Point qu'une fois qu'il a été conclu que ce nouveau tracé était réalisable et raisonnable, en ce qui concerne les répercussions sur l'environnement, et que la route a été approuvée. On peut en inférer que les représentants responsables de la Couronne croyaient que, dans la mesure où la route d'hiver ne traversait pas la réserve de Peace Point, il était possible de ne faire aucun cas des autres objections soulevées par la Première nation crie Mikisew. Cela est bien loin d'indiquer une consultation réelle, mais indique plutôt que l'on a fait aucun cas des préoccupations qu'entretenait la Première nation crie Mikisew au sujet de l'atteinte aux droits qui lui étaient reconnus par le Traité nº 8. [par. 152]

La juge Sharlow aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

Les traités numérotés conclus après la Confédération visaient à permettre la colonisation et le développement de l'Ouest et du Nord-Ouest canadiens. Le Traité nº 8 lui-même précise que [TRADUCTION] « les dits sauvages ont été notifiés et informés par les dits commissaires de Sa Majesté que c'est le désir de Sa Majesté d'ouvrir à 24

purposes as to Her Majesty may seem meet". This stated purpose is reflected in a corresponding limitation on the Treaty 8 hunting, fishing and trapping rights to exclude such "tracts as may be required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes". The "other purposes" would be at least as broad as the purposes listed in the recital, mentioned above, including "travel".

25 There was thus from the outset an uneasy tension between the First Nations' essential demand that they continue to be as free to live off the land after the treaty as before and the Crown's expectation of increasing numbers of non-aboriginal people moving into the surrendered territory. It was seen from the beginning as an ongoing relationship that would be difficult to manage, as the Commissioners acknowledged at an early Treaty 8 negotiation at Lesser Slave Lake in June 1899:

> The white man is bound to come in and open up the country, and we come before him to explain the relations that must exist between you, and thus prevent any trouble.
>
> (C. Mair, *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*, at p. 61)

As Cory J. explained in *Badger*, at para. 57, "[t]he Indians understood that land would be taken up for homesteads, farming, prospecting and mining and that they would not be able to hunt in these areas or to shoot at the settlers' farm animals or buildings."

26 The hunting, fishing and trapping rights were not solely for the benefit of First Nations peoples. It was in the Crown's interest to keep the aboriginal people living off the land, as the Commissioners themselves acknowledged in their Report on Treaty 8 dated September 22, 1899:

la colonisation, à l'immigration, au commerce, aux voyages, aux opérations minières et forestières et à telles autres fins que Sa Majesté pourra trouver convenables ». Cet énoncé de l'objet se reflète dans une limitation corrélative aux droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du Traité n° 8 visant à exclure tels [TRADUCTION] « terrains qui de temps à autre pourront être requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets ». Les « autres objets » seraient au moins aussi généraux que les fins mentionnées dans le préambule susmentionné, y compris les « voyages ».

On a donc pu observer, dès le départ, qu'il existait une tension entre l'exigence essentielle posée par les premières nations voulant qu'elles demeurent libres de vivre de la terre autant après qu'avant la signature du traité et le désir de la Couronne d'augmenter le nombre de non autochtones s'établissant dans le territoire cédé. Comme les commissaires l'ont reconnu au début des négociations du Traité n° 8 au Petit lac des Esclaves en juin 1899, ces rapports sont apparus d'entrée de jeu comme des rapports permanents qu'il serait difficile de gérer :

> [TRADUCTION] L'homme blanc viendra peupler cette partie du pays et nous venons avant lui pour vous expliquer comment les choses doivent se passer entre vous et pour éviter tout problème.
>
> (C. Mair, *Through the Mackenzie Basin : A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*, p. 61)

Comme le juge Cory l'a expliqué dans l'arrêt *Badger*, par. 57, « [l]es Indiens comprenaient que des terres seraient prises pour y établir des exploitations agricoles ou pour y faire de la prospection et de l'exploitation minières, et qu'ils ne seraient pas autorisés à y chasser ou à tirer sur les animaux de ferme et les bâtiments des colons. »

Les droits de chasse, de pêche et de piégeage ne servaient pas que les intérêts des peuples des premières nations. Comme l'ont reconnu les commissaires eux-mêmes dans leur rapport sur le Traité n° 8 en date du 22 septembre 1899, la Couronne avait intérêt à laisser les peuples autochtones vivre de la terre :

We pointed out that the Government could not undertake to maintain Indians in idleness; that the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it, and that the Indians would be expected to make use of them.

[TRADUCTION] Nous leur fîmes comprendre que le gouvernement ne pouvait entreprendre de faire vivre les sauvages dans l'oisiveté, qu'ils auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie, et qu'on espérait que les sauvages s'en serviraient.

Thus none of the parties in 1899 expected that Treaty 8 constituted a finished land use blueprint. Treaty 8 signalled the advancing dawn of a period of transition. The key, as the Commissioners pointed out, was to "explain the relations" that would govern future interaction "and thus prevent any trouble" (Mair, at p. 61).

27 Aucune des parties signataires ne s'attendait donc en 1899 que le Traité n° 8 constitue un plan définitif d'utilisation des terres. Ce traité marquait l'aube d'une période de transition. Il fallait, comme l'ont souligné les commissaires, [TRADUCTION] « expliquer comment les choses [devaient] se passer » à l'avenir [TRADUCTION] « pour éviter tout problème » (Mair, p. 61).

A. *Interpretation of the Treaty*

A. *Interprétation du traité*

The interpretation of the treaty "must be realistic and reflect the intention[s] of both parties, not just that of the [First Nation]" (*Sioui*, at p. 1069). As a majority of the Court stated in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 14:

28 L'interprétation du traité « doit être réaliste et refléter l'intention des deux parties et non seulement celle [de la première nation] » (*Sioui*, p. 1069). Comme une majorité de notre Cour l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 14 :

The Indian parties did not, for all practical purposes, have the opportunity to create their own written record of the negotiations. Certain assumptions are therefore made about the Crown's approach to treaty making (honourable) which the Court acts upon in its approach to treaty interpretation (flexible) as to the existence of a treaty . . . the completeness of any written record . . . and the interpretation of treaty terms once found to exist . . . . The bottom line is the Court's obligation is to "choose from among the various possible interpretations of the *common* intention [at the time the treaty was made] the one which best reconciles" the [First Nation] interests and those of the British Crown. [Emphasis in original; citations omitted.]

Les parties indiennes n'ont à toutes fins pratiques pas eu la possibilité de créer leurs propres compte-rendus écrits des négociations. Certaines présomptions sont donc appliquées relativement à l'approche suivie par la Couronne dans la conclusion des traités (conduite honorable), présomptions dont notre Cour tient compte dans son approche en matière d'interprétation des traités (souplesse) pour statuer sur l'existence d'un traité [. . .] le caractère exhaustif de tout écrit [. . .] et l'interprétation des conditions du traité, une fois qu'il a été conclu à leur existence. En bout de ligne, la Cour a l'obligation « de choisir, parmi les interprétations de l'intention *commune* [au moment de la conclusion du traité] qui s'offrent à [elle], celle qui concilie le mieux » les intérêts [de la première nation] et ceux de la Couronne britannique. [Souligné dans l'original; références omises.]

See also *R. v. Marshall*, [2005] 2 S.C.R. 220, 2005 SCC 43, *per* McLachlin C.J. at paras. 22-24, and *per* LeBel J. at para. 115.

Voir également *R. c. Marshall*, [2005] 2 R.C.S. 220, 2005 CSC 43, la juge en chef McLachlin, par. 22-24, et le juge LeBel, par. 115.

29 The Minister is therefore correct to insist that the clause governing hunting, fishing and trapping cannot be isolated from the treaty as a whole, but must be read in the context of its underlying purpose, as intended by both the Crown and the First

La ministre a donc raison d'insister sur le fait que la disposition régissant la chasse, la pêche et le piégeage ne peut être dissociée du traité dans son ensemble, mais doit être interprétée en fonction de son objectif sous-jacent, visé tant par la Couronne

Nations peoples. Within that framework, as Cory J. pointed out in *Badger*,

> the words in the treaty must not be interpreted in their strict technical sense nor subjected to rigid modern rules of construction. Rather, they must be interpreted in the sense that they would naturally have been understood by the Indians at the time of the signing. [para. 52]

30 In the case of Treaty 8, it was contemplated by all parties that "from time to time" portions of the surrendered land would be "taken up" and transferred from the inventory of lands over which the First Nations had treaty rights to hunt, fish and trap, and placed in the inventory of lands where they did not. Treaty 8 lands lie to the north of Canada and are largely unsuitable for agriculture. The Commissioners who negotiated Treaty 8 could therefore express confidence to the First Nations that, as previously mentioned, "the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it".

31 I agree with Rothstein J.A. that not every subsequent "taking up" by the Crown constituted an infringement of Treaty 8 that must be justified according to the test set out in *Sparrow*. In *Sparrow*, it will be remembered, the federal government's fisheries regulations infringed the aboriginal fishing right, and had to be strictly justified. This is not the same situation as we have here, where the aboriginal rights have been surrendered and extinguished, and the Treaty 8 rights are expressly limited to lands not "required or taken up from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes" (emphasis added). The language of the treaty could not be clearer in foreshadowing change. Nevertheless the Crown was and is expected to manage the change honourably.

32 It follows that I do not accept the *Sparrow*-oriented approach adopted in this case by the trial judge, who relied in this respect on *Halfway River*

que par les peuples des premières nations. Comme l'a fait remarquer le juge Cory dans l'arrêt *Badger*, dans ce contexte

> le texte d'un traité ne doit pas être interprété suivant son sens strictement formaliste, ni se voir appliquer les règles rigides d'interprétation modernes. Il faut plutôt lui donner le sens que lui auraient naturellement donné les Indiens à l'époque de sa signature. [par. 52]

Dans le cas du Traité n° 8, toutes les parties signataires envisageaient que « de temps à autre » des terres cédées seraient « prises » de l'ensemble des terres sur lesquelles les premières nations avaient des droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité et seraient transférées à l'ensemble des terres sur lesquelles elles n'avaient pas un tel droit. Les terres visées par le Traité n° 8 se trouvent dans le nord du Canada et ne se prêtent pas, pour la plupart, à l'agriculture. Les commissaires qui ont négocié le Traité n° 8 pouvaient donc, comme je l'ai déjà mentionné, assurer aux premières nations qu'elles [TRADUCTION] « auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie ».

Je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que les « prises » effectuées subséquemment par la Couronne ne constituaient pas toutes une atteinte au Traité n° 8 devant être justifiée conformément au critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Dans cet arrêt, on s'en souviendra, la réglementation sur les pêches du gouvernement fédéral portait atteinte au droit de pêche autochtone et devait être strictement justifiée. La situation n'est pas la même en l'espèce où les droits autochtones ont été cédés et sont éteints, et où les droits issus du Traité n° 8 se limitent expressément aux terrains qui n'ont pas [TRADUCTION] « de temps à autre [. . .] [été] requis ou pris pour des fins d'établissements, de mine, d'opérations forestières, de commerce ou autres objets » (je souligne). Le libellé du traité ne peut annoncer plus clairement des changements à venir. Néanmoins, la Couronne était et est encore censée gérer le changement de façon honorable.

Il s'ensuit que je ne peux souscrire à la démarche axée sur le critère énoncé dans *Sparrow* retenue en l'espèce par la juge de première instance, qui s'est

First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests) (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. In that case, a majority of the British Columbia Court of Appeal held that the government's right to take up land was "by its very nature limited" (para. 138) and "that *any* interference with the right to hunt is a *prima facie* infringement of the Indians' treaty right as protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" (para. 144 (emphasis in original)) which must be justified under the *Sparrow* test. The Mikisew strongly support the *Halfway River First Nation* test but, with respect, to the extent the Mikisew interpret *Halfway River* as fixing in 1899 the geographic boundaries of the Treaty 8 hunting right, and holding that any post-1899 encroachment on these geographic limits requires a *Sparrow*-type justification, I cannot agree. The Mikisew argument presupposes that Treaty 8 promised continuity of nineteenth century patterns of land use. It did not, as is made clear both by the historical context in which Treaty 8 was concluded and the period of transition it foreshadowed.

fondée à cet égard sur l'arrêt *Halfway River First Nation c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470. Dans cette affaire, les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que le droit du gouvernement de prendre des terres était [TRADUCTION] « limité de par sa nature même » (par. 138) et [TRADUCTION] « que *toute* entrave au droit de chasse constitu[ait] une atteinte *prima facie* au droit issu d'un traité des Indiens protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (par. 144 (en italique dans l'original)) qui devait être justifiée selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Les Mikisew appuient fortement le critère appliqué dans l'arrêt *Halfway River First Nation*, mais en toute déférence, je ne puis accepter leur interprétation dans la mesure où ils affirment que cet arrêt a fixé en 1899 les limites géographiques du droit de chasse prévu au Traité nº 8, et que tout empiètement sur ces limites géographiques après 1899 exige une justification comme celle requise par l'arrêt *Sparrow*. L'argument des Mikisew suppose que l'on promettait, au Traité nº 8, le maintien des modes d'utilisation des terres établis au XIX^e^ siècle. Tel n'est pas le cas, comme l'indiquent clairement tant le contexte historique dans lequel le Traité nº 8 a été conclu que la période de transition qu'il annonçait.

B. *The Process of Treaty Implementation*

Both the historical context and the inevitable tensions underlying implementation of Treaty 8 demand a *process* by which lands may be transferred from the one category (where the First Nations retain rights to hunt, fish and trap) to the other category (where they do not). The content of the process is dictated by the duty of the Crown to act honourably. Although *Haida Nation* was not a treaty case, McLachlin C.J. pointed out, at paras. 19 and 35:

> The honour of the Crown also infuses the processes of treaty making and treaty interpretation. In making and applying treaties, the Crown must act with honour and integrity, avoiding even the appearance of "sharp

B. *Le processus de mise en œuvre du traité*

33 Tant le contexte historique que les inévitables tensions sous-jacentes à la mise en œuvre du Traité nº 8 commandent un *processus* par lequel des terres peuvent être transférées d'une catégorie (celle des terres sur lesquelles les premières nations conservent des droits de chasse, de pêche et de piégeage) à l'autre (celle des terres sur lesquelles elles n'ont pas ces droits). Le contenu du processus est dicté par l'obligation de la Couronne d'agir honorablement. Même si aucun traité n'était en cause dans l'affaire *Nation Haïda*, la juge en chef McLachlin a souligné ce qui suit aux par. 19 et 35 :

> L'honneur de la Couronne imprègne également les processus de négociation et d'interprétation des traités. Lorsqu'elle conclut et applique un traité, la Couronne doit agir avec honneur et intégrité, et éviter

dealing" (*Badger*, at para. 41). Thus in *Marshall*, *supra*, at para. 4, the majority of this Court supported its interpretation of a treaty by stating that "nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi'kmaq people to secure their peace and friendship . . .".

. . .

But, when precisely does a duty to consult arise? The foundation of the duty in the Crown's honour and the goal of reconciliation suggest that the duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it.

34 In the case of a treaty the Crown, as a party, will always have notice of its contents. The question in each case will therefore be to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect those rights so as to trigger the duty to consult. *Haida Nation* and *Taku River* set a low threshold. The flexibility lies not in the trigger ("might adversely affect it") but in the variable content of the duty once triggered. At the low end, "the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice" (*Haida Nation*, at para. 43). The Mikisew say that even the low end content was not satisfied in this case.

C. *The Mikisew Legal Submission*

35 The appellant, the Mikisew, essentially reminded the Court of what was said in *Haida Nation* and *Taku River*. This case, the Mikisew say, is stronger. In those cases, unlike here, the aboriginal interest to the lands was asserted but not yet proven. In this case, the aboriginal interests are protected by Treaty 8. They are established legal facts. As

la moindre apparence de « manœuvres malhonnêtes » (*Badger*, par. 41). Ainsi, dans *Marshall*, précité, par. 4, les juges majoritaires de la Cour ont justifié leur interprétation du traité en déclarant que « rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié . . . ».

. . .

Mais à quel moment, précisément, l'obligation de consulter prend-elle naissance? L'objectif de conciliation ainsi que l'obligation de consultation, laquelle repose sur l'honneur de la Couronne, tendent à indiquer que cette obligation prend naissance lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci.

Dans le cas d'un traité, la Couronne, en tant que partie, a toujours connaissance de son contenu. La question dans chaque cas consiste donc à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur ces droits de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. Le critère retenu dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River* est peu rigoureux. La souplesse ne réside pas tant dans le fait que l'obligation devient applicable (on envisage des mesures « susceptibles d'avoir un effet préjudiciable » sur un droit) que dans le contenu variable de l'obligation une fois que celle-ci s'applique. Au minimum, « les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis » (*Nation Haïda*, par. 43). Les Mikisew affirment que l'on n'a pas respecté même le contenu minimum de l'obligation en l'espèce.

C. *L'argument juridique des Mikisew*

Les appelants, les Mikisew, ont essentiellement rappelé à la Cour ce qu'elle a dit dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. La preuve en l'espèce, affirment-ils, est plus solide. Dans ces affaires, contrairement au présent pourvoi, l'intérêt autochtone sur les terres était revendiqué mais n'était pas encore prouvé. En l'espèce, les intérêts des

in *Haida Nation*, the trial judge found the aboriginal interest was threatened by the proposed development. If a duty to consult was found to exist in *Haida Nation* and *Taku River*, then, *a fortiori*, the Mikisew argue, it must arise here and the majority judgment of the Federal Court of Appeal was quite wrong to characterise consultation between governments and aboriginal peoples as nothing more than a "good practice" (para. 24).

Autochtones sont protégés par le Traité nº 8. Ces intérêts constituent un fait juridique établi. Comme dans l'affaire *Nation Haïda*, la juge de première instance a estimé que le droit des Autochtones était menacé par le développement projeté. Si on a conclu à l'existence d'une obligation de consultation dans les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*, les Mikisew soutiennent qu'à plus forte raison, cette obligation doit exister en l'espèce, et que les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont eu bien tort de considérer la consultation entre les gouvernements et les peuples autochtones comme rien de plus qu'une « bonne pratique » (par. 24).

D. *The Minister's Response*

D. *La réponse de la ministre*

The respondent Minister seeks to distinguish *Haida Nation* and *Taku River*. Her counsel advances three broad propositions in support of the Minister's approval of the proposed winter road.

36 La ministre intimée tente d'établir une distinction entre la présente affaire et les affaires *Nation Haïda* et *Taku River*. Pour justifier l'approbation qu'elle a donnée au projet de route d'hiver, son avocat avance trois propositions générales.

1. In "taking up" the 23 square kilometres for the winter road, the Crown was doing no more than Treaty 8 entitled it to do. The Crown as well as First Nations have rights under Treaty 8. The exercise by the Crown of *its* Treaty right to "take up" land is not an infringement of the Treaty but the performance of it.

1. En « prenant » les 23 kilomètres carrés à des fins de construction de la route d'hiver, la Couronne ne faisait que ce que le Traité nº 8 l'autorisait à faire. La Couronne, comme les premières nations, a des droits en vertu du Traité nº 8. L'exercice par la Couronne de *son* droit issu du traité de « prendre » des terres ne constitue pas une violation du traité, mais une exécution de celui-ci.

2. The Crown went through extensive consultations with First Nations in 1899 at the time Treaty 8 was negotiated. Whatever duty of accommodation was owed to First Nations was discharged at that time. The terms of the Treaty do not contemplate further consultations whenever a "taking up" occurs.

2. La Couronne a procédé à de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité nº 8 en 1899. Quelle que soit la nature de l'obligation d'accommodement envers les premières nations, elle s'est acquittée de cette obligation à ce moment-là. Les modalités du traité n'exigent pas que l'on procède à de nouvelles consultations chaque fois qu'une « prise » est effectuée.

3. In the event further consultation was required, the process followed by the Minister through Parks Canada in this case was sufficient.

3. S'il fallait tenir d'autres consultations, le processus suivi en l'espèce par la ministre, par l'intermédiaire de Parcs Canada, était suffisant.

For the reasons that follow, I believe that each of these propositions must be rejected.

37 Pour les motifs qui suivent, j'estime que chacune de ces propositions doit être rejetée.

(1) In "taking up" Land for the Winter Road the Crown Was Doing No More Than It Was Entitled To Do Under the Treaty

38 The majority judgment in the Federal Court of Appeal held that "[w]ith the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt" (para. 18).

39 The "Crown rights" argument was initially put forward in the Federal Court of Appeal by the Attorney General of Alberta as an intervener. The respondent Minister advised the Federal Court of Appeal that, while she did not dispute the argument, "[she] was simply not relying on it" (para. 3). As a preliminary objection, the Mikisew say that an intervener is not permitted "to widen or add to the points in issue": *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, at p. 463. Therefore it was not open to the Federal Court of Appeal (or this Court) to decide the case on this basis.

(a) *Preliminary Objection: Did the Attorney General of Alberta Overstep the Proper Role of an Intervener?*

40 This branch of the Mikisew argument is, with respect, misconceived. In their application for judicial review, the Mikisew argued that the Minister's approval of the winter road infringed Treaty 8. The infringement issue has been central to the proceedings. It is always open to an intervener to put forward any legal argument in support of what it submits is the correct legal conclusion on an issue properly before the Court, provided that in doing so its legal argument does not require additional facts, not proven in evidence at trial or raise an argument that is otherwise unfair to one of the parties. An intervener is in no worse a position than a party who belatedly discovers some legal

(1) En « prenant » des terres pour construire la route d'hiver, la Couronne ne faisait que ce que le traité l'autorisait à faire

La Cour d'appel fédérale a conclu à la majorité qu'« [à] l'exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité » (par. 18).

L'argument fondé sur les « droits de la Couronne » a été présenté pour la première fois devant la Cour d'appel fédérale par le procureur général de l'Alberta qui agissait à titre d'intervenant. La ministre intimée a informé la Cour d'appel fédérale que, même si elle ne contestait pas cet argument, « [elle] ne se fondait tout simplement pas sur cette question » (par. 3). Soulevant une objection préliminaire, les Mikisew affirment qu'il n'est pas permis à un intervenant « d'élargir la portée des questions en litige ou d'y ajouter quoi que ce soit » : *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, p. 463. Il n'était donc pas loisible à la Cour d'appel fédérale (ou à notre Cour) de trancher l'affaire en se fondant sur cet argument.

a) *Objection préliminaire : le procureur général de l'Alberta a-t-il outrepassé le rôle d'un intervenant?*

En toute déférence, ce volet de l'argument des Mikisew est mal fondé. Dans leur demande de contrôle judiciaire, les Mikisew ont fait valoir que l'approbation ministérielle de la route d'hiver violait le Traité n° 8. La question de la violation est au cœur de l'instance. Un intervenant peut toujours présenter un argument juridique à l'appui de ce qu'il prétend être la bonne conclusion juridique à l'égard d'une question dont la Cour est régulièrement saisie pourvu que son argument juridique ne fasse pas appel à des faits additionnels qui n'ont pas été prouvés au procès, ou qu'il ne soulève pas un argument qui est par ailleurs injuste pour l'une des parties. L'intervenant n'est pas plus mal placé

argument that it ought to have raised earlier in the proceedings but did not, as in *Lamb v. Kincaid* (1907), 38 S.C.R. 516, where Duff J. stated, at p. 539:

> A court of appeal, I think, should not give effect to such a point taken for the first time in appeal, unless it be clear that, had the question been raised at the proper time, no further light could have been thrown upon it.

See also *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paras. 51-52.

Even granting that the Mikisew can fairly say the Attorney General of Alberta frames the non-infringement argument differently than was done by the federal Minister at trial, the Mikisew have still not identified any prejudice. Had the argument been similarly formulated at trial, how could "further light" have been thrown on it by additional evidence? The historical record was fully explored at trial. At this point the issue is one of the rules of treaty interpretation, not evidence. It thus comes within the rule stated in *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19, that "[t]he Court is free to consider a new issue of law on the appeal where it is able to do so without procedural prejudice to the opposing party and where the refusal to do so would risk an injustice" (para. 33). Here the Attorney General of Alberta took the factual record as he found it. The issue of treaty infringement has always been central to the case. Alberta's legal argument is not one that should have taken the Mikisew by surprise. In these circumstances it would be intolerable if the courts were precluded from giving effect to a correct legal analysis just because it came later rather than sooner and from an intervener rather than a party. To close our eyes to the argument would be to "risk an injustice".

qu'une partie qui se rend tardivement compte qu'elle aurait dû soulever un argument juridique plus tôt dans l'instance mais qui ne l'a pas fait, comme ce fut le cas dans *Lamb c. Kincaid* (1907), 38 R.C.S. 516, où le juge Duff a affirmé ce qui suit, à la p. 539 :

> [TRADUCTION] Selon moi, un tribunal d'appel ne devrait pas recevoir un tel argument soulevé pour la première fois en appel, à moins qu'il ne soit clair que, même si la question avait été soulevée en temps opportun, elle n'aurait pas été éclaircie davantage.

Voir également *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 51-52.

41 Même en admettant que les Mikisew puissent à juste titre affirmer que le procureur général de l'Alberta formule l'argument de l'absence de violation d'une manière différente de celle employée par la ministre fédérale en première instance, il reste que les Mikisew n'ont établi aucun préjudice. Si l'argument avait été formulé de la même manière au procès, en quoi aurait-il pu être « éclairci davantage » par des éléments de preuve additionnels? Le dossier historique a été étudié à fond au procès. À ce stade-ci, la question relève des règles d'interprétation des traités, non des règles de preuve. Elle est donc visée par la règle énoncée dans l'arrêt *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19, selon laquelle « [i]l est loisible à la Cour, dans le cadre d'un pourvoi, d'examiner une nouvelle question de droit dans les cas où elle peut le faire sans qu'il en résulte de préjudice d'ordre procédural pour la partie adverse et où son refus de le faire risquerait d'entraîner une injustice » (par. 33). En l'espèce, le procureur général de l'Alberta a pris le dossier factuel dans l'état où il se trouvait. La question de la violation du traité est au cœur du litige depuis le début. L'argument juridique de l'Alberta n'est pas de nature à prendre les Mikisew par surprise. Dans ces circonstances, on ne saurait tolérer que les tribunaux soient empêchés de donner effet à une analyse juridique correcte simplement parce qu'elle a été présentée un peu tard et par un intervenant plutôt que par une partie. Fermer les yeux sur l'argument « risquerait d'entraîner une injustice ».

(b) *The Content of Treaty 8*

42 The "hunting, trapping and fishing" clause of Treaty 8 was extensively reviewed by this Court in *Badger*. In that case Cory J. pointed out that "even by the terms of Treaty No. 8, the Indians' right to hunt for food was circumscribed by both geographical limitations and by specific forms of government regulation" (para. 37). The members of the First Nations, he continued, "would have understood that land had been 'required or taken up' when it was being put to a [visible] use which was incompatible with the exercise of the right to hunt" (para. 53).

> [T]he oral promises made by the Crown's representatives and the Indians' own oral history indicate that it was understood that land would be taken up and occupied in a way which precluded hunting when it was put to a visible use that was incompatible with hunting. Turning to the case law, it is clear that the courts have also accepted this interpretation and have concluded that whether or not land has been taken up or occupied is a question of fact that must be resolved on a case-by-case basis. [para. 58]

43 While *Badger* noted the "geographic limitation" to hunting, fishing and trapping rights, it did not (as it did not need to) discuss the process by which "from time to time" land would be "taken up" and thereby excluded from the exercise of those rights. The actual holding in *Badger* was that the Alberta licensing regime sought to be imposed on all aboriginal hunters within the Alberta portion of Treaty 8 lands infringed Treaty 8, even though the treaty right was expressly made subject to "regulations as may from time to time be made by the Government". The Alberta licensing scheme denied to "holders of treaty rights as modified by the [*Natural Resources Transfer Agreement, 1930*] the very means of exercising those rights" (para. 94). It was thus an attempted exercise of regulatory power that went beyond what was reasonably within the contemplation of the parties to the treaty in 1899. (I note parenthetically that the *Natural Resources Transfer Agreement, 1930* is not at issue in this case as the Mikisew reserve is vested in Her

b) *Le contenu du Traité n^o 8*

La disposition du Traité n^o 8 qui traite de « la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche » a été examinée en profondeur par notre Cour dans *Badger*. Dans cette affaire, le juge Cory a signalé que « même suivant les termes du Traité n^o 8, le droit des Indiens de chasser pour se nourrir était circonscrit par des limites géographiques et des mesures spécifiques de réglementation gouvernementale » (par. 37). Les membres de la première nation, a-t-il ajouté, « comprenaient que des terres étaient "requises ou prises" si elles étaient utilisées à des fins [visibles] incompatibles avec l'exercice du droit de chasse » (par. 53).

> [I]l ressort des promesses verbales faites par les représentants de la Couronne et de l'histoire orale des Indiens que ceux-ci comprenaient que des terres seraient prises et occupées d'une manière qui les empêcherait d'y chasser, lorsqu'elles feraient l'objet d'une utilisation visible et incompatible avec la pratique de la chasse. Pour ce qui est de la jurisprudence, il est évident que les tribunaux ont souscrit à cette interprétation et conclu que la question de savoir si une terre est oui ou non prise ou occupée est une question de fait, qui doit être tranchée au cas par cas. [par. 58]

Bien qu'il soit fait état, dans l'arrêt *Badger*, des « limites géographiques » circonscrivant les droits de chasse, de pêche et de piégeage, on n'y a pas traité (puisque cela n'était pas nécessaire) du processus par lequel « de temps à autre » des terres seraient « prises » et donc soustraites à l'exercice de ces droits. Selon la conclusion précisément tirée dans l'arrêt *Badger*, le régime de délivrance de permis de l'Alberta que l'on cherchait à imposer à tous les chasseurs autochtones se trouvant sur les terres de l'Alberta visées par le Traité n^o 8 violait ce traité, même si le droit issu du traité était expressément subordonné à [TRADUCTION] « tels règlements qui pourront être faits de temps à autre par le gouvernement ». Le régime de délivrance de permis de l'Alberta privait les « personnes qui sont titulaires de droits issus de traité modifiés par la *Convention* [*sur le transfert des ressources naturelles de 1930*] des moyens mêmes d'exercer ces droits » (par. 94). On avait ainsi tenté d'exercer un pouvoir de réglementation qui allait au-delà de ce qu'avaient

Majesty in Right of Canada. Paragraph 10 of the Agreement provides that after-created reserves "shall thereafter be administered by Canada in the same way in all respects as if they had never passed to the Province under the provisions hereof".)

The Federal Court of Appeal purported to follow *Badger* in holding that the hunting, fishing and trapping rights would be infringed only "where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains" (para. 18). With respect, I cannot agree with this implied rejection of the Mikisew procedural rights. At this stage the winter road is no more than a contemplated change of use. The proposed use would, if carried into execution, reduce the territory over which the Mikisew would be entitled to exercise their Treaty 8 rights. Apart from everything else, there would be no hunting at all within the 200-metre road corridor. More broadly, as found by the trial judge, the road would injuriously affect the exercise of these rights in the surrounding bush. As the Parks Canada witness, Josie Weninger, acknowledged in cross-examination:

Q: But roads, in effect, change the pattern of moose and other wildlife within the Park and that's been what Parks Canada observed in the past with regards to other roads, correct?

A: It is documented that roads do impact. I would be foolish if I said they didn't.

The Draft Environmental Assessment Report acknowledged the road could potentially result in a diminution in quantity of the Mikisew harvest of wildlife, as fewer furbearers (including fisher, muskrat, marten, wolverine and lynx) will be caught in their traps. Second, in qualitative terms, the more lucrative or rare species of furbearers may decline in population. Other potential impacts

raisonnablement prévu les signataires du traité en 1899. (Je signale en passant que la *Convention sur le transfert des ressources naturelles de 1930* n'est pas en cause en l'espèce puisque la réserve Mikisew appartient à la Couronne du chef du Canada. Le paragraphe 10 de la Convention prévoit que les réserves créées ultérieurement « seront dans la suite administrées par le Canada de la même manière à tous égards que si elles n'étaient jamais passées à la province en vertu des dispositions des présentes ».)

44 La Cour d'appel fédérale entendait suivre l'arrêt *Badger* en concluant qu'il n'est porté atteinte aux droits de chasse, de pêche et de piégeage que dans les « cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse » (par. 18). En toute déférence, je ne peux souscrire à ce rejet implicite des droits de nature procédurale des Mikisew. À ce stade-ci, la route d'hiver n'est rien de plus qu'un projet de changement d'utilisation. L'utilisation proposée, si elle est mise en œuvre, réduirait le territoire sur lequel les Mikisew peuvent exercer leurs droits issus du Traité n° 8. Essentiellement, il n'y aurait plus du tout de chasse dans le corridor routier de 200 mètres. De façon plus générale, comme l'a conclu la juge de première instance, la route nuirait à l'exercice de ces droits dans la forêt environnante. Comme l'a reconnu Josie Weninger, témoin de Parcs Canada, en contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

Q : Mais dans les faits, les routes modifient les habitudes des orignaux et des autres animaux sauvages dans le parc, et c'est ce que Parcs Canada a constaté auparavant dans le cas d'autres routes, n'est-ce pas?

R : On a constaté que les routes ont des répercussions. Il serait absurde de prétendre le contraire.

Dans la version préliminaire du rapport d'évaluation environnementale, on a reconnu que la route pourrait entraîner une diminution quantitative des récoltes fauniques des Mikisew du fait qu'il y aurait moins d'animaux à fourrure (notamment le pékan, le rat musqué, la martre, le carcajou et le lynx) dans leurs pièges. Deuxièmement, sur le plan qualitatif, la population des espèces d'animaux à fourrure les

include fragmentation of wildlife habitat, disruption of migration patterns, loss of vegetation, increased poaching because of easier motor vehicle access to the area and increased wildlife mortality due to motor vehicle collisions. While *Haida Nation* was decided after the release of the Federal Court of Appeal reasons in this case, it is apparent that the proposed road will adversely affect the existing Mikisew hunting and trapping rights, and therefore that the "trigger" to the duty to consult identified in *Haida Nation* is satisfied.

45 The Minister seeks to extend the *dictum* of Rothstein J.A. by asserting, at para. 96 of her factum, that the test ought to be "whether, after the taking up, it still remains reasonably practicable, within the Province as a whole, for the Indians to hunt, fish and trap for food [to] the extent that they choose to do so" (emphasis added). This cannot be correct. It suggests that a prohibition on hunting at Peace Point would be acceptable so long as decent hunting was still available in the Treaty 8 area north of Jasper, about 800 kilometres distant across the province, equivalent to a commute between Toronto and Quebec City (809 kilometres) or Edmonton and Regina (785 kilometres). One might as plausibly invite the truffle diggers of southern France to try their luck in the Austrian Alps, about the same distance as the journey across Alberta deemed by the Minister to be an acceptable fulfilment of the promises of Treaty 8.

46 The Attorney General of Alberta tries a slightly different argument, at para. 49 of his factum, adding a *de minimis* element to the treaty-wide approach:

> In this case the amount of land to be taken up to construct the winter road is 23 square kilometres out of 44,807 square kilometres of Wood Buffalo National

plus précieuses ou les plus rares pourrait décliner. Les autres répercussions possibles comprennent la fragmentation des habitats fauniques, la perturbation des habitudes migratoires, le dépérissement de la végétation, l'augmentation du braconnage parce que le territoire est plus accessible par véhicule et l'augmentation du nombre d'animaux tués par suite de collisions. Alors que l'affaire *Nation Haïda* a été tranchée après le prononcé de la décision de la Cour d'appel fédérale en l'espèce, il est manifeste que le projet de route aura un effet préjudiciable sur les droits de chasse et de piégeage existants des Mikisew et que, par conséquent, l'obligation de consultation définie dans *Nation Haïda* devient « applicable ».

La ministre cherche à étendre la portée de la remarque faite par le juge Rothstein en affirmant, au par. 96 de son mémoire, que le critère doit consister à [TRADUCTION] « se demander si, après la prise, il demeure encore raisonnablement possible pour les Indiens de pratiquer, dans l'ensemble de la province, la chasse, la pêche et le piégeage de subsistance autant qu'ils veulent le faire » (je souligne). Cela ne saurait être exact. Cette affirmation donne à penser qu'une interdiction de chasser à Peace Point serait acceptable dès lors qu'une chasse décente peut encore être pratiquée dans le secteur du Traité n° 8 qui se trouve au nord de Jasper, soit à l'autre extrémité de la province à environ 800 kilomètres de distance, ce qui équivaut à se déplacer de Toronto à Québec (809 kilomètres) ou d'Edmonton à Regina (785 kilomètres). Autant demander aux cueilleurs de truffes du sud de la France de tenter leur chance dans les Alpes autrichiennes, ce déplacement couvrant environ la même distance que la traversée de l'Alberta que la ministre considère comme une façon acceptable de tenir les promesses faites dans le Traité n° 8.

Au paragraphe 49 de son mémoire, le procureur général de l'Alberta propose un argument légèrement différent, ajoutant un élément *de minimis* à l'approche fondée sur l'ensemble des terres visées par le traité :

> [TRADUCTION] En l'espèce, les terres qui doivent être prises pour construire la route d'hiver représentent 23 kilomètres carrés des 44 807 kilomètres carrés

Park and out of 840,000 square kilometres encompassed by Treaty No. 8. As Rothstein J.A. found, this is not a case where a meaningful right to hunt no longer remains.

The arguments of the federal and Alberta Crowns simply ignore the significance and practicalities of a First Nation's traditional territory. Alberta's 23 square kilometre argument flies in the face of the injurious affection of surrounding lands as found by the trial judge. More significantly for aboriginal people, as for non-aboriginal people, location is important. Twenty-three square kilometres alone is serious if it includes the claimants' hunting ground or trapline. While the Mikisew may have rights under Treaty 8 to hunt, fish and trap throughout the Treaty 8 area, it makes no sense from a practical point of view to tell the Mikisew hunters and trappers that, while their own hunting territory and traplines would now be compromised, they are entitled to invade the traditional territories of other First Nations distant from their home turf (a suggestion that would have been all the more impractical in 1899). The Chipewyan negotiators in 1899 were intensely practical people, as the Treaty 8 Commissioners noted in their report:

The Chipewyans confined themselves to asking questions and making brief arguments. They appeared to be more adept at cross-examination than at speech-making, and the Chief at Fort Chipewyan displayed considerable keenness of intellect and much practical sense in pressing the claims of his band.

Badger recorded that a large element of the Treaty 8 negotiations were the assurances of *continuity* in traditional patterns of economic activity. Continuity respects traditional patterns of activity and occupation. The Crown promised that the Indians' rights to hunt, fish and trap would continue "after the treaty as existed before it". This promise is not honoured by dispatching the Mikisew to territories far from their traditional hunting grounds and traplines.

qu'occupe le parc national Wood Buffalo et des 840 000 kilomètres carrés visés par le Traité nº 8. Comme l'a dit le juge Rothstein, il ne s'agit pas d'un cas où il ne reste aucun droit réel de chasse.

47 Les arguments du gouvernement fédéral et de l'Alberta ne tiennent tout simplement pas compte de l'importance et des aspects pratiques du territoire traditionnel des premières nations. L'argument de l'Alberta concernant les 23 kilomètres carrés est contraire à l'existence d'un effet préjudiciable sur les terres environnantes à laquelle a conclu la juge de première instance. Qui plus est, pour les peuples autochtones, comme pour les peuples non autochtones, le lieu importe. Une superficie de seulement 23 kilomètres carrés est importante si elle comprend le territoire de chasse ou les lignes de piégeage des demandeurs. Si le Traité nº 8 confère aux Mikisew les droits de chasse, de pêche et de piégeage dans tout le territoire visé par le traité, il n'est pas logique d'un point de vue pratique de dire aux chasseurs et trappeurs Mikisew que, bien que leurs propres territoires de chasse et lignes de piégeage soient maintenant mis en péril, il leur est permis d'envahir les territoires traditionnels d'autres premières nations loin de leur propre terrain (une suggestion qui aurait été encore plus irréalisable en 1899). Comme l'ont fait observer les commissaires du Traité nº 8 dans leur rapport, les négociateurs chipewyans étaient, en 1899, des gens très pratiques :

[TRADUCTION] Les Chipewyans se confinent à poser des questions et à les discuter brièvement. Ils paraissent plus portés à contre-interroger qu'à faire des discours, et le chef au Fort Chipewyan a fait preuve d'une vive intelligence et de beaucoup de sens pratique en présentant les prétentions de sa bande.

Dans *Badger*, on a noté qu'un élément important des négociations du Traité nº 8 tenait aux assurances de *continuité* des modes traditionnels d'activité économique. La continuité respecte les modes d'activité et d'occupation traditionnels. La Couronne a promis aux Indiens que leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage leur apporteraient [TRADUCTION] « après le traité les mêmes moyens qu'auparavant » de gagner leur vie. Ce n'est pas honorer cette promesse que d'expédier les Mikisew dans des territoires éloignés de leurs territoires de chasse et de leurs lignes de piégeage traditionnels.

48 What Rothstein J.A. actually said at para. 18 is as follows:

> With the exceptions of cases where the Crown has taken up land in bad faith or has taken up so much land that no meaningful right to hunt remains, taking up land for a purpose express or necessarily implied in the treaty itself cannot be considered an infringement of the treaty right to hunt. [Emphasis added.]

The "meaningful right to hunt" is not ascertained on a treaty-wide basis (all 840,000 square kilometres of it) but in relation to the territories over which a First Nation traditionally hunted, fished and trapped, and continues to do so today. If the time comes that in the case of a particular Treaty 8 First Nation "no meaningful right to hunt" remains over *its* traditional territories, the significance of the oral promise that "the same means of earning a livelihood would continue after the treaty as existed before it" would clearly be in question, and a potential action for treaty infringement, including the demand for a *Sparrow* justification, would be a legitimate First Nation response.

Le juge Rothstein a en fait affirmé ceci au par. 18 :

> À l'exception des cas dans lesquels la Couronne a pris des terres de mauvaise foi ou a pris tant de terres qu'il ne reste aucun droit réel de chasse, la prise de terres dans un but expressément prévu dans le traité lui-même ou dans un but nécessairement implicite ne peut pas être considérée comme une atteinte au droit de chasse issu du traité. [Je souligne.]

Le « droit réel de chasse » n'est pas établi en fonction de toutes les terres visées par le traité (la totalité des 840 000 kilomètres carrés) mais par rapport aux territoires sur lesquels les premières nations avaient l'habitude de chasser, de pêcher et de piéger, et sur lesquels elles le font encore aujourd'hui. S'il advenait que pour une première nation signataire du Traité nº 8 en particulier, il ne reste « aucun droit réel de chasse » sur *ses* territoires traditionnels, l'importance de la promesse verbale qu'ils [TRADUCTION] « auraient après le traité les mêmes moyens qu'auparavant de gagner leur vie » serait clairement remise en question, et la première nation aurait raison de répondre par une action en violation du traité comportant une demande de justification selon le critère énoncé dans l'arrêt *Sparrow*.

(c) *Unilateral Crown Action*

c) *Action unilatérale de la Couronne*

49 There is in the Minister's argument a strong advocacy of unilateral Crown action (a sort of "this is surrendered land and we can do with it what we like" approach) which not only ignores the mutual promises of the treaty, both written and oral, but also is the antithesis of reconciliation and mutual respect. It is all the more extraordinary given the Minister's acknowledgment at para. 41 of her factum that "[i]n many if not all cases the government will not be able to appreciate the effect a proposed taking up will have on the Indians' exercise of hunting, fishing and trapping rights without consultation."

L'argument de la ministre renferme un ardent plaidoyer en faveur de l'action unilatérale de la Couronne (une approche du genre « il s'agit de terres cédées et nous pouvons en faire ce que nous voulons ») qui non seulement fait fi des promesses réciproques, tant verbales qu'écrites, faites lors de la signature du traité, mais qui constitue également l'antithèse de la réconciliation et du respect mutuel. Cela est d'autant plus surprenant que la ministre a reconnu, au par. 41 de son mémoire, que [TRADUCTION] « [d]ans la plupart, voire la totalité, des cas, le gouvernement n'est pas en mesure d'apprécier l'effet qu'aura une prise projetée sur l'exercice, par les Indiens, de leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage sans procéder à une consultation. »

50 The Attorney General of Alberta denies that a duty of consultation can be an implied term of Treaty 8. He argues:

Le procureur général de l'Alberta nie qu'il soit possible d'inférer une obligation de consultation des modalités du Traité nº 8. Selon lui :

Given that a consultation obligation would mean that the Crown would be required to engage in meaningful consultations with any and all affected Indians, being nomadic individuals scattered across a vast expanse of land, every time it wished to utilize an individual plot of land or change the use of the plot, such a requirement would not be within the range of possibilities of the common intention of the parties.

The parties *did* in fact contemplate a difficult period of transition and sought to soften its impact as much as possible, and any administrative inconvenience incidental to managing the process was rejected as a defence in *Haida Nation* and *Taku River*. There is no need to repeat here what was said in those cases about the overarching objective of reconciliation rather than confrontation.

(d) *Honour of the Crown*

The duty to consult is grounded in the honour of the Crown, and it is not necessary for present purposes to invoke fiduciary duties. The honour of the Crown is itself a fundamental concept governing treaty interpretation and application that was referred to by Gwynne J. of this Court *as a treaty obligation* as far back as 1895, four years before Treaty 8 was concluded: *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12, *per* Gwynne J. (dissenting). While he was in the minority in his view that the treaty obligation to pay Indian annuities imposed a trust on provincial lands, nothing was said by the majority in that case to doubt that the honour of the Crown was pledged to the fulfilment of its obligations to the Indians. This had been the Crown's policy as far back as the *Royal Proclamation* of 1763, and is manifest in the promises recorded in the report of the Commissioners. The honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well, of course. In *Sparrow*, *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, *Haida Nation* and *Taku River*, the "honour of the Crown" was invoked as a central principle in resolving aboriginal claims to consultation despite the absence of any treaty.

[TRADUCTION] Étant donné qu'une obligation de consultation exigerait de la Couronne qu'elle procède à une consultation réelle de tous les Indiens touchés, c'est-à-dire de tous les nomades dispersés sur un vaste territoire, chaque fois qu'elle entend utiliser une parcelle de terrain ou en modifier l'utilisation, une telle exigence ne s'inscrirait pas dans la gamme des possibilités prévues selon l'intention commune des parties.

Les parties *ont* effectivement prévu une période de transition difficile, et ont tenté d'en atténuer le plus possible les effets, et toute défense fondée sur les inconvénients administratifs découlant de la gestion du processus a été rejetée dans les arrêts *Nation Haïda* et *Taku River*. Nul n'est besoin de répéter en l'espèce ce qui a été dit dans ces arrêts au sujet de l'objectif primordial de réconciliation plutôt que de confrontation.

d) *Honneur de la Couronne*

51 L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne, et il n'est pas nécessaire pour les besoins de l'espèce d'invoquer les obligations de fiduciaire. L'honneur de la Couronne est elle-même une notion fondamentale en matière d'interprétation et d'application des traités que le juge Gwynne de notre Cour avait déjà qualifiée d'*obligation découlant d'un traité* en 1895, soit quatre ans avant la conclusion du Traité n° 8 : *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident). Même si son opinion, voulant que l'obligation découlant d'un traité de verser des rentes aux Indiens crée une fiducie à l'égard des terres provinciales, était minoritaire, les juges majoritaires n'ont rien dit dans cette affaire qui permette de douter que l'honneur de la Couronne garantissait l'exécution de ses obligations envers les Indiens. La Couronne en avait fait sa politique au moins depuis la *Proclamation royale* de 1763, et cette notion ressort clairement des promesses consignées dans le rapport des commissaires. L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu. Dans les arrêts *Sparrow*, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, *Nation Haïda* et *Taku River*, l'« honneur de la Couronne » a été invoqué à titre de principe central du règlement des demandes de consultation des Autochtones, et ce, même en l'absence d'un traité.

52 It is not as though the Treaty 8 First Nations did not pay dearly for their entitlement to honourable conduct on the part of the Crown; surrender of the aboriginal interest in an area larger than France is a hefty purchase price.

(2) Did the Extensive Consultations With First Nations Undertaken in 1899 at the Time Treaty 8 Was Negotiated Discharge the Crown's Duty of Consultation and Accommodation?

53 The Crown's second broad answer to the Mikisew claim is that whatever had to be done was done in 1899. The Minister contends:

> While the government should consider the impact on the treaty right, there is no duty to accommodate in this context. The treaty itself constitutes the accommodation of the aboriginal interest; taking up lands, as defined above, leaves intact the essential ability of the Indians to continue to hunt, fish and trap. As long as that promise is honoured, the treaty is not breached and no separate duty to accommodate arises. [Emphasis added.]

54 This is not correct. Consultation that excludes from the outset any form of accommodation would be meaningless. The contemplated process is not simply one of giving the Mikisew an opportunity to blow off steam before the Minister proceeds to do what she intended to do all along. Treaty making is an important stage in the long process of reconciliation, but it is only a stage. What occurred at Fort Chipewyan in 1899 was not the complete discharge of the duty arising from the honour of the Crown, but a rededication of it.

55 The Crown has a treaty right to "take up" surrendered lands for regional transportation purposes, but the Crown is nevertheless under an obligation to inform itself of the impact its project will have on the exercise by the Mikisew of their hunting and trapping rights, and to communicate its findings to the Mikisew. The Crown must then attempt to deal

Ce n'est pas comme si les premières nations signataires du Traité nº 8 n'avaient pas payé chèrement leur droit à un comportement honorable de la part de la Couronne; la cession des intérêts autochtones sur un territoire plus grand que la France constitue un prix d'achat très élevé.

(2) La tenue de vastes consultations auprès des premières nations au moment de la négociation du Traité nº 8 en 1899 a-t-elle libéré la Couronne de son obligation de consultation et d'accommodement?

La deuxième réponse générale de la Couronne à la revendication des Mikisew est que ce qui devait être fait a été fait en 1899. La ministre soutient ce qui suit :

> [TRADUCTION] Bien que le gouvernement doive tenir compte des incidences sur le droit issu du traité, il n'existe aucune obligation d'accommodement dans ce contexte. Le traité lui-même constitue l'accommodement aux intérêts autochtones; la prise de terres, telle qu'elle est définie ci-dessus, ne touche aucunement à la capacité fondamentale des Indiens de continuer à chasser, à pêcher et à piéger. Dans la mesure où cette promesse est honorée, le traité n'est pas violé, et aucune obligation d'accommodement distincte ne prend naissance. [Je souligne.]

Cet argument n'est pas fondé. La consultation qui exclurait dès le départ toute forme d'accommodement serait vide de sens. Le processus envisagé ne consiste pas simplement à donner aux Mikisew l'occasion de se défouler avant que la ministre fasse ce qu'elle avait l'intention de faire depuis le début. La conclusion de traités est une étape importante du long processus de réconciliation, mais ce n'est qu'une étape. Ce qui s'est passé à Fort Chipewyan en 1899 ne constituait pas un accomplissement parfait de l'obligation découlant de l'honneur de la Couronne, mais une réitération de celui-ci.

Le traité accorde à la Couronne un droit de « prendre » des terres cédées à des fins de transport régional, mais elle n'en est pas moins tenue de s'informer de l'effet qu'aura son projet sur l'exercice par les Mikisew de leurs droits de chasse et de piégeage, et de leur communiquer ses constatations. La Couronne doit alors s'efforcer de traiter

with the Mikisew "in good faith, and with the intention of substantially addressing" Mikisew concerns (*Delgamuukw*, at para. 168). This does not mean that whenever a government proposes to do anything in the Treaty 8 surrendered lands it must consult with all signatory First Nations, no matter how remote or unsubstantial the impact. The duty to consult is, as stated in *Haida Nation*, triggered at a low threshold, but adverse impact is a matter of degree, as is the extent of the Crown's duty. Here the impacts were clear, established and demonstrably adverse to the continued exercise of the Mikisew hunting and trapping rights over the lands in question.

avec les Mikisew « de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement » de leurs préoccupations (*Delgamuukw*, par. 168). Cela ne signifie pas que le gouvernement doit consulter toutes les premières nations signataires du Traité nº 8 chaque fois qu'il se propose de faire quelque chose sur les terres cédées visées par ce traité, même si l'effet est peu probable ou peu important. L'obligation de consultation, comme il est précisé dans l'arrêt *Nation Haïda*, est vite déclenchée, mais l'effet préjudiciable, comme l'étendue de l'obligation de la Couronne, est une question de degré. En l'espèce, les effets étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice ininterrompu des droits de chasse et de piégeage des Mikisew sur les terres en question.

In summary, the 1899 negotiations were the first step in a long journey that is unlikely to end any time soon. Viewed in light of the facts of this case, we should qualify *Badger*'s identification of two inherent limitations on Indian hunting, fishing and trapping rights under Treaty 8 (geographical limits and specific forms of government regulation) by a third, namely the Crown's right to take up lands under the treaty, which itself is subject to its duty to consult and, if appropriate, accommodate First Nations' interests before reducing the area over which their members may continue to pursue their hunting, trapping and fishing rights. Such a third qualification (not at issue in *Badger*) is fully justified by the history of the negotiations leading to Treaty 8, as well as by the honour of the Crown as previously discussed.

56 En résumé, les négociations menées en 1899 constituaient la première étape d'un long voyage qui n'est pas à la veille de se terminer. À la lumière des faits de la présente affaire, nous devons ajouter aux deux restrictions inhérentes aux droits de chasse, de pêche et de piégeage que le Traité nº 8 accorde aux Indiens qui ont été dégagées dans l'arrêt *Badger* (limites géographiques et mesures spécifiques de réglementation gouvernementale), une troisième restriction, soit le droit pour la Couronne de prendre des terres aux termes du traité, un droit qui est lui-même assujetti à l'obligation de tenir des consultations et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts des premières nations avant de réduire le territoire sur lequel leurs membres peuvent continuer à exercer leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage. Comme nous l'avons vu, cette troisième restriction (qui n'était pas en cause dans *Badger*) est tout à fait justifiée par l'historique des négociations qui ont mené à la signature du Traité nº 8 ainsi que par l'honneur de la Couronne.

As stated at the outset, the honour of the Crown infuses every treaty and the performance of every treaty obligation. Treaty 8 therefore gives rise to Mikisew procedural rights (e.g., consultation) as well as substantive rights (e.g., hunting, fishing and trapping rights). Were the Crown to have barrelled ahead with implementation of the winter road without adequate consultation, it would have been in

57 Comme je l'ai affirmé au début, l'honneur de la Couronne imprègne chaque traité et l'exécution de chaque obligation prévue au traité. En conséquence, le Traité nº 8 est à l'origine des droits de nature procédurale des Mikisew (p. ex. la consultation) ainsi que de leurs droits substantiels (p. ex. les droits de chasse, de pêche et de piégeage). Si la Couronne avait foncé pour mettre en œuvre le projet de route

violation of its *procedural* obligations, quite apart from whether or not the Mikisew could have established that the winter road breached the Crown's *substantive* treaty obligations as well.

58 *Sparrow* holds not only that rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are not absolute, but also that their breach may be justified by the Crown in certain defined circumstances. The Mikisew rights under Treaty 8 are protected by s. 35. The Crown does not seek to justify in *Sparrow*-terms shortcomings in its consultation in this case. The question that remains, therefore, is whether what the Crown did here complied with its obligation to consult honourably with the Mikisew First Nation.

(3) Was the Process Followed by the Minister Through Parks Canada in This Case Sufficient?

59 Where, as here, the Court is dealing with a *proposed* "taking up" it is not correct (even if it is concluded that the proposed measure *if implemented* would infringe the treaty hunting and trapping rights) to move directly to a *Sparrow* analysis. The Court must first consider the *process* by which the "taking up" is planned to go ahead, and whether that process is compatible with the honour of the Crown. If not, the First Nation may be entitled to succeed in setting aside the Minister's order on the process ground whether or not the facts of the case would otherwise support a finding of infringement of the hunting, fishing and trapping rights.

60 I should state at the outset that the winter road proposed by the Minister was a permissible purpose for "taking up" lands under Treaty 8. It is obvious that the listed purposes of "settlement, mining, lumbering" and "trading" all require suitable transportation. The treaty does not spell out permissible "other purposes" but the term should not be read restrictively: *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433

d'hiver sans consultation adéquate, elle aurait violé ses obligations *procédurales*, outre le fait que les Mikisew auraient peut-être pu établir que la route d'hiver violait en plus les obligations *substantielles* que le traité impose à la Couronne.

Selon l'arrêt *Sparrow*, non seulement les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne sont pas absolus, mais leur violation peut être justifiée par la Couronne dans certaines circonstances précises. Les droits que le Traité nº 8 confère aux Mikisew sont protégés par l'art. 35. La Couronne ne cherche pas à justifier au sens de l'arrêt *Sparrow* les lacunes de sa consultation en l'espèce. Il reste donc à répondre à la question de savoir si, dans les mesures qu'elle a prises, la Couronne a respecté son obligation de consulter honorablement la Première nation Mikisew.

(3) Le processus suivi en l'espèce par la ministre, par l'intermédiaire de Parcs Canada, était-il suffisant?

Dans les cas où, comme en l'espèce, la Cour est en présence d'une « prise » *projetée*, il n'est pas indiqué (même si on a conclu que la mesure envisagée, *si elle était mise en œuvre*, porterait atteinte aux droits de chasse et de piégeage issus du traité) de passer directement à une analyse fondée sur l'arrêt *Sparrow*. La Cour doit d'abord examiner le *processus* selon lequel la « prise » doit se faire, et se demander si ce processus est compatible avec l'honneur de la Couronne. Dans la négative, la première nation peut obtenir l'annulation de l'ordonnance de la ministre en se fondant sur le motif relatif au processus, peu importe que les faits de l'affaire justifient par ailleurs une conclusion que les droits de chasse, de pêche et de piégeage ont été violés.

Je précise d'entrée de jeu que la construction de la route d'hiver proposée par la ministre est une fin qui lui permettait de « prendre » des terres aux termes du Traité nº 8. Il est évident que les fins [TRADUCTION] « d'établissements, de mine, d'opérations forestières » et de [TRADUCTION] « commerce » nécessitent toutes un transport convenable. Le traité ne définit pas les [TRADUCTION] « autres

(Sask. C.A.), at pp. 440-41. In any event, as noted earlier, the opening recital of Treaty 8 refers to "travel".

objets » qui permettent de prendre des terres, mais cette expression ne doit pas recevoir une interprétation restrictive : *R. c. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433 (C.A. Sask.), p. 440-441. Quoi qu'il en soit, comme je l'ai déjà mentionné, on parle de « voyages » dans le préambule du Traité n° 8.

The question is whether the Minister and her staff pursued the permitted purpose of regional transportation needs in accordance with the Crown's duty to consult. The answer turns on the particulars of that duty shaped by the circumstances here. In *Delgamuukw*, the Court considered the duty to consult and accommodate in the context of an infringement of aboriginal title (at para. 168):

61 La question est de savoir si la ministre et son personnel ont tenté de parvenir à la fin autorisée que constituent les besoins en matière de transport régional en respectant l'obligation de consultation de la Couronne. La réponse dépend du contenu de cette obligation, lequel est tributaire des circonstances de l'espèce. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a examiné l'obligation de consultation et d'accommodement dans le contexte d'une atteinte au titre aborigène (par. 168) :

In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands. [Emphasis added.]

Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones. [Je souligne.]

In *Haida Nation*, the Court pursued the kinds of duties that may arise in pre-proof claim situations, and McLachlin C.J. used the concept of a spectrum to frame her analysis (at paras. 43-45):

62 Dans l'arrêt *Nation Haïda*, la Cour a examiné les types d'obligations qui peuvent découler de différentes situations dans le contexte de revendications non encore prouvées, et la juge en chef McLachlin a utilisé la notion de continuum comme fondement de son analyse (par. 43-45) :

At one end of the spectrum lie cases where the claim to title is weak, the Aboriginal right limited, or the potential for infringement minor. In such cases, the only duty on the Crown may be to give notice, disclose information, and discuss any issues raised in response to the notice. . . .

À une extrémité du continuum se trouvent les cas où la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible. Dans ces cas, les seules obligations qui pourraient incomber à la Couronne seraient d'aviser les intéressés, de leur communiquer des renseignements et de discuter avec eux des questions soulevées par suite de l'avis. . .

At the other end of the spectrum lie cases where a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high

À l'autre extrémité du continuum on trouve les cas où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une

significance to the Aboriginal peoples, and the risk of non-compensable damage is high. In such cases deep consultation, aimed at finding a satisfactory interim solution, may be required. While precise requirements will vary with the circumstances, the consultation required at this stage may entail the opportunity to make submissions for consideration, formal participation in the decision-making process, and provision of written reasons to show that Aboriginal concerns were considered and to reveal the impact they had on the decision. This list is neither exhaustive, nor mandatory for every case. . . .

Between these two extremes of the spectrum just described, will lie other situations. Every case must be approached individually. Each must also be approached flexibly, since the level of consultation required may change as the process goes on and new information comes to light. The controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake. . . . [Emphasis added.]

63 The determination of the content of the duty to consult will, as *Haida Nation* suggests, be governed by the context. One variable will be the specificity of the promises made. Where, for example, a treaty calls for certain supplies, or Crown payment of treaty monies, or a modern land claims settlement imposes specific obligations on aboriginal peoples with respect to identified resources, the role of consultation may be quite limited. If the respective obligations are clear the parties should get on with performance. Another contextual factor will be the seriousness of the impact on the aboriginal people of the Crown's proposed course of action. The more serious the impact the more important will be the role of consultation. Another factor in a non-treaty case, as *Haida Nation* points out, will be the strength of the aboriginal claim. The history of dealings between the Crown and a particular First Nation may also be significant. Here, the most important contextual factor is that Treaty 8 provides a framework within which to manage the continuing changes in land use already foreseen in 1899 and expected, even now, to continue well into the future. In that context, consultation is key to achievement of the

haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé. Dans de tels cas, il peut s'avérer nécessaire de tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable. Quoique les exigences précises puissent varier selon les circonstances, la consultation requise à cette étape pourrait comporter la possibilité de présenter des observations, la participation officielle à la prise de décisions et la présentation de motifs montrant que les préoccupations des Autochtones ont été prises en compte et précisant quelle a été l'incidence de ces préoccupations sur la décision. Cette liste n'est pas exhaustive et ne doit pas nécessairement être suivie dans chaque cas. . .

Entre les deux extrémités du continuum décrit précédemment, on rencontrera d'autres situations. Il faut procéder au cas par cas. Il faut également faire preuve de souplesse, car le degré de consultation nécessaire peut varier à mesure que se déroule le processus et que de nouveaux renseignements sont mis au jour. La question décisive dans toutes les situations consiste à déterminer ce qui est nécessaire pour préserver l'honneur de la Couronne et pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. . . [Je souligne.]

Comme l'indique l'arrêt *Nation Haïda*, la détermination du contenu de l'obligation de consultation sera fonction du contexte. La spécificité des promesses faites sera une des variables prises en compte. Si, par exemple, un traité exige la fourniture de biens ou le paiement de sommes d'argent par la Couronne, ou si une entente récente sur les revendications territoriales impose aux Autochtones des obligations spécifiques relativement à des ressources données, l'importance de la consultation peut être assez limitée. Si les obligations respectives sont claires, les parties devraient les exécuter. Un autre facteur contextuel sera la gravité de l'incidence qu'auront sur le peuple autochtone les mesures que propose la Couronne. Plus la mesure aura d'incidence, plus la consultation prendra de l'importance. S'il n'y a pas de traité, la solidité de la revendication autochtone sera un autre facteur, comme le signale l'arrêt *Nation Haïda*. L'historique des relations entre la Couronne et une première nation peut aussi être un facteur important. En l'espèce, le facteur contextuel le plus important est le fait que le Traité n° 8 offre un cadre permettant de gérer les changements constants à l'utilisation des terres déjà prévus en 1899 et qui, on le sait

overall objective of the modern law of treaty and aboriginal rights, namely reconciliation.

The duty here has both informational and response components. In this case, given that the Crown is proposing to build a fairly minor winter road on *surrendered* lands where the Mikisew hunting, fishing and trapping rights are expressly subject to the "taking up" limitation, I believe the Crown's duty lies at the lower end of the spectrum. The Crown was required to provide notice to the Mikisew and to engage directly with them (and not, as seems to have been the case here, as an afterthought to a general public consultation with Park users). This engagement ought to have included the provision of information about the project addressing what the Crown knew to be Mikisew interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown was required to solicit and to listen carefully to the Mikisew concerns, and to attempt to minimize adverse impacts on the Mikisew hunting, fishing and trapping rights. The Crown did not discharge this obligation when it unilaterally declared the road realignment would be shifted from the reserve itself to a track along its boundary. I agree on this point with what Finch J.A. (now C.J.B.C.) said in *Halfway River First Nation*, at paras. 159-60:

The fact that adequate notice of an intended decision may have been given does not mean that the requirement for adequate consultation has also been met.

The Crown's duty to consult imposes on it a positive obligation to reasonably ensure that aboriginal peoples are provided with all necessary information in a timely way so that they have an opportunity to express their interests and concerns, and to ensure that their representations are seriously considered and, wherever possible, demonstrably integrated into the proposed plan of action. [Emphasis added.]

maintenant, vont se poursuivre encore longtemps. Dans ce contexte, la consultation est un facteur clé pour parvenir à la réconciliation, l'objectif global du droit moderne des traités et des droits autochtones.

64 L'obligation en l'espèce comporte des éléments informationnels et des éléments de solution. Dans cette affaire, étant donné que la Couronne se propose de construire une route d'hiver relativement peu importante sur des terres *cédées* où les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise », j'estime que l'obligation de la Couronne se situe plutôt au bas du continuum. La Couronne devait aviser les Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux (et non, comme cela semble avoir été le cas en l'espèce, après coup lorsqu'une consultation publique générale a été tenue auprès des utilisateurs du parc). Ce dialogue aurait dû comporter la communication de renseignements sur le projet traitant des intérêts des Mikisew connus de la Couronne et de l'effet préjudiciable que le projet risquait d'avoir, selon elle, sur ces intérêts. La Couronne devait demander aux Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage des Mikisew. Elle n'a pas respecté cette obligation lorsqu'elle a déclaré unilatéralement que le tracé de la route serait déplacé de la réserve elle-même à une bande de terre à la limite de celle-ci. Sur ce point, je souscris à l'opinion exprimée par le juge Finch (maintenant Juge en chef de la C.-B.) dans *Halfway River First Nation*, par. 159-160 :

[TRADUCTION] Ce n'est pas parce qu'on a donné un avis suffisant d'une décision envisagée qu'on a aussi respecté l'exigence de la consultation suffisante.

L'obligation de consultation de la Couronne lui impose le devoir concret de veiller raisonnablement à ce que les Autochtones disposent en temps utile de toute l'information nécessaire pour avoir la possibilité d'exprimer leurs intérêts et leurs préoccupations, et de faire en sorte que leurs observations sont prises en considération avec sérieux et, lorsque c'est possible, sont intégrées d'une façon qui puisse se démontrer dans le plan d'action proposé. [Je souligne.]

65 It is true, as the Minister argues, that there is some reciprocal onus on the Mikisew to carry their end of the consultation, to make their concerns known, to respond to the government's attempt to meet their concerns and suggestions, and to try to reach some mutually satisfactory solution. In this case, however, consultation never reached that stage. It never got off the ground.

Il est vrai, comme le prétend la ministre, que les Mikisew ont l'obligation réciproque de faire leur part en matière de consultation, de faire connaître leurs préoccupations, de supporter les efforts du gouvernement en vue de tenir compte de leurs préoccupations et suggestions, et de tenter de trouver une solution mutuellement satisfaisante. En l'espèce, cependant, la consultation n'a jamais atteint ce stade. Elle n'a jamais pris son essor.

66 Had the consultation process gone ahead, it would not have given the Mikisew a veto over the alignment of the road. As emphasized in *Haida Nation*, consultation will not always lead to accommodation, and accommodation may or may not result in an agreement. There could, however, be changes in the road alignment or construction that would go a long way towards satisfying the Mikisew objections. We do not know, and the Minister cannot know in the absence of consultation, what such changes might be.

Le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Comme on le souligne dans l'arrêt *Nation Haïda*, la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et l'accommodement ne se traduit pas toujours par une entente. On aurait toutefois peut-être pu apporter au tracé ou à la construction de la route des modifications qui permettraient de répondre, dans une large mesure, aux objections des Mikisew. Nous ne savons pas ce que pourraient être ces modifications et, en l'absence de consultation, la ministre ne peut pas le savoir non plus.

67 The trial judge's findings of fact make it clear that the Crown failed to demonstrate an "'intention of substantially addressing (Aboriginal) concerns' . . . through a meaningful process of consultation" (*Haida Nation*, at para. 42). On the contrary, the trial judge held that

Il ressort clairement des conclusions de fait de la juge de première instance que la Couronne n'a pas réussi à démontrer qu'elle avait « "l'intention de tenir compte réellement des préoccupations (des Autochtones)" [. . .] dans le cadre d'un véritable processus de consultation » (*Nation Haïda*, par. 42). Au contraire, la juge de première instance a estimé que,

> [i]n the present case, at the very least, this [duty to consult] would have entailed a response to Mikisew's October 10, 2000 letter, and a meeting with them to ensure that their concerns were addressed early in the planning stages of the project. At the meetings that were finally held between Parks Canada and Mikisew, a decision had essentially been made, therefore, the meeting could not have been conducted with the genuine intention of allowing Mikisew's concerns to be integrated with the proposal. [para. 154]

> [e]n l'espèce, il aurait donc au moins fallu répondre à la lettre des Mikisews du 10 octobre 2000 et rencontrer ceux-ci pour prendre leurs préoccupations en considération au début de la planification du projet. Lorsque des rencontres ont finalement eu lieu entre Parcs Canada et les Mikisews, la décision était pour ainsi dire prise, et elles ne pouvaient donc se tenir dans l'intention véritable de permettre la prise en compte de leurs préoccupations. [par. 154]

The trial judge also wrote:

La juge de première instance a également écrit ceci :

> . . . it is not consistent with the honour of the Crown, in its capacity as fiduciary, for it to fail to consult with a

> . . . l'honneur de la Couronne, en sa qualité de fiduciaire, ne saurait permettre qu'une décision portant atteinte à

First Nation prior to making a decision that infringes on constitutionally protected treaty rights. [para. 157]

I agree, as did Sharlow J.A., dissenting in the Federal Court of Appeal. She declared that the mitigation measures were adopted through a process that was "fundamentally flawed" (para. 153).

In the result I would allow the appeal, quash the Minister's approval order, and remit the winter road project to the Minister to be dealt with in accordance with these reasons.

V. Conclusion

Costs are sought by the Mikisew on a solicitor and client basis but there are no exceptional circumstances to justify such an award. The appeal is therefore allowed and the decision of the Court of Appeal is set aside, all with costs against the respondent Minister in this Court and in the Federal Court of Appeal on a party and party basis. The costs in the Trial Division remain as ordered by the trial judge.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Rath & Co., Priddis, Alberta.

Solicitor for the respondent Sheila Copps, Minister of Canadian Heritage: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Thebacha Road Society: Ackroyd Piasta Roth & Day, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

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

Solicitors for the intervener the Big Island Lake Cree Nation: Woloshyn & Company, Saskatoon.

des droits issus de traité et jouissant d'une protection constitutionnelle soit prise sans que la Première nation concernée soit consultée. [par. 157]

Comme la juge Sharlow, dissidente en Cour d'appel fédérale, je suis de cet avis. Cette dernière a affirmé que les mesures d'atténuation avaient été élaborées par suite d'un processus qui était « fondamentalement vicié » (par. 153). 68

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance d'approbation de la ministre et de lui renvoyer le dossier du projet de route d'hiver pour qu'elle prenne une décision conforme aux présents motifs. 69

V. Conclusion

Les Mikisew ont demandé les dépens sur une base avocat-client, mais aucune circonstance exceptionnelle ne justifie cette demande. En conséquence, le pourvoi est accueilli et la décision de la Cour d'appel fédérale est annulée, le tout avec dépens entre parties contre la ministre intimée dans notre Cour et dans la Cour d'appel fédérale. L'ordonnance relative aux dépens rendue par la juge en Section de première instance est maintenue. 70

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Rath & Co., Priddis, Alberta.

Procureur de l'intimée Sheila Copps, ministre du Patrimoine canadien : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Thebacha Road Society : Ackroyd Piasta Roth & Day, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Nation crie de Big Island Lake : Woloshyn & Company, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Lesser Slave Lake Indian Regional Council: Donovan & Co., Vancouver.

Solicitors for the intervener the Treaty 8 First Nations of Alberta: Cook Roberts, Victoria.

Solicitors for the intervener the Treaty 8 Tribal Association: Woodward & Co., Victoria.

Solicitor for the intervener the Blueberry River First Nations: Thomas R. Berger, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Pitblado, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant Lesser Slave Lake Indian Regional Council : Donovan & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intervenante les Premières nations de l'Alberta signataires du Traité n^{o} 8 : Cook Roberts, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Treaty 8 Tribal Association : Woodward & Co., Victoria.

Procureur de l'intervenante les Premières nations de Blueberry River : Thomas R. Berger, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Pitblado, Winnipeg.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2005 Vol. 3

3e cahier, 2005 Vol. 3

Cited as [2005] 3 S.C.R. 425-608

Renvoi [2005] 3 R.C.S. 425-608

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2006.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

CONTENTS

Charlebois *v.* Saint John (City) **563**

Official languages — Municipalities — Civil proceedings against municipality — Language obligations — New Brunswick legislation on official languages requiring "institution" party to civil proceedings to use official language chosen by other party — Whether word "institution" in legislation includes municipalities — Whether institution obligated to translate evidence and quotations from legal decisions — Official Languages Act, S.N.B. 2002, c. O-0.5, ss. 1 "institution", 22.

Statutes — Interpretation — Language rights.

Dikranian *v.* Quebec (Attorney General) **530**

Contracts — Student loans — Loan repayment terms — Vested rights — Clause of student loan contract incorporating by reference legislative provisions relating to exemption from paying interest during specified period — Legislative amendments reducing and then eliminating interest exemption period — Whether student having vested right with respect to duration of exemption period applicable to payment of interest — Whether legislative amendments having effect of limiting rights conferred on student in contract with financial institution — An Act respecting financial assistance for students, R.S.Q., c. A-13.3, s. 23 — An Act to amend the Act respecting financial assistance for students and the General and Vocational Colleges Act, S.Q. 1996, c. 79, s. 5 — An Act to amend the Act respecting financial assistance for students, S.Q. 1997, c. 90, ss. 4, 5, 13.

Merk *v.* International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771 ..... **425**

Labour law — Employee protection — Whistleblower — Provincial legislation providing that no employer can discharge employee who "has reported . . . to a lawful authority any activity that is or is likely to result in an offence" — Employee fired for reporting to union officials alleged financial abuse by supervisors — Whether "lawful authority" limited to persons capable of exercising authority with respect to offences — The Labour Standards Act, R.S.S. 1978, c. L-1, s. 74.

R. *v.* Boucher **499**

Criminal law — Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Presumption of accuracy of breathalyzer test result — Evidence to contrary adduced to rebut presumption — Credibility of accused — Defence expert asserting that blood alcohol levels of accused not corresponding to levels person with his physical characteristics would have after consumption alleged by defence — Trial judge finding accused's testimony not credible and rejecting expert evidence — Accused found

Continued on next page

SOMMAIRE

Charlebois *c.* Saint John (Ville) **563**

Langues officielles — Municipalités — Action civile contre une municipalité — Obligations linguistiques — Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick exigeant que, dans une affaire civile à laquelle elle est partie, une « institution » utilise la langue officielle choisie par l'autre partie — Le mot « institution » figurant dans cette loi englobe-t-il les municipalités? — Une institution est-elle tenue de traduire les éléments de preuve et les extraits de jurisprudence? — Loi sur les langues officielles, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, art. 1 « institution », 22.

Législation — Interprétation — Droits linguistiques.

Dikranian *c.* Québec (Procureur général) **530**

Contrats — Prêts étudiants — Modalités de remboursement du prêt — Droits acquis — Clause d'un contrat de prêt étudiant incorporant par renvoi des dispositions législatives relatives à l'exemption du paiement des intérêts durant une période déterminée — Modifications législatives réduisant puis éliminant la période d'exemption du paiement des intérêts — L'étudiant bénéficie-t-il d'un droit acquis quant à la durée de la période d'exemption applicable au paiement des intérêts? — Les modifications législatives ont-elles eu pour effet de restreindre les droits conférés à l'étudiant par son contrat avec l'institution financière? — Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 23 — Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel, L.Q. 1996, ch. 79, art. 5 — Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.Q. 1997, ch. 90, art. 4, 5, 13.

Merk *c.* Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771 ..... **425**

Droit du travail — Protection accordée aux employés — Dénonciateur — Loi provinciale interdisant aux employeurs de congédier un employé qui « a signalé [. . .] à une autorité légalement compétente une activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction » — Employée congédiée pour avoir signalé à des dirigeants syndicaux des malversations qu'auraient commises des supérieurs hiérarchiques — L'expression « autorité légalement compétente » vise-t-elle uniquement les personnes en mesure d'exercer des pouvoirs à l'égard d'une infraction? — The Labour Standards Act, R.S.S. 1978, ch. L-1, art. 74.

R. *c.* Boucher **499**

Droit criminel — Preuve — Conduite d'un véhicule avec un taux d'alcoolémie supérieur à la limite permise — Présomption d'exactitude du résultat de l'alcootest — Preuve contraire visant à réfuter la présomption — Crédibilité de l'accusé — Expert de la défense affirmant que les taux

Suite à la page suivante

guilty — Whether expert opinion based on testimony that not credible can constitute evidence to contrary — Whether there other evidence that could raise reasonable doubt — Whether appropriate to intervene in trial judge's assessment of credibility of accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(g).

R. *v.* MacKay (Kenneth David) **607**

Criminal law — Trial — Charge to jury — Lengthy charge not misleading jury or having adverse impact on fairness of trial.

Criminal law — Evidence — Circumstantial evidence — Accused convicted of first degree murder — Sufficient evidence to support verdict.

R. *v.* Spence **458**

Criminal law — Interracial crime — Selection of jury — Challenge for cause — Racial prejudice — Fair trial — Black accused charged with robbing East Indian man — Trial judge permitting defence to challenge jurors for cause on basis of potential bias against accused, but refusing to extend challenge for cause to include race of complainant — Whether trial judge's refusal to include "interracial" nature of crime in challenge for cause deprived accused of his right to impartial jury and to fair trial — Whether within trial judge's discretion to limit challenge for cause.

Criminal law — Evidence — Limits of judicial notice — Social facts — Black accused charged with robbing East Indian man — Whether court can take judicial notice that jurors have "natural sympathy" for victims of same race.

d'alcoolémie obtenus ne correspondent pas à celui qu'obtiendrait une personne ayant les caractéristiques physiques de l'accusé pour une consommation telle qu'alléguée en défense — Juge du procès concluant que le témoignage de l'accusé n'est pas crédible et écartant l'expertise — Accusé déclaré coupable — L'opinion d'un expert fondée sur un témoignage qui n'est pas crédible peut-elle constituer une preuve contraire? — D'autres éléments de preuve étaient-ils susceptibles de soulever un doute raisonnable? — Y a-t-il lieu d'intervenir dans l'appréciation de la crédibilité de l'accusé par la juge du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)g).

R. *c.* MacKay (Kenneth David) **607**

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — La longueur de l'exposé n'a pas induit le jury en erreur ni influé sur l'équité du procès.

Droit criminel — Preuve — Preuve circonstancielle — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Preuve suffisante pour étayer le verdict.

R. *c.* Spence **458**

Droit criminel — Crime interracial — Sélection des jurés — Récusation motivée — Préjugé racial — Procès équitable — Noir accusé d'avoir volé un Indo-Pakistanais — Juge du procès ayant permis à la défense de récuser des candidats jurés pour cause de préjugé racial possible contre l'accusé, mais ayant refusé que la question posée aux candidats jurés précise également la race du plaignant — Le refus du juge que la question fasse état de la nature « interraciale » du crime a-t-il privé l'accusé de son droit à un jury impartial et à un procès équitable? — Ce refus relevait-il du pouvoir discrétionnaire du juge de limiter la récusation motivée?

Droit criminel — Preuve — Limites de la connaissance d'office — Faits sociaux — Noir accusé d'avoir volé un Indo-Pakistanais — Le tribunal pouvait-il admettre d'office qu'un juré éprouve une « sympathie naturelle » envers une victime de la même race que lui?

Her Majesty The Queen *ex rel.* Linda Merk *Appellant*

v.

International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771 *Respondent*

INDEXED AS: MERK *v.* INTERNATIONAL ASSOCIATION OF BRIDGE, STRUCTURAL, ORNAMENTAL AND REINFORCING IRON WORKERS, LOCAL 771

Neutral citation: 2005 SCC 70.

File No.: 30090.

2005: February 10; 2005: November 24.

Present: McLachlin C.J. and Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Charron JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Labour law — Employee protection — Whistle-blower — Provincial legislation providing that no employer can discharge employee who "has reported . . . to a lawful authority any activity that is or is likely to result in an offence" — Employee fired for reporting to union officials alleged financial abuse by supervisors — Whether "lawful authority" limited to persons capable of exercising authority with respect to offences — The Labour Standards Act, R.S.S. 1978, c. L-1, s. 74.

The appellant, M alleges that she was fired as bookkeeper and office manager of the respondent trade union because she blew the whistle by informing International Union of Iron Workers representatives of alleged financial misconduct committed by her immediate supervisors at Local 771. Under s. 74(1)(a) of the Saskatchewan *Labour Standards Act*, no employer can discharge an employee because the employee "has reported . . . to a lawful authority any activity that is or is likely to result in an offence". While the trial judge was satisfied that the financial misconduct amounted to "an offence" and that M was terminated because she reported it, she nevertheless concluded that M had not complained to a "lawful authority". In her view the expression "lawful

Sa Majesté la Reine *ex rel.* Linda Merk *Appelante*

c.

Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771 *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MERK *c.* ASSOCIATION INTERNATIONALE DES TRAVAILLEURS EN PONTS, EN FER STRUCTURAL, ORNEMENTAL ET D'ARMATURE, SECTION LOCALE 771

Référence neutre : 2005 CSC 70.

N° du greffe : 30090.

2005 : 10 février; 2005 : 24 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit du travail — Protection accordée aux employés — Dénonciateur — Loi provinciale interdisant aux employeurs de congédier un employé qui « a signalé [. . .] à une autorité légalement compétente une activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction » — Employée congédiée pour avoir signalé à des dirigeants syndicaux des malversations qu'auraient commises des supérieurs hiérarchiques — L'expression « autorité légalement compétente » vise-t-elle uniquement les personnes en mesure d'exercer des pouvoirs à l'égard d'une infraction? — The Labour Standards Act, R.S.S. 1978, ch. L-1, art. 74.

L'appelante M affirme avoir été renvoyée de son poste d'aide-comptable et de directrice de bureau du syndicat intimé parce qu'elle a dénoncé aux représentants de l'Association internationale des travailleurs en fer des malversations qu'auraient commises ses supérieurs hiérarchiques immédiats à la Section locale 771. Suivant l'al. 74(1)a) de la *Labour Standards Act* de la Saskatchewan, il est interdit à un employeur de congédier un employé parce que ce dernier « a signalé [. . .] à une autorité légalement compétente une activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction ». Bien que convaincue que les malversations constituaient « une infraction » et que M avait été congédiée parce qu'elle les avait dénoncées, la juge du procès a

authority" should be limited to a person or institution authorized by law to deal with the activity as an offence and did not include employers. Both the summary conviction appeal judge and the majority of the Court of Appeal agreed with the interpretation of "lawful authority" adopted by the trial judge.

Held (Deschamps J. dissenting): The appeal should be allowed and a conviction entered.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, LeBel, Abella and Charron JJ.: The expression "lawful authority" in s. 74 of *The Labour Standards Act* includes not only the police or other agents of the state having authority to deal with the activity complained of "as an offence", but also individuals within the employer organization who exercise lawful authority over the employee(s) complained about, or over the activity that is or is likely to result in the offence. This interpretation of s. 74 flows from the plain meaning of the expression "lawful authority" and is consistent with its purpose and context. If the legislature had wished to limit the scope of s. 74 to complaints to a "public authority" instead of a "lawful authority" it would have said so. [3] [38]

The plain meaning of s. 74 is reinforced by the labour relations context. Whistleblower laws, such as s. 74, seek to reconcile an employee's duty of loyalty to his or her employer with the public interest in the suppression of unlawful activity. The employees' duty of loyalty and the public's interest in whistleblowing is best reconciled with the "up the ladder" approach, i.e. protecting employees who first blow the whistle to the boss or other persons inside the employer organization who have the "lawful authority" to deal with the problem. The legislature wanted a workplace free of unlawful activity but it did not specify prosecution as the only or even the preferred method of bringing about that result. By withholding whistleblower protection unless and until the employee goes "outside" to the enforcement authorities of the state, the Court of Appeal's narrow interpretation of s. 74 would discourage the internal resolution of alleged misconduct. Failure by whistleblowing employees to "try to resolve the matter internally" is condemned by courts and labour arbitrators as *prima facie* disloyal and inappropriate conduct. There is nothing in s. 74 or surrounding context to suggest

néanmoins conclu que M n'avait pas porté plainte à une « autorité légalement compétente ». De l'avis de la juge, l'expression « autorité légalement compétente » ne s'entend que des personnes ou entités autorisées par la loi à agir à l'égard de l'activité visée par la plainte en tant qu'infraction et elle ne vise pas les employeurs. Tant le juge de la cour d'appel des poursuites sommaires que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont retenu l'interprétation donnée par la juge de première instance à l'expression « autorité légalement compétente ».

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et une déclaration de culpabilité est inscrite.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, LeBel, Abella et Charron : Les mots « *lawful authority* » (« autorité légalement compétente ») figurant à l'art. 74 de la *Labour Standards Act* désignent non seulement la police ou d'autres agents de l'État habilités à agir à l'égard de l'activité visée par la plainte « en tant qu'infraction », mais aussi des personnes qui, au sein de l'organisation de l'employeur, sont légalement habilitées à exercer un pouvoir sur les employés concernés par la plainte ou sur l'activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction à la loi. Cette interprétation de l'art. 74 ressort du sens ordinaire des mots « autorité légalement compétente » et est compatible avec l'objet et le contexte de cette disposition. Si le législateur avait voulu limiter le champ d'application de l'art. 74 aux plaintes adressées à une « autorité publique » plutôt qu'à une « autorité légalement compétente », il l'aurait dit. [3] [38]

La conclusion que le sens ordinaire de l'art. 74 doit être retenu est renforcée par le contexte, en l'occurrence les relations du travail. Les mesures législatives sur la protection des dénonciateurs, tel l'art. 74, cherche à concilier le devoir de loyauté de l'employé envers son employeur et l'intérêt du public dans la suppression des activités illicites. L'approche qui permet le mieux de concilier le devoir de loyauté des employés et l'intérêt public assuré par la dénonciation est le principe de la « filière hiérarchique », c'est-à-dire le fait de protéger les employés qui commencent par dénoncer les inconduites au patron ou à d'autres personnes constituant, à l'intérieur de l'organisation de l'employeur, une « autorité légalement compétente » pour résoudre le problème. Le législateur entendait faire en sorte que le milieu de travail soit exempt d'activités illicites, mais il n'a pas précisé que les poursuites constituent la seule façon ni même la façon privilégiée de parvenir à ce résultat. L'interprétation étroite de l'art. 74 retenue par la Cour d'appel décourage le traitement à l'interne d'allégations d'inconduite du fait qu'elle n'accorde la protection contre les représailles qu'aux employés qui s'adressent à « l'externe », c'est-à-dire aux autorités de l'État chargées

that the Saskatchewan legislature in 1994 intended to expose "loyal" employees to employer retaliation without a remedy. [16] [19] [23-26] [36]

M pursued an "up the ladder" reporting approach. Based on the trial judge's findings, M was discharged because she reported to a lawful authority (the International Union of Iron Workers) the financial misconduct of her supervisors. The alleged misconduct was an "activity that is or is likely to result in an offence" within the meaning of s. 74. On a correct interpretation of "lawful authority", the union's dismissal of M violated s. 74(1)(a) of *The Labour Standards Act*. [42] [48]

Per Deschamps J. (dissenting): The wording of s. 74 and its context do not indicate that the legislature intended to extend protection to an employee who reports a suspected wrongdoing within an organization. Broadening the definition of "lawful authority" to include employers is therefore inconsistent with this Court's approach to statutory interpretation and the plain meaning of the provision. "Lawful authority", as used in s. 74, can only be understood to mean persons or entities with the authority to enforce federal and provincial statutes. Since there is a rational basis for the external reporting requirement, a court must not second-guess the legislature's decisions about how to formulate effective labour policy. [51] [54] [57]

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Kolodziejski v. Auto Electric Service Ltd.* (1999), 177 Sask. R. 197; *Re Ministry of Attorney-General, Corrections Branch and British Columbia Government Employees' Union* (1981), 3 L.A.C. (3d) 140; *Haydon v. Canada*, [2001] 2 F.C. 82; *Read v. Canada (Attorney General)* (2005), 30 Admin. L.R. (4th) 218, 2005 FC 798; *Re Simon Fraser University and Association of University and College*

du contrôle d'application des lois. L'absence de tentative par les employés dénonciateurs d'« obtenir un redressement à l'interne » est condamnée par des tribunaux et des arbitres du travail, qui la considèrent comme une conduite à première vue déloyale et répréhensible. Rien dans l'art. 74 ou dans son contexte n'indique qu'en 1994 le législateur de la Saskatchewan entendait laisser sans recours les employés « loyaux » qui s'exposent à des représailles de leur employeur. [16] [19] [23-26] [36]

M a opté pour le signalement à la « filière hiérarchique ». D'après les conclusions de la juge du procès, M a été congédiée parce qu'elle a signalé à une autorité légalement compétente (l'Association internationale des employés en fer) les malversations financières de ses supérieurs hiérarchiques. Cette présumée inconduite était une « activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction » au sens de l'art. 74. Suivant l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « autorité légalement compétente », le congédiement de M par le syndicat contrevenait à l'al. 74(1)a) de la *Labour Standards Act*. [42] [48]

La juge Deschamps (dissidente) : Le texte de l'art. 74 et son contexte n'indiquent pas que le législateur entendait protéger les employés qui signalent à l'interne un présumé acte répréhensible. L'élargissement de la définition des mots « autorité légalement compétente » pour qu'ils visent aussi les employeurs est par conséquent incompatible avec les règles d'interprétation législative appliquées par notre Cour et le sens ordinaire de la disposition en cause. Telle qu'elle est employée à l'art. 74, l'expression « autorité légalement compétente » ne peut s'entendre que d'une personne ou entité investie du pouvoir de faire appliquer des lois fédérales ou provinciales. Comme l'obligation de dénonciation à l'externe repose sur un fondement rationnel, il n'appartient pas aux tribunaux de remettre en question les décisions du législateur en ce qui concerne la formulation d'une politique du travail efficace. [51] [54] [57]

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Kolodziejski c. Auto Electric Service Ltd.* (1999), 177 Sask. R. 197; *Re Ministry of Attorney-General, Corrections Branch and British Columbia Government Employees' Union* (1981), 3 L.A.C. (3d) 140; *Haydon c. Canada*, [2001] 2 C.F. 82; *Read c. Canada (Procureur général)*, [2005] A.C.F. nº 990 (QL), 2005 CF 798; *Re Simon Fraser University and Association of University and College*

Employees, Local 2 (1985), 18 L.A.C. (3d) 361; *Forgie and Treasury Board (Immigration Appeal Board)*, [1986] C.P.S.S.R.B. No. 310 (QL); *Re Treasury Board (Employment & Immigration) and Quigley* (1987), 31 L.A.C. (3d) 156; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Health Care Corp. of St. John's*, [2001] Nfld. L.A.A. No. 1 (QL); *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *R. v. Goulis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 137.

By Deschamps J. (dissenting)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 122.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 40, 279, 294, 369, 425.1.
Election Act, R.S.A. 2000, c. E-1, s. 161.
Employment Rights Act 1996 (U.K.), 1996, c. 18, s. 43C(1)(a) [am. 1998, c. 23, s. 1].
Employment Standards Act, R.S.B.C. 1996, c. 113, s. 83.
Employment Standards Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, s. 35.
Employment Standards Act, R.S.Y. 2002, c. 72, s. 108.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2, s. 28.
Employment Standards Act, 2000, S.O. 2000, c. 41, s. 74.
Employment Standards Code, R.S.A. 2000, c. E-9, s. 125.
Employment Standards Code, S.M. 1998, c. 29, s. 133.
Federal-Provincial Agreements Act, R.S.S. 1978, c. F-13, s. 9.
Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, c. 69, s. 58.
Highway Traffic Act, R.S.N.L. 1990, c. H-3, s. 109.
Interpretation Act, 1995, S.S. 1995, c. I-11.2, ss. 10, 36.
Labour Standards Act, R.S.N.L. 1990, c. L-2, s. 78.
Labour Standards Act, R.S.N.W.T. 1988, c. L-1, s. 67.1.
Labour Standards Act, R.S.S. 1978, c. L-1, s. 74 [am. 1994, c. 39, s. 41].
Labour Standards Act, 1969, S.S. 1969, c. 24, s. 64.
Labour Standards Act (Nunavut), R.S.N.W.T. 1988, c. L-1, s. 67.1.
Labour Standards Amendment Act, 2005, S.S. 2005, c. 16, s. 8.
Labour Standards Code, R.S.N.S. 1989, c. 246, s. 30.
Mental Health Act, R.S.N.B. 1973, c. M-10, s. 1(1) "nearest relative".

Employees, Local 2 (1985), 18 L.A.C. (3d) 361; *Forgie and Treasury Board (Immigration Appeal Board)*, [1986] C.P.S.S.R.B. No. 310 (QL); *Re Treasury Board (Employment & Immigration) and Quigley* (1987), 31 L.A.C. (3d) 156; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Health Care Corp. of St. John's*, [2001] Nfld. L.A.A. No. 1 (QL); *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *R. c. Goulis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 137.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 40, 279, 294, 369, 425.1.
Code des normes d'emploi, L.M. 1998, ch. 29, art. 133.
Election Act, R.S.A. 2000, ch. E-1, art. 161.
Employment Rights Act 1996 (R.-U.), 1996, ch. 18, art. 43C(1)a) [mod. 1998, ch. 23, art. 1].
Employment Standards Act, R.S.B.C. 1996, ch. 113, art. 83.
Employment Standards Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-6.2, art. 35.
Employment Standards Code, R.S.A. 2000, ch. E-9, art. 125.
Federal-Provincial Agreements Act, R.S.S. 1978, ch. F-13, art. 9.
Forest and Range Practices Act, S.B.C. 2002, ch. 69, art. 58.
Highway Traffic Act, R.S.N.L. 1990, ch. H-3, art. 109.
Labour Standards Act, R.S.N.L. 1990, ch. L-2, art. 78.
Labour Standards Act, R.S.S. 1978, ch. L-1, art. 74 [mod. 1994, ch. 39, art. 41].
Labour Standards Act, 1969, S.S. 1969, ch. 24, art. 64.
Labour Standards Amendment Act, 2005, S.S. 2005, ch. 16, art. 8.
Labour Standards Code, R.S.N.S. 1989, ch. 246, art. 30.
Loi d'interprétation de 1995, L.S. 1995, ch. I-11,2, art. 10, 36.
Loi de 2000 sur les normes d'emploi, L.O. 2000, ch. 41, art. 74.
Loi sur la santé mentale, L.R.N.-B. 1973, ch. M-10, art. 1(1) « parent le plus proche ».
Loi sur les mines et les minéraux, L.M. 1991-92, ch. 9, art. 232(1).
Loi sur les normes d'emploi, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, art. 28.
Loi sur les normes d'emploi, L.R.Y. 2002, ch. 72, art. 108.

Mental Health Services Act, S.S. 1984-85-86, c. M-13.1, s. 28.2(1).
Mines and Minerals Act, S.M. 1991-92, c. 9, s. 232(1).
Privacy Act, R.S.N.L. 1990, c. P-22, s. 4.
Privacy Act, R.S.S. 1978, c. P-24, s. 3.
Protected Disclosures Act 2000 (N.Z.), 2000, No. 7, s. 7.

International Documents

European Communities. *Commission Decision 99/352 of 28 April 1999 establishing the European Anti-fraud Office (OLAF)*, [1999] O.J. L. 136/20, art. 2.
European Communities. *Council Decision 99/394 of 25 May 1999 concerning the terms and conditions for internal investigations in relation to the prevention of fraud, corruption and any illegal activity detrimental to the Communities' interests*, [1999] O.J. L. 149/36.
European Communities. Staff Regulations of officials of the European Communities, [1968] O.J. L. 56/1, arts. 22a and 22b [added by *Council Regulation 723/2004 of 22 March 2004 amending the Staff Regulations of officials of the European Communities and the Conditions of Employment of other servants of the European Communities*, [2004] O.J. L. 124/1].

Authors Cited

Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation: A Code*, 4th ed. London: Butterworths, 2002.
Callahan, Elletta Sangrey, Terry Morehead Dworkin and David Lewis. "Whistleblowing: Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest" (2004), 44 *Va. J. Int'l L.* 879.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Dubin, Charles L., and John Terry. *Whistleblowing Study*. Study commissioned by the Competition Bureau. Ottawa: Industry Canada, 1997.
Graham, Randal N. *Statutory Interpretation: Theory and Practice*. Toronto: Emond Montgomery, 2001.
Laskin, Bora. "The Function of the Law" (1973), 11 *Alta. L. Rev.* 118.
Saskatchewan. Legislative Assembly. *Debates and Proceedings (Hansard)*, 4th Sess., 22nd Leg., April 22, 1994, p. 1785.

Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 122.
Loi sur les normes du travail, L.R.T.N.-O. 1988, ch. L-1, art. 67.1.
Loi sur les normes du travail (Nunavut), L.R.T.N.-O. 1988, ch. L-1, art. 67.1.
Mental Health Services Act, S.S. 1984-85-86, ch. M-13.1, art. 28.2(1).
Privacy Act, R.S.N.L. 1990, ch. P-22, art. 4.
Privacy Act, R.S.S. 1978, ch. P-24, art. 3.
Protected Disclosures Act 2000 (N.-Z.), 2000, No. 7, art. 7.

Documents internationaux

Communautés européennes. *Décision 99/352 de la Commission, du 28 avril 1999, instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)*, [1999] J.O. L. 136/20, art. 2.
Communautés européennes. *Décision 99/394 du Conseil, du 25 mai 1999, relative aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés*, [1994] J.O. L. 149/36.
Communautés européennes. Statut des fonctionnaires des Communautés européennes, [1968] J.O. L. 56/1, art. 22 bis et 22 ter [ajoutés par le *Règlement 723/2004 du Conseil, du 22 mars 2004, modifiant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés*, [2004] J.O. L. 124/1].

Doctrine citée

Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation : A Code*, 4th ed. London : Butterworths, 2002.
Callahan, Elletta Sangrey, Terry Morehead Dworkin and David Lewis. « Whistleblowing : Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest » (2004), 44 *Va. J. Int'l L.* 879.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Dubin, Charles L., et John Terry. *Étude relative à la dénonciation*. Étude commandée par le Bureau de la concurrence. Ottawa : Industrie Canada, 1997.
Graham, Randal N. *Statutory Interpretation : Theory and Practice*. Toronto : Emond Montgomery, 2001.
Laskin, Bora. « The Function of the Law » (1973), 11 *Alta. L. Rev.* 118.
Saskatchewan. Legislative Assembly. *Debates and Proceedings (Hansard)*, 4th Sess., 22nd Leg., April 22, 1994, p. 1785.

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

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Tallis, Cameron and Gerwing JJ.A.) (2003), 238 Sask. R. 234, 305 W.A.C. 234, 233 D.L.R. (4th) 61, 28 C.C.E.L. (3d) 179, [2004] 7 W.W.R. 290, 2004 CLLC ¶210-005, [2003] S.J. No. 640 (QL), 2003 SKCA 103, reversing a judgment of Ball J. (2003), 229 Sask. R. 37, [2003] 6 W.W.R. 746, 2003 CLLC ¶220-045, [2003] S.J. No. 15 (QL), 2003 SKQB 9, reversing a decision of McMurtry Prov. Ct. J., [2002] S.J. No. 555 (QL), 2002 SKPC 78. Appeal allowed, Deschamps J. dissenting.

Roger J. F. Lepage, *Kerri A. Froc* and *Alison Mitchell*, for the appellant.

Roderick M. Gillies, for the respondent.

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

1 BINNIE J. — In this case, the respondent trade union seeks to narrow the protection given to employees under the Saskatchewan "whistle-blower" legislation contained in s. 74 of *The Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, c. L-1 (as am. S.S. 1994, c. 39, s. 41). The somewhat unusual situation of a trade union seeking a dilution rather than an expansion of employee rights arises from the fact that the respondent union is itself being prosecuted by one of its own employees, Linda Merk.

2 Merk alleges that she was fired as bookkeeper and office manager of Local 771 because she blew the whistle on alleged financial abuses committed by her immediate supervisors, the president of the local, Charles Gumulcak, and its business manager, Bert Royer.

3 I agree with Cameron J.A., dissenting in the Saskatchewan Court of Appeal, that Linda Merk's letter to the General President of the International

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Tallis, Cameron et Gerwing) (2003), 238 Sask. R. 234, 305 W.A.C. 234, 233 D.L.R. (4th) 61, 28 C.C.E.L. (3d) 179, [2004] 7 W.W.R. 290, 2004 CLLC ¶210-005, [2003] S.J. No. 640 (QL), 2003 SKCA 103, qui a infirmé un jugement du juge Ball (2003), 229 Sask. R. 37, [2003] 6 W.W.R. 746, 2003 CLLC ¶220-045, [2003] S.J. No. 15 (QL), 2003 SKQB 9, qui avait infirmé un jugement de la juge McMurtry, [2002] S.J. No. 555 (QL), 2002 SKPC 78. Pourvoi accueilli, la juge Deschamps est dissidente.

Roger J. F. Lepage, *Kerri A. Froc* et *Alison Mitchell*, pour l'appelante.

Roderick M. Gillies, pour l'intimée.

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

LE JUGE BINNIE — Le syndicat intimé cherche en l'espèce à restreindre la protection accordée aux employés par la disposition législative de la Saskatchewan relative aux dénonciateurs, l'art. 74 de la *Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, ch. L-1 (mod. par S.S. 1994, ch. 39 (la « Loi »), art. 41). Cette demande plutôt surprenante de la part d'un syndicat, c'est-à-dire la réduction plutôt que l'élargissement des droits des employés, s'explique par le fait que l'intimé est poursuivi par l'une de ses propres employées, Linda Merk.

Madame Merk affirme qu'elle a été renvoyée de son poste d'aide-comptable et de directrice de bureau de la Section locale 771 parce qu'elle a dénoncé des malversations qu'auraient commises ses superviseurs immédiats, le président de la Section, Charles Gumulcak, et son directeur administratif, Bert Royer.

Je souscris à l'opinion dissidente du juge Cameron de la Cour d'appel de la Saskatchewan, selon laquelle la lettre envoyée par Linda Merk au

Union of Iron Workers that "blew the whistle" on these alleged financial abuses was a complaint "to a lawful authority" within the meaning of the Act and brought Merk within the Act's protection. The plain meaning of "lawful authority" includes those who exercise authority in both the private and public context. If the legislature had wished to limit the scope of s. 74 to complaints to a "*public* authority", it would have said so. The correctness of the broader interpretation is reinforced by the purpose and context of s. 74, as will be seen. Based on the trial judge's findings of fact, the union's dismissal of Merk violated the Act. The appeal must be allowed and a conviction entered.

I. Facts

In the fall of 2000, Bert Royer received a Visa credit card for union expenses. Shortly thereafter, Merk realized that Royer was double charging expenses by putting them on his Visa card (which was paid directly by Local 771) despite already having received advances for the same expenses, or claiming reimbursement for the same amount as if the expenses had been paid from his own pocket. The trial judge found that in the result union funds were misappropriated. For example, Royer received a hotel advance for travel September 6-10, 2000, of $1,099.40. His actual hotel expense was $917.81. There was no evidence of repayment to the union. On October 28, 2000, he received $154.10 as an advance for hotel expenses. He then charged $162.64 on the union Visa to cover his hotel expense. There is no evidence of repayment. On October 19-20, 2000, Royer received an advance for an oil change and mileage for a trip to Saskatoon. He then put the oil change and gas charges of $48 on the union Visa. Merk alleged that Gumulcak was also collecting expenses to which he was not entitled.

président général de l'Association internationale des travailleurs en fer pour dénoncer ces présumées malversations constituait une plainte soumise à une « *lawful authority* » ([TRADUCTION] « autorité légalement compétente ») au sens de la Loi et avait pour effet de permettre à M^me^ Merk de bénéficier de la protection de cette loi. Selon leur sens ordinaire, les mots « autorité légalement compétente » désignent ceux qui exercent l'autorité, tant en contexte privé qu'en contexte public. Si le législateur avait voulu limiter le champ d'application de l'art. 74 aux plaintes adressées à une « autorité *publique* », il l'aurait dit. Comme nous le verrons plus loin, la justesse de l'interprétation large est renforcée par l'objet et le contexte de l'art. 74. À la lumière des conclusions de fait de la juge du procès, le congédiement de M^me^ Merk contrevenait à la Loi. Il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'inscrire une déclaration de culpabilité.

I. Les faits

4 À l'automne 2000, Bert Royer a reçu une carte de crédit Visa pour le paiement des dépenses faites pour le compte du syndicat. Peu après, M^me^ Merk s'est rendu compte que M. Royer réclamait en double ses dépenses soit en les faisant porter au compte Visa (qui était payé directement par la Section locale 771) même s'il avait déjà touché une avance pour ces dépenses, soit en soumettant un compte de dépenses comme s'il avait personnellement déboursé les sommes. La juge du procès a conclu qu'il y avait eu détournement de fonds. Par exemple, pour un voyage effectué du 6 au 10 septembre 2000, Royer avait reçu une avance de 1 099,40 $ au titre des frais d'hébergement, alors que la note d'hôtel réelle s'établissait à 917,81 $. Aucun élément de preuve n'indiquait qu'il avait remis le solde au syndicat. Le 28 octobre 2000, alors qu'il avait touché une avance de 154,10 $ pour frais d'hébergement, il a fait porter sa note d'hôtel de 162,64 $ au compte Visa du syndicat. Il n'y a aucune preuve que le syndicat a été remboursé. Relativement à un voyage à Saskatoon les 19 et 20 octobre 2000, il avait obtenu une avance pour vidange d'huile et kilométrage, mais avait fait porter les frais en question (48 $) au compte Visa du syndicat. Madame Merk a allégué que M. Gumulcak touchait lui aussi des remboursements de dépenses auxquels il n'avait pas droit.

5 After Merk's remonstration with Royer met with an angry response, Merk's father (a former business agent of Local 771) and three other union members wrote to the General President of the International Union of Iron Workers in Washington, Joseph Hunt, to complain that expense reimbursements to Royer and Gumulcak were not being dealt with in accordance with the union constitution. The General President assigned a union investigator from the International Union of Iron Workers, one Fred Marr, who came to Saskatchewan to speak to those involved, including Merk. Fred Marr subsequently reported that in his view the only problem with the double-dipping expense claims was that the by-laws of Local 771 did not specifically prohibit collecting more than once for the same expenses. According to the trial judge, Marr believed that if the by-laws were rewritten, the complaints would be resolved. She commented:

> This is ridiculous. It should not be necessary to spell out in local by-laws that expenses are to be reimbursed one time only.

([2002] S.J. No. 555 (QL), 2002 SKPC 78, at para. 8)

Following receipt of Marr's "report", the executive of Local 771 met on September 21, 2001 and authorized the termination of Merk's employment. She was not at that time informed of this authorization and, for the next few weeks, her superiors chose not to act on it.

6 After waiting a time for some response from the International Union of Iron Workers following Marr's "investigation", Merk took it upon herself to write to Joseph Hunt, the General President of the International Union of Iron Workers, on October 19, 2001 setting out her complaints and saying:

> I hope you will appreciate my concerns and inform me of your decisions and subsequent actions regarding these serious problems by October 25, 2001. Your response will dictate any further actions that I may need to take. Any further delays will do nothing but

Les remontrances de M^me^ Merk à M. Royer lui ayant valu la colère de celui-ci, le père de cette dernière (ancien agent d'affaires de la Section locale 771) et trois autres membres du syndicat ont écrit au président général de l'Association internationale des travailleurs en fer à Washington, Joseph Hunt, pour se plaindre du fait que les dépenses de MM. Royer et Gumulcak n'étaient pas remboursées conformément aux statuts du syndicat. Le président général a nommé un enquêteur de l'Association internationale des travailleurs en fer, M. Fred Marr, lequel s'est rendu en Saskatchewan rencontrer les intéressés, dont M^me^ Merk. Dans son rapport, M. Marr a exprimé l'avis que l'unique problème posé par les doubles demandes de remboursement provenait du fait que les règlements administratifs de la Section locale 771 n'interdisaient pas explicitement les doubles remboursements. Selon la juge du procès, M. Marr estimait que la modification des règlements permettrait de régler les plaintes. La juge a fait le commentaire suivant :

> [TRADUCTION] C'est ridicule. Il ne devrait pas être nécessaire d'écrire en toutes lettres dans des règlements administratifs que les dépenses ne doivent être remboursées qu'une seule fois.

([2002] S.J. No. 555 (QL), 2002 SKPC 78, par. 8)

Après avoir reçu le « rapport » de M. Marr, l'exécutif de la Section locale 771 s'est réuni le 21 septembre 2001 et a autorisé le congédiement de M^me^ Merk. Cette dernière n'a pas été informée de cette autorisation et, pendant quelques semaines, ses supérieurs ont décidé de ne pas y donner suite.

Après l'« enquête » de M. Marr, M^me^ Merk a attendu un certain temps une réponse de l'Association internationale des travailleurs en fer, puis a décidé d'écrire elle-même au président général de celle-ci, Joseph Hunt, le 19 octobre 2001. Après avoir exposé l'objet de sa plainte, elle a ajouté ceci :

> [TRADUCTION] J'espère que vous comprendrez mes préoccupations et que, d'ici le 25 octobre 2001, vous m'aurez fait connaître vos décisions ainsi que les mesures que vous prendrez au sujet de ces graves problèmes. Votre réponse dictera la conduite que j'aurai

jeopardize this local union which could unfortunately prove harmful to the membership and to this organization as a whole.

The response from the union was not what Merk anticipated. She was dismissed from her job by letter dated November 5, 2001, signed by Royer and Gumulcak. It said:

Due to a number of matters occurring during your employment; not the least of which occurred in the last few days prior to your leaving the workplace, as well as you forwarding your 19th of October 2001 correspondence to Joseph Hunt . . . and matters surrounding same, the local union has found it necessary to terminate your employment. [Emphasis added.]

II. Statutory Provisions

The Labour Standards Act, s. 74, provides:

74(1) No employer shall discharge or threaten to discharge or in any manner discriminate against an employee because the employee:

(a) has reported or proposed to report to a lawful authority any activity that is or is likely to result in an offence pursuant to an Act or an Act of the Parliament of Canada; or

(b) has testified or may be called on to testify in an investigation or proceeding pursuant to an Act or an Act of the Parliament of Canada.

(2) Subsection (1) does not apply where the actions of an employee are vexatious.

III. Judicial History

A. *Trial Judge* ([2002] S.J. No. 555 (QL), 2002 SKPC 78)

McMurtry Prov. Ct. J. reviewed the law and concluded:

Merk certainly was terminated because of her pursuit of the issue of Royer's expenses through the union. Once it

peut-être à adopter. Toute attente supplémentaire ne ferait que mettre le syndicat local en péril, ce qui pourrait malheureusement porter un coup à l'effectif syndical et à l'organisation dans son ensemble.

7 La réponse ne fut pas celle que M^me^ Merk attendait. Celle-ci a reçu une lettre de congédiement datée du 5 novembre 2001 et signée par MM. Royer et Gumulcak, dans laquelle on pouvait lire :

[TRADUCTION] À cause d'un certain nombre d'événements survenus pendant votre emploi, le moindre n'étant pas celui qui s'est produit quelques jours avant que vous ne quittiez les lieux de travail, de même que l'envoi de votre lettre du 19 octobre 2001 à Joseph Hunt [. . .] et les faits s'y rapportant, la Section locale a jugé nécessaire de mettre fin à votre emploi. [Je souligne.]

II. Les dispositions législatives

8 L'article 74 de la *Labour Standards Act* est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

74(1) Il est interdit à un employeur de congédier un employé, de menacer de le congédier ou de prendre toute mesure discriminatoire à son endroit, pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

a) l'employé a signalé ou projeté de signaler à une autorité légalement compétente une activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction à une loi de la Législature ou du Parlement du Canada,

b) l'employé a témoigné ou peut être appelé à témoigner au cours d'une enquête ou d'une instance fondée sur une loi de la Législature ou du Parlement du Canada.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque les actes de l'employé sont vexatoires.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La juge du procès* ([2002] S.J. No. 555 (QL), 2002 SKPC 78)

9 Après examen du droit applicable, la juge McMurtry de la Cour provinciale a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Madame Merk a indubitablement été congédiée parce qu'elle a soumis la question des

appeared to Royer that the union's investigation cleared him, he felt safe to fire her. [para. 18]

10 The trial judge was therefore "satisfied beyond a reasonable doubt that Merk was terminated because she complained about Royer's expenditures" (para. 15). In terms of s. 74, Royer's conduct qualified as an "activity that is or is likely to result in an offence pursuant to an Act or an Act of the Parliament of Canada". However, the Act also requires that the firing be related to a complaint to a "lawful authority". On this point, the trial judge said:

> If the language of the section permitted me to consider a member of the union bureaucracy as a lawful authority, I would have convicted. However, "lawful authority" must be interpreted as a person or institution authorized by law to investigate offences. If I am wrong and the General President of the union is a lawful authority, given his ability to remove any officer from his or her position, Merk's complaint to Marr, the President's investigator, would meet the test. I am convinced that Merk providing information to Marr is the reason she was dismissed. [Emphasis added; para. 19.]

In other words, but for a restrictive interpretation of the phrase "lawful authority" to officials of the state (rather than a private entity such as a union), she would have entered a conviction.

B. *Summary Conviction Appeal Judge — Ball J.* ((2003), 229 Sask. R. 37, 2003 SKQB 9)

11 The Queen's Bench judge agreed with the trial judge's interpretation of "lawful authority", but allowed the appeal on other grounds (not here relevant) and substituted a conviction (para. 51).

dépenses de M. Royer au syndicat. Quand M. Royer a estimé que l'enquête du syndicat l'exonérait, il a jugé qu'il pouvait sans crainte congédier M^me^ Merk. [par. 18]

La juge du procès a donc dit être [TRADUCTION] « convaincue hors de tout doute raisonnable que M^me^ Merk a été congédiée parce qu'elle a formulé une plainte au sujet des dépenses de M. Royer » (par. 15). Suivant les termes de l'art. 74, la conduite de M. Royer correspondait à une [TRADUCTION] « activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction à une loi de la Législature ou du Parlement du Canada ». Toutefois, la Loi exige aussi que le congédiement soit lié à une plainte soumise à une « autorité légalement compétente ». Sur ce point, la juge du procès a fait les observations suivantes :

> [TRADUCTION] Si le texte de la disposition me permettait de considérer un membre de la hiérarchie syndicale comme une autorité légalement compétente, j'aurais conclu à la culpabilité. Toutefois, il faut donner à l'expression « autorité légalement compétente » le sens de personne ou entité autorisée par la loi à faire enquête sur des infractions. Si je fais erreur et que, vu sa capacité de révoquer tout dirigeant, le président général du syndicat constitue une autorité légalement compétente, la plainte de M^me^ Merk à M. Marr, l'enquêteur désigné par le président, répondrait à cette exigence. Je suis convaincue que c'est parce qu'elle a fourni des renseignements à M. Marr que M^me^ Merk a été congédiée. [Je souligne; par. 19.]

Autrement dit, si elle n'avait pas interprété restrictivement les mots « autorité légalement compétente » et considéré que cette expression ne vise que les agents de l'État (et non ceux des entités privées tels les syndicats), elle aurait inscrit une déclaration de culpabilité.

B. *Le juge d'appel des poursuites sommaires — le juge Ball* ((2003), 229 Sask. R. 37, 2003 SKQB 9)

Le juge de la Cour du Banc de la Reine a retenu l'interprétation donnée par la juge de première instance au terme « autorité légalement compétente », mais il a accueilli l'appel pour d'autres motifs (non pertinents pour le présent pourvoi) et a substitué une déclaration de culpabilité (par. 51).

C. *Court of Appeal* ((2003), 238 Sask. R. 234, 2003 SKCA 103)

Gerwing and Tallis JJ.A. allowed the appeal but agreed with the narrow interpretation of "lawful authority" adopted in the courts below. Gerwing J.A., basing herself in part on predecessor legislation, took the view that

> the lawful authority must be one that is capable of exercising authority, i.e., compelling obedience, with respect to the conduct reported as an offence. Here the offence threatened to be reported, and the only one which can sustain the charge, is fraud, and the Union hierarchy, while it can enforce its own bylaws, has no capacity to deal with this as "an offence". [para. 20]

Cameron J.A., dissenting, would have affirmed a conviction but on grounds different from those of the summary conviction appeal court. In his view, the General President was a "lawful authority" because the purpose of the whistleblower law was "best attained by interpreting this expression liberally, to include other persons in authority, including persons possessed of corporate authority recognized by law to act upon the reported wrongdoing" (para. 46).

IV. Analysis

Whistleblower laws create an exception to the usual duty of loyalty owed by employees to their employer. When applied in government, of course, the purpose is to avoid the waste of public funds or other abuse of state-conferred privileges or authority. In relation to the private sector (as here), the purpose still has a public interest focus because it aims to prevent wrongdoing "that is or is likely to result in an offence". (It is the "offence" requirement that gives the whistleblower law a public aspect and filters out more general workplace complaints.) The underlying idea is to recruit employees to assist the state in the suppression of unlawful conduct. This is done by providing employees

C. *La Cour d'appel* ((2003), 238 Sask. R. 234, 2003 SKCA 103)

12 Les juges Gerwing et Tallis ont accueilli l'appel, mais souscrit à l'interprétation étroite de l'expression « autorité légalement compétente » adoptée par les juridictions inférieures. Se fondant en partie sur les dispositions législatives antérieures, la juge Gerwing a exprimé l'opinion suivante :

> [TRADUCTION] ... l'autorité légalement compétente doit être en mesure d'exercer des pouvoirs — c'est-à-dire contraindre à l'obéissance — à l'égard de la conduite signalée, en tant qu'infraction. En l'espèce, l'infraction que l'on menaçait de signaler, et la seule susceptible de donner lieu à des accusations, est la fraude, et bien que la hiérarchie syndicale puisse faire respecter ses propres règlements administratifs, elle n'est d'aucune façon habilitée à agir à l'égard des activités concernées en tant qu'« infraction ». [par. 20]

13 Le juge Cameron, dissident, aurait maintenu la déclaration de culpabilité, mais pour des motifs différents de ceux de la cour d'appel des poursuites sommaires. À son avis, le président général était une « autorité légalement compétente », parce que [TRADUCTION] « la meilleure façon de réaliser » l'objet de la loi sur les dénonciateurs « est d'interpréter libéralement l'expression pour y inclure d'autres personnes en situation d'autorité, notamment celles qui sont légalement investies du pouvoir d'agir au nom d'une personne morale pour donner suite à la dénonciation d'une faute » (par. 46).

IV. Analyse

14 Les lois sur la protection des dénonciateurs créent une exception à l'habituel devoir de loyauté des employés envers leur employeur. En contexte gouvernemental, ces dispositions visent bien sûr à prévenir le gaspillage de fonds publics ou d'autres abus de privilèges ou pouvoirs accordés par l'État. En contexte privé (comme en l'espèce), leur but conserve un caractère public, puisqu'il s'agit de prévenir les actes répréhensibles [TRADUCTION] « qui constitue[nt] ou [sont] susceptible[s] de constituer une infraction à une loi » (c'est cette condition requérant l'existence d'une « infraction » qui confère aux dispositions relatives à la dénonciation leur caractère public et a pour

with a measure of immunity against employer retaliation. "[R]eports from insiders allow for early detection and reduction of harm, reduce the necessity for and expense of public oversight and investigation, and may ultimately deter malfeasance" (E. S. Callahan, T. M. Dworkin and D. Lewis "Whistleblowing: Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest" (2004), 44 *Va. J. Int'l L.* 879, at p. 882).

15 The terminological debate in the Saskatchewan courts over the scope of the words "lawful authority" in s. 74, which on a plain meaning (in my view) includes a private authority as well as a public authority, is rooted in a more philosophic issue. Is the Saskatchewan legislature's intention best respected by withholding s. 74 protection from employees unless and until they take their complaint to the police or some other public official who can "deal with the allegation *qua* offence", as was held by the Saskatchewan Court of Appeal (at para. 21), or is it best respected by extending the protection to employees who go "up the ladder" *inside* the employer organization in an effort to have the "activity" terminated rather than prosecuted? A contextual and purposeful reading of s. 74 confirms its plain meaning. Purpose and context are important, as Laskin J. (as he then was) wrote over 30 years ago:

> The distinction that I draw is between a purely formal, mechanical view of the law, antiseptic and detached, and a view of the law that sees it as purposive, related to our social and economic conditions, and serving ends that express the character of our organized society.

(B. Laskin, "The Function of the Law" (1973), 11 *Alta. L. Rev.* 118, at p. 119)

effet d'exclure les plaintes plus générales présentées en milieu de travail). L'idée sous-jacente est d'associer les employés à la lutte de l'État contre les conduites illicites, et ce, en leur accordant une certaine immunité contre les représailles des employeurs. [TRADUCTION] « [L]es signalements provenant de l'intérieur permettent de détecter et de réduire rapidement les préjudices, diminuent les besoins de surveillance publique et d'enquête, ainsi que les dépenses y afférentes, et peuvent en bout de ligne avoir un effet dissuasif » (E. S. Callahan, T. M. Dworkin et D. Lewis, « Whistleblowing : Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest » (2004), 44 *Va. J. Int'l L.* 879, p. 882).

Le débat terminologique devant les tribunaux de la Saskatchewan concernant la portée des mots « autorité légalement compétente » de l'art. 74, lesquels désignent à mon avis, selon leur sens ordinaire, tant une autorité privée qu'une autorité publique, s'inscrit dans une perspective plus philosophique. Respecte-t-on davantage l'intention de l'assemblée législative de la Saskatchewan en réservant la protection prévue par l'art. 74 aux employés qui formulent leur plainte à la police ou à un autre fonctionnaire public habilité à [TRADUCTION] « agir à l'égard de l'allégation en tant qu'infraction », comme l'a affirmé la Cour d'appel de la Saskatchewan (par. 21), ou en étendant cette protection aux employés qui suivent « la filière hiérarchique » *au sein* de l'organisation de l'employeur dans le but de faire cesser l'« activité » plutôt que de faire engager des poursuites à cet égard? Une lecture contextuelle et téléologique de l'art. 74 confirme son sens ordinaire. L'objet et le contexte sont importants, comme l'a écrit, il y a plus de 30 ans, le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) :

> [TRADUCTION] La distinction que je fais est entre une conception purement formelle et mécanique, du droit, aseptique et détachée, et une conception qui part de l'objet visé par le droit et le rattache au contexte social et économique, le faisant servir aux fins qui traduisent les principes organisateurs de notre société.

(B. Laskin, « The Function of the Law » (1973), 11 *Alta. L. Rev.* 118, p. 119)

Here the legislature speaks of "lawful authority". This is a well-known concept. If, for example, a landowner orders a trespasser off her property, she is exercising as landowner "lawful authority" every bit as much as if a policeman (whose lawful authority flows from a different source) were to do so. The question is not whether the authority is public or private, but whether it is lawful.

The general principles of labour relations provide, I believe, the appropriate context. In employment law, there is a broad consensus that the employee's duty of loyalty and the public's interest in whistleblowing is best reconciled with the "up the ladder" approach. The Saskatchewan legislature was not oblivious to the realities of the workplace.

A. *Applicable Rules of Statutory Interpretation*

The direction from the Saskatchewan legislature to the courts in s. 10 of *The Interpretation Act, 1995*, S.S. 1995, c. I-11.2, is that "[e]very enactment shall be interpreted as being remedial and shall be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensure the attainment of its objects." The "objects" of s. 74 include better protection for employees who not only uncover unlawful "activity" but who bring this activity to the attention of a "lawful authority" who can do something about it. The question is how best to attain that objective.

Allied with s. 10 of *The Interpretation Act, 1995* is the contextual approach to statutory construction encapsulated by E. A. Driedger: "[T]he words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament." (*Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). This approach has regularly been adopted and applied in this Court: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42. The analysis is applied in several steps.

En l'espèce, le législateur parle d'une « autorité légalement compétente », une notion bien connue. Par exemple, le propriétaire qui ordonne à un intrus de quitter sa propriété agit en tant qu'« autorité légalement compétente », et ce, tout autant que le ferait un policier (dont le pouvoir légal découle d'une source différente). La question n'est pas de savoir si l'autorité est publique ou privée, mais plutôt si elle est légale.

16 Les principes généraux des relations du travail établissent, à mon avis, le cadre approprié. En droit de l'emploi, selon le consensus général qui se dégage en la matière, c'est la « filière hiérarchique » qui permet le mieux de concilier le devoir de loyauté des employés et l'intérêt public assuré par la dénonciation. Le législateur de la Saskatchewan n'a pas été insensible aux réalités du monde du travail.

A. *Les règles d'interprétation applicables*

17 À l'article 10 de la *Loi d'interprétation de 1995*, L.S. 1995, ch. I-11,2, le législateur de la Saskatchewan a indiqué aux tribunaux que « [c]haque texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large et libérale qui soit compatible avec la réalisation de son objet. » L'article 74 a pour « objet » de mieux protéger les employés qui non seulement découvrent une « activité » illégale, mais la signalent à une « autorité légalement compétente » capable d'agir à cet égard. La question est de savoir quelle est la meilleure façon de réaliser cet objet.

18 L'article 10 de la *Loi d'interprétation de 1995* va de pair avec la méthode contextuelle d'interprétation des lois formulée par E. A. Driedger : [TRADUCTION] « [I]l faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87). Notre Cour a régulièrement adopté et appliqué cette méthode : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42. Cette analyse comporte plusieurs étapes.

(1) Grammatical and Ordinary Sense

19 Gerwing J.A. held that "lawful authority" should be limited to someone "in a position to deal with the allegation *qua* offence" (para. 21). In her view the words "lawful authority" take their colour from the reference in s. 74 to an "offence", but it seems to me the word "offence" simply delineates the sort of "activity" the legislature wished to ferret out. The legislature's desire was to have such "activity" brought to the attention of someone who had the "lawful authority" (public or private) to remedy the problem. While the response to unlawful conduct could include prosecution for an "offence", it could also include steps short of prosecution through action by an employer or other private authority who has the lawful power to put a stop to the wrongful conduct. The legislature wanted a workplace free of unlawful activity. It did not specify prosecution as the only or even the preferred method of bringing about that result. Taking this case as an example, Joseph Hunt, the General President of the International Union of Iron Workers was not a public official but he had lawful authority, through mobilization of the powers of the international union, to bring to an end the ongoing misappropriations of members' money at Local 771. There is nothing in the "grammatical and ordinary meaning" of s. 74 to cast doubt on this broader interpretation of "lawful authority".

(2) The Scheme of the Act

20 *The Labour Standards Act* is essentially employee protection legislation. The whistleblower measure was expanded in 1994 together with other provisions collectively justified by the Labour Minister to the Legislative Assembly as follows:

> The primary purpose of this Bill is to rectify some real injustices — injustices which most fair-minded people

(1) Sens ordinaire et grammatical

La juge Gerwing a conclu que seule une personne [TRADUCTION] « en mesure d'agir à l'égard de l'allégation en tant qu'infraction » (par. 21) peut constituer une « autorité légalement compétente ». À son avis, la présence du mot « infraction » à l'art. 74 colore le sens des mots « autorité légalement compétente », mais il me semble que ce mot ne fait que circonscrire le genre d'« activité » que le législateur souhaite mettre au jour. L'intention du législateur est que de telles « activité[s] » soient signalées à une personne (publique ou privée) « légalement compétente » pour apporter une solution au problème. Bien que la réponse à une conduite illicite puisse aller jusqu'à l'engagement de poursuites, elle peut également comporter la prise de mesures moins rigoureuses par l'employeur ou par une autre autorité privée légalement habilitée à faire cesser la conduite fautive. L'intention du législateur est de faire en sorte que le milieu de travail soit exempt d'activités illicites. Il n'a pas précisé que les poursuites constituaient la seule façon ni même la façon privilégiée de parvenir à ce résultat. En l'espèce, par exemple, le président général de l'Association internationale des travailleurs en fer, Joseph Hunt, n'était pas un fonctionnaire de l'État, mais il possédait, grâce aux pouvoirs dévolus au syndicat international, le pouvoir légal de faire cesser le détournement des fonds des membres de la Section locale 771. Il n'y a rien dans le sens « ordinaire et grammatical » de l'art. 74 qui vienne mettre en doute cette interprétation élargie du terme « autorité légalement compétente ».

(2) L'économie de la Loi

La loi intitulée *Labour Standards Act* est essentiellement une loi visant à protéger les employés. En 1994, le législateur a élargi la disposition relative à la dénonciation ainsi que d'autres dispositions de la Loi. Ces mesures ont été justifiées en ces termes à l'Assemblée législative par le ministre du Travail :

> [TRADUCTION] Le but premier du présent projet de loi est de corriger de réelles injustices — injustices dont la

admit exist and need to be tackled, although they may not agree upon the means we have chosen.

(Saskatchewan, Legislative Assembly, *Debates and Proceedings (Hansard)*, 4th Sess., 22nd Leg., April 22, 1994, at p. 1785)

One of the injustices addressed in *The Labour Standards Act* amendments was the problem of workplace retaliation against employees who blow the whistle on unlawful conduct. The courts in Saskatchewan have called for a "generous" interpretation of the Act. For example, Lane J.A., writing in a somewhat different context for the court in *Kolodziejski v. Auto Electric Service Ltd.* (1999), 177 Sask. R. 197 (C.A.), explained, at para. 18, that:

Labour standards legislation is characterized as "benefits-conferring legislation". As such, it must be interpreted generously and any doubt arising from difficulties in language must be resolved in favour of the claimant. [Emphasis added.]

The appellant claims the benefit of the protection of the Act. The union respondent would deny it.

(3) The Object of the Act

Section 74, as stated, seeks to reconcile an employee's duty of loyalty to his or her employer with the public interest in the suppression of unlawful activity. A long line of decisions in the labour relations field affirms that this balance is best achieved if "loyal" employees are encouraged to resolve the problems internally rather than marching forthwith to the police, i.e. work with internal remedies before going public. Yet the interpretation given s. 74 by the Saskatchewan Court of Appeal denies the "loyal" employee protection: the employee only obtains protection when the complaint is taken outside the employer organization to the police or other public authority. This is the antithesis of good labour relations policy, as noted by J. M. Weiler almost a quarter of a

plupart des gens de bonne foi admettent l'existence et qui, de l'avis de ceux-ci, doivent être corrigées, même si ces gens n'approuvent peut-être pas les moyens que nous avons choisis pour le faire.

(Saskatchewan, Assemblée législative, *Debates and Proceedings (Hansard)*, 4e sess., 22e lég., 22 avril 1994, p. 1785)

21 L'une des injustices que les modifications apportées à la *Labour Standards Act* visaient à redresser était le problème des représailles exercées contre les employés dénonçant des conduites illicites. Les tribunaux de la Saskatchewan ont appelé à une interprétation généreuse de la Loi. Par exemple, dans l'arrêt *Kolodziejski c. Auto Electric Service Ltd.* (1999), 177 Sask. R. 197 (C.A.), s'exprimant pour la cour, le juge Lane a donné les explications suivantes au par. 18, mais dans un contexte un peu différent :

[TRADUCTION] Les dispositions législatives régissant les normes du travail constituent des « lois accordant des avantages ». Elles doivent de ce fait recevoir une interprétation généreuse, et tout doute résultant du libellé d'une disposition doit être résolu en faveur du plaignant. [Je souligne.]

22 L'appelante réclame la protection de la Loi. Le syndicat intimé prétend pour sa part qu'elle n'y a pas droit.

(3) L'objet de la Loi

23 L'article 74, comme il a été indiqué plus tôt, cherche à concilier le devoir de loyauté de l'employé envers son employeur et l'intérêt du public dans la suppression des activités illicites. Selon une jurisprudence constante et de longue date en matière de relations du travail, on réalise mieux l'équilibre entre ces deux objectifs en encourageant les employés « loyaux » à résoudre les problèmes à l'interne plutôt qu'à s'adresser immédiatement à la police, c'est-à-dire en faisant appel aux mesures internes avant de recourir aux mécanismes publics. Pourtant, l'interprétation que la Cour d'appel de la Saskatchewan a faite de l'art. 74 prive de protection l'employé « loyal » : un tel employé n'est protégé que lorsqu'il adresse sa plainte non pas à l'employeur, mais à la police ou à une autre

century ago in his arbitral award in *Re Ministry of Attorney-General, Corrections Branch and British Columbia Government Employees' Union* (1981), 3 L.A.C. (3d) 140, at p. 163:

> The duty of fidelity does not mean that the Daniel Ellsbergs and Karen Silkwoods of the world must remain silent when they discover wrongdoing occurring at their place of employment. Neither the public nor the employer's long-term best interests are served if these employees, from fear of losing their jobs, are so intimidated that they do not bring information about wrongdoing at their place of employment to the attention of those who can correct such wrongdoing. However, the duty of fidelity does require the employee to exhaust internal "whistle-blowing" mechanisms before "going public". These internal mechanisms are designed to ensure that the employer's reputation is not damaged by unwarranted attacks based on inaccurate information. Internal investigation provides a sound method of applying the expertise and experience of many individuals to all problems that may only concern one employee. [Emphasis added.]

24 This so-called "up the ladder" approach has also been favoured by courts and other labour arbitrators. In *Haydon v. Canada*, [2001] 2 F.C. 82 (T.D.), Tremblay-Lamer J. stated, at para. 120:

> The applicants endeavoured on several occasions to have their concerns addressed internally without success. As a general rule, public criticism will be justified where reasonable attempts to resolve the matter internally are unsuccessful. [Emphasis added.]

See also *Read v. Canada (Attorney General)* (2005), 30 Admin. L.R. (4th) 218, 2005 FC 798, *per* Harrington J., at para. 123; *Re Simon Fraser University and Association of University and College Employees, Local 2* (1985), 18 L.A.C. (3d) 361 (R. B. Bird); *Forgie and Treasury Board (Immigration Appeal Board)*, [1986] C.P.S.S.R.B. No. 310 (QL) (M. Bendel); *Re Treasury Board (Employment & Immigration) and Quigley* (1987), 31 L.A.C. (3d) 156 (J. M. Cantin), and *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Health Care Corp. of St. John's*, [2001] Nfld. L.A.A. No. 1 (QL)

autorité publique. C'est l'antithèse d'une saine politique générale de relations du travail, comme l'a signalé J. M. Weiler, il y a près d'un quart de siècle, dans la sentence arbitrale *Re Ministry of Attorney-General, Corrections Branch and British Columbia Government Employees' Union* (1981), 3 L.A.C. (3d) 140, p. 163 :

> [TRADUCTION] L'obligation de loyauté n'oblige pas les Daniel Ellsberg et Karen Silkwood de ce monde à garder le silence sur les contraventions qu'ils constatent dans leur milieu de travail. Ce n'est ni dans l'intérêt du public ni dans l'intérêt à long terme de l'employeur que, par crainte de perdre leur emploi, ces employés soient intimidés au point de ne pas porter un acte fautif à l'attention des personnes susceptibles d'y remédier. Toutefois, l'obligation de loyauté impose à l'employé d'épuiser les mécanismes internes avant de se prévaloir des « mécanismes publics ». De tels mécanismes internes visent à faire en sorte que la réputation de l'employeur ne soit pas entachée par des accusations injustifiées, s'appuyant sur des renseignements inexacts. L'enquête interne offre un moyen approprié de faire appel à l'expérience et aux connaissances de plusieurs personnes pour régler tout problème qui pourrait ne viser qu'un seul employé. [Je souligne.]

Des tribunaux et d'autres arbitres du travail ont également favorisé cette méthode, dite de la « filière hiérarchique ». Dans *Haydon c. Canada*, [2001] 2 C.F. 82 (1re inst.), la juge Tremblay-Lamer s'est exprimée ainsi au par. 120 :

> Les demandeurs ont tenté à plusieurs occasions d'obtenir qu'on examine leurs préoccupations à l'interne, sans succès. En règle générale, la critique publique sera justifiée lorsque des tentatives raisonnables de régler la question à l'interne n'ont pas été couronnées de succès. [Je souligne.]

Voir également *Read c. Canada (Procureur général)*, [2005] A.C.F. nº 990 (QL), 2005 CF 798, le juge Harrington, par. 123; *Re Simon Fraser University and Association of University and College Employees, Local 2* (1985), 18 L.A.C. (3d) 361 (R. B. Bird); *Forgie and Treasury Board (Immigration Appeal Board)*, [1986] C.P.S.S.R.B. No. 310 (QL) (M. Bendel); *Re Treasury Board (Employment & Immigration) and Quigley* (1987), 31 L.A.C. (3d) 156 (J. M. Cantin); et *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Health Care Corp. of St. John's*, [2001] Nfld. L.A.A. No. 1 (QL)

(P. Kelsey), at paras. 292-94, 298-99 and 312. Many of these cases arose in relation to public sector employees where the public interest in "whistle-blowing" may be more obvious, but the need in the private sector to strike a proper balance is the same.

(4) The Public Policy Debate

Saskatchewan is not alone in its desire to protect legitimate whistleblowers. Amongst other more or less contemporaneous initiatives was the report to the federal government by the former Chief Justice of Ontario, Charles L. Dubin, who wrote in contemplation of amendments to the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, that he too supported an "up the ladder" approach:

[T]he decisions of arbitral panels hearing grievances from whistleblowing employees suggest that the employee's duty of fidelity is a strong one, and is generally breached when an employee criticizes his or her employer publicly or discloses information that damages the employer's interests. An employee may be justified in going public to expose wrongdoing or illegal acts by the employer. But in order to successfully rely on that justification, the employee must first try to resolve the matter internally. Although these same principles would probably apply to common law actions for wrongful dismissal brought by non-unionised employees, there do not appear to be any reported judgments that deal with this issue. [Emphasis added.]

(C. L. Dubin and J. Terry, *Whistleblowing Study* (1997), at p. 20)

Failure to "try to resolve the matter internally" is condemned by courts, labour arbitrators and other commentators as *prima facie* disloyal and inappropriate conduct. It would be anomalous to interpret s. 74 as requiring recourse to outside agencies as a condition precedent to protection.

The correctness of the broader approach is confirmed by the experience in many other

(P. Kelsey), par. 292-294, 298-299 et 312. Beaucoup de ces affaires mettaient en cause des employés du secteur public, où la dénonciation présente peut-être un intérêt public plus évident. Cependant, la nécessité d'établir un juste équilibre est néanmoins la même dans le secteur privé.

(4) Le débat sur les questions de principe

25 La Saskatchewan n'est pas seule à vouloir protéger les dénonciateurs qui agissent légitimement. Au nombre des initiatives plus ou moins contemporaines sur la question, mentionnons le rapport sur l'opportunité de modifier la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34, présenté au gouvernement fédéral par l'ancien juge en chef de l'Ontario, Charles L. Dubin, dans lequel ce dernier se prononçait lui aussi en faveur de la méthode de la « filière hiérarchique » :

[I]l ressort des décisions arbitrales rendues relativement à des griefs présentés par des employés dénonciateurs que l'obligation de loyauté envers l'employeur est une obligation substantielle et qu'elle n'est généralement pas respectée lorsque l'employé critique son employeur publiquement ou communique des renseignements qui portent atteinte aux intérêts de l'employeur. Un employé peut être justifié de dénoncer publiquement l'acte fautif ou illégal de son employeur. Or, pour qu'il soit fondé de le faire, l'employé doit d'abord tenter d'obtenir un redressement à l'interne. Le même principe s'appliquerait probablement dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié intentée sur le fondement de la common law par un employé non syndiqué, mais il semble n'y avoir aucun jugement publié sur le sujet. [Je souligne.]

(C. L. Dubin et J. Terry, *Étude relative à la dénonciation* (1997), p. 22)

L'absence de tentative d'« obtenir un redressement à l'interne » est condamnée par des tribunaux, des arbitres du travail et d'autres commentateurs, qui la considèrent comme une conduite à première vue déloyale et répréhensible. Il serait paradoxal de considérer que le recours à des organismes externes constitue une condition préalable à la protection prévue à l'art. 74.

26 L'expérience acquise dans d'autres ressorts confirme la justesse de l'interprétation élargie. En

jurisdictions. In Britain, for example, whistleblower protection contained in the *Employment Rights Act 1996* (U.K.), 1996, c. 18, requires (except in special circumstances) that an employee first make a good faith disclosure internally, either to his employer (s. 43C(1)(a)) or to another "internal" person when the worker reasonably believes that the relevant failure relates to the conduct of that person or that that person has legal responsibility over the matter. In New Zealand, the *Protected Disclosures Act 2000* (N.Z.), 2000, No. 7, which covers both the public and private sectors, requires whistleblowers to report through internal channels (with a few minor exceptions) before blowing the whistle publicly (s. 7). In Europe, the so-called Whistleblowers' Charter, 1999 is administered by the Anti-Fraud Office of the European Commission and creates procedures that require employees to exercise all internal avenues for reporting misconduct before they can blow the whistle to an outside authority. (See art. 2 of Commission Decision dated April 28, 1999 (1999/352/EC, ECSC, Euratom), [1999] O.J. L. 136/20, and related Council Decision dated May 25, 1999 (1999/394/EC, Euratom), [1999] O.J. L. 149/36; and arts. 22a and 22b of the Staff Regulations of officials of the European Communities, [1968] O.J. L. 56/1 (amended by Council Regulation (EC, Euratom) No. 723/2004 dated March 22, 2004, [2004] O.J. L. 124/1.) There is nothing in s. 74 or surrounding context to suggest that the Saskatchewan legislature in 1994 intended to expose "loyal" employees to employer retaliation without a remedy.

(5) Avoidance of Anomalous Results

27 The argument that an employer can dismiss without fear of prosecution an employee for bringing serious wrongdoing to its attention internally, but cannot do so as soon as the employee goes to outside authorities, invites rejection on the basis of irrationality, as described in R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 246:

> A variation on irrational distinction occurs when an interpretation leads to an outcome in which persons deserving of better treatment receive worse treatment or vice versa.

Grande-Bretagne, par exemple, pour se prévaloir de la protection prévue par l'*Employment Rights Act 1996* (R.-U.), 1996, ch. 18, les employés dénonciateurs doivent (sauf circonstances particulières) tenter de bonne foi de se faire entendre à l'interne, soit de l'employeur (al. 43C(1)a)), soit d'une autre personne, s'ils croient raisonnablement que le problème se rapporte à la conduite de cette personne ou qu'elle est légalement responsable de la question. En Nouvelle-Zélande, la *Protected Disclosures Act 2000* (N.-Z.), 2000, No. 7, qui s'applique à la fois au secteur privé et au secteur public, exige (à quelques exceptions près) que les dénonciateurs suivent les voies internes avant de faire une dénonciation publique (art. 7). En Europe, le document connu sous le nom de « Charte de 1999 du signalement des dysfonctionnements », qui est appliqué par l'Office européen de lutte antifraude de la Commission européenne, établit une procédure obligeant les employés à recourir d'abord aux voies internes pour signaler des actions fautives. (Voir l'art. 2 de la décision de la Commission du 28 avril 1999 (1999/352/CE, CECA, Euratom), [1999] J.O. L. 136/20, et la décision connexe du Conseil datée du 25 mai 1999 (1999/394/CE, Euratom), [1999] J.O. L. 149/36; et les art. 22 bis et 22 ter du Statut des fonctionnaires des Communautés européennes, [1968] J.O. L. 56/1 (modifié par le Règlement (CE, Euratom) n° 723/2004 du Conseil daté du 22 mars 2004, [2004] J.O. L. 124/1.) Rien dans l'art. 74 ou dans son contexte n'indique qu'en 1994 le législateur de la Saskatchewan entendait laisser sans recours les employés « loyaux » qui s'exposent à des représailles de leur employeur.

(5) Prévention des résultats absurdes

L'argument voulant qu'un employeur puisse congédier sans crainte de poursuite l'employé qui lui signale une faute grave par voie interne, mais qu'il ne puisse le faire si l'employé s'adresse à des autorités externes, doit être rejeté pour cause d'irrationalité, conformément au principe formulé dans R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 246 :

> [TRADUCTION] L'interprétation qui conduit à infliger un traitement pire à qui en mérite un meilleur et vice versa constitue un autre type de distinction irrationnelle.

See also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at pp. 451-52. In *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, our Court declined to accept the interpretation of a sentencing provision which "would reward the worst offender and penalize the least offender" (para. 42). A comparable anomaly would arise here if a narrow view of "lawful authority" were adopted.

(6) Legislative History

Part of Driedger's "entire context" is legislative history. The majority opinion of Gerwing J.A. was in part predicated on her view that s. 74 was intended merely as an incremental advance on an earlier immunity clause contained in s. 64 (later renumbered s. 74), which itself was limited to cooperation with public authorities:

64. No employer shall discharge or threaten to discharge or in any manner discriminate against an employee because the employee has testified or is about to testify in an investigation or proceeding held or to be held pursuant to the provisions of this Act, or an employee who makes a complaint or furnishes information to the minister or his agent under this Act.

(*The Labour Standards Act, 1969*, S.S. 1969, c. 24)

On this basis Gerwing J.A. concluded:

The current s. 74 broadened the protection to other statutes, but nothing in its wording or in the legislative history suggests that the term "lawful authority" should be extended to someone not in a position to deal with the allegation *qua* offence. [para. 21]

There are, of course, legislative provisions in other jurisdictions that adopt this narrower approach. Section 425.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, for example, gives protection

Voir aussi P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 567-569. Dans *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, notre Cour a, dans le cas d'une disposition en matière de détermination de peine, refusé d'entériner une interprétation qui « aurait pour effet de profiter aux délinquants les plus dangereux et de pénaliser les délinquants les moins dangereux » (par. 42). En l'espèce, l'adoption d'une interprétation étroite des mots « autorité légalement compétente » conduirait à un illogisme similaire.

(6) Historique législatif

28 Le « contexte global » mentionné par Driedger comprend l'historique législatif. L'opinion majoritaire de la Cour d'appel, rédigée par la juge Gerwing, reposait en partie sur la perception qu'elle avait de l'art. 74, savoir qu'il ne faisait qu'ajouter à une clause antérieure d'immunité prévue à l'art. 64 (devenu plus tard l'art. 74), laquelle était limitée à la collaboration avec les autorités publiques :

[TRADUCTION]

64. Il est interdit à un employeur de congédier un employé, de menacer de le congédier ou de prendre toute mesure discriminatoire à son endroit parce que l'employé a témoigné ou est sur le point de témoigner au cours d'une enquête ou d'une instance tenue ou devant se tenir en application de la présente loi ou parce que l'employé a déposé une plainte devant le ministre ou son représentant ou leur a fourni des renseignements sous le régime de la présente loi.

(*The Labour Standards Act, 1969*, S.S. 1969, ch. 24)

Se fondant sur cette disposition, la juge Gerwing a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] L'actuel art. 74 a étendu la protection à d'autres lois, mais rien dans son libellé ou dans l'historique législatif n'indique que la portée de l'expression « autorité légalement compétente » devrait être élargie à des personnes qui ne sont pas en mesure d'agir à l'égard de l'allégation en tant qu'infraction. [par. 21]

29 Certes, cette conception étroite se retrouve dans d'autres dispositions législatives. Par exemple, l'art. 425.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, protège les employés qui font une dénonciation à

to employees who blow the whistle to "a person whose duties include the enforcement of federal or provincial law". It will be noted, however, that the wording of the *Criminal Code* is a good deal more explicit in its restricted scope. The effect of the majority decision in the Saskatchewan Court of Appeal, with respect, is to read into s. 74 the more restrictive language of the *Criminal Code* without textual or contextual justification.

30 The aim of predecessor sections to s. 74 was to encourage employee cooperation with government officials in labour matters, and was typical of the protection that is found in most Canadian labour codes; see, e.g., *Employment Standards Act*, R.S.B.C. 1996, c. 113, s. 83; *Employment Standards Code*, R.S.A. 2000, c. E-9, s. 125; *The Employment Standards Code*, S.M. 1998, c. 29, s. 133; *Employment Standards Act, 2000*, S.O. 2000, c. 41, s. 74; *An Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 122; *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2, s. 28; *Employment Standards Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. E-6.2, s. 35; *Labour Standards Code*, R.S.N.S. 1989, c. 246, s. 30; *Labour Standards Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-2, s. 78; *Labour Standards Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-1, s. 67.1; *Labour Standards Act (Nunavut)*, R.S.N.W.T. 1988, c. L-1, s. 67.1; *Employment Standards Act*, R.S.Y. 2002, c. 72, s. 108.

31 In recent years, however, legislative horizons have expanded. Section 74 is not on its face directed to cooperation between employees and government officials. Having regard to the consideration already mentioned it seems to me that s. 74 should be seen as part of a broader legislative reform rather than the narrower incremental step favoured by the Saskatchewan Court of Appeal.

(7) Penal Provision

32 The respondent says that s. 74 is a penal provision and that it must therefore be read restrictively. Gerwing J.A., at para. 25 of her judgment, concluded that "the interpretation of a penal

une « personne dont les attributions comportent le contrôle d'application d'une loi fédérale ou provinciale ». Signalons toutefois que le texte de cet article fait ressortir beaucoup plus explicitement la portée restreinte de la disposition. Avec égards pour l'opinion contraire, la décision de la majorité en Cour d'appel de la Saskatchewan a pour effet d'introduire dans l'art. 74 la formulation plus restrictive du *Code criminel*, sans justification textuelle ou contextuelle.

Les dispositions qui ont précédé l'art. 74 avaient pour but d'encourager les employés à collaborer avec les fonctionnaires en matière de relations du travail et correspondaient à la protection offerte dans la plupart des codes canadiens du travail : voir, par exemple, *Employment Standards Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 113, art. 83; *Employment Standards Code*, R.S.A. 2000, ch. E-9, art. 125; *Code des normes d'emploi*, L.M. 1998, ch. 29, art. 133; *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*, L.O. 2000, ch. 41, art. 74; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 122; *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, art. 28; *Employment Standards Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-6.2, art. 35; *Labour Standards Code*, R.S.N.S. 1989, ch. 246, art. 30; *Labour Standards Act*, R.S.N.L. 1990, ch. L-2, art. 78; *Loi sur les normes du travail*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. L-1, art. 67.1; *Loi sur les normes du travail (Nunavut)*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. L-1, art. 67.1; *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.Y. 2002, ch. 72, art. 108.

Au cours des dernières années, toutefois, l'horizon législatif s'est élargi. L'article 74 ne paraît pas à première vue viser la collaboration entre employés et fonctionnaires. Compte tenu des observations déjà énoncées, il me semble qu'il faut voir l'art. 74 comme une composante d'une réforme législative plus large et non comme l'ajout limité auquel a conclu la Cour d'appel de la Saskatchewan.

(7) Disposition pénale

Le syndicat intimé soutient que l'art. 74 est une disposition pénale et qu'elle doit en conséquence être interprétée restrictivement. Au paragraphe 25 de son jugement, la juge Gerwing a indiqué qu'« il

statute that is ambiguous must be resolved in a manner favourable to the accused person": *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 38-39.

In my view, with respect, this approach is of limited value when interpreting a regulatory statute such as *The Labour Standards Act*. If it is concluded in all the relevant circumstances that the legislature intended a broad approach, that is the approach that will be adopted. In *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398, the Court addressed the interpretation of the definition of "prohibited weapon" in the *Criminal Code*, and noted that while one possible definition would bring the accused's weapon within the prohibition, the other would not. In resolving this issue, Cory J. adopted an earlier *dictum* of Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Goulis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 137:

> . . . even with penal statutes, the real intention of the legislature must be sought, and the meaning compatible with its goals applied. [p. 413]

Sullivan also stated, at p. 387:

> The rule [of strict construction] is difficult to reconcile with federal and provincial Interpretation Acts which provide that all legislation is to be deemed remedial and given a liberal and purposive interpretation. In the clearest possible language, this statutory directive requires doubts and ambiguities in penal legislation to be resolved in a manner that promotes the purpose of the legislation, regardless of the impact on accused persons.

See also Côté, at p. 477.

Reference might also usefully be made to R. N. Graham, *Statutory Interpretation: Theory and Practice* (2001), at pp. 210-15, and to F. A. R. Bennion, *Statutory Interpretation: A Code* (4th ed. 2002), at p. 706:

> In accordance with the basic rule of statutory interpretation, a penal enactment will not be given a strict construction if other interpretative factors weigh more heavily in the scales.

faut interpréter une disposition pénale ambiguë de la façon qui favorisera le plus l'accusé » : *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 38-39.

33 J'estime en toute déférence que cette façon de voir n'est guère utile lorsqu'il s'agit d'interpréter une loi de nature réglementaire comme la *Labour Standards Act*. Si, eu égard à toutes les circonstances pertinentes, la conclusion est que le législateur voulait que son texte de loi reçoive une interprétation large, c'est cette interprétation qui sera retenue. Dans *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398, la Cour a examiné la définition d'« arme prohibée » énoncée au *Code criminel* et souligné que, bien que suivant l'une des deux interprétations possibles de cette définition l'arme de l'accusé était visée par l'interdiction, l'autre n'avait pas cet effet. Pour trancher la question, le juge Cory a fait sien un *dictum* formulé antérieurement par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Goulis* (1981), 125 D.L.R. (3d) 137 :

> [TRADUCTION] . . . même dans le cas des lois pénales, il faut rechercher la véritable intention du législateur et appliquer le sens qui correspond à ses objets. [p. 413]

Sullivan a elle aussi dit ceci, p. 387 :

> [TRADUCTION] La règle [de l'interprétation stricte] se concilie difficilement avec la loi fédérale et les lois provinciales sur l'interprétation, lesquelles portent que toute loi est censée apporter une solution de droit et doit recevoir une interprétation large et téléologique. Cette prescription du législateur énonce on ne peut plus clairement que les doutes et les ambiguïtés que peuvent receler les lois pénales doivent être tranchés d'une façon qui favorise l'objet qu'elles poursuivent, quels qu'en soient les effets sur les accusés.

Voir aussi Côté, p. 600.

34 On consultera également avec intérêt l'ouvrage de R. N. Graham, *Statutory Interpretation : Theory and Practice* (2001), p. 210-215, et celui de F. A. R. Bennion, *Statutory Interpretation : A Code* (4e éd. 2002), p. 706 :

> [TRADUCTION] Conformément aux règles fondamentales d'interprétation, un texte de loi pénal ne sera pas interprété de façon stricte si d'autres facteurs d'interprétation pèsent plus lourd dans la balance.

35 I conclude that in the circumstances of this case "other interpretative factors" outweigh the principle of strict construction of penal statutes relied upon by the respondent.

B. *Conclusion With Respect to the Scope of Employee Protection Afforded by Section 74*

36 The interpretation of s. 74 adopted by the majority of the Saskatchewan Court of Appeal would discourage the internal resolution of alleged misconduct by withholding whistleblower protection unless and until the employee goes "outside" to the enforcement authorities of the state. For the reasons given, I believe its interpretation of "lawful authority" is too narrow. Section 74 protection should be extended to employees who first blow the whistle to the boss or other persons *inside* the employer organization who have the "lawful authority" to deal with the problem. If the problem is not resolved internally, then employees can go "outside" to the police or another enforcement agency, but in order to obtain the protection of s. 74, it is not *necessary* that they do so.

37 I should add that there may well be circumstances where an employee is fully justified in not seeking an internal remedy but in going directly to the police, as where (for example) it is feared that the employer may destroy evidence. Whether or not an employee is justified in bypassing internal remedies will depend on the circumstances. My point is simply that a suitable "lawful authority" may be found *inside* as well as *outside* the employer organization, and if an employee chooses to go the inside route and suffers retaliation, the protection of s. 74 is still available.

38 For the foregoing reasons, I conclude that the expression "lawful authority" in s. 74 includes not only the police or other agents of the state having

En l'espèce, je suis d'avis que « d'autres facteurs d'interprétation » l'emportent sur le principe de l'interprétation stricte des lois pénales invoqué par l'intimée.

B. *Conclusion sur la portée de la protection offerte aux employés par l'art. 74*

L'interprétation de l'art. 74 retenue par les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan décourage le traitement à l'interne d'allégations d'inconduite du fait qu'elle n'accorde la protection contre les représailles qu'aux employés qui s'adressent à « l'externe », c'est-à-dire aux autorités de l'État chargées du contrôle d'application des lois. Pour les motifs que j'ai exposés, je crois qu'une telle interprétation des mots « autorité légalement compétente » est trop étroite. La protection prévue à l'art. 74 doit bénéficier aux employés qui commencent par dénoncer les inconduites au patron ou à d'autres personnes constituant, *à l'intérieur* de l'organisation de l'employeur, une « autorité légalement compétente » pour résoudre le problème. Si aucune solution n'est apportée à l'interne, les employés peuvent alors s'adresser « à l'externe », c'est-à-dire à la police ou à un autre organisme d'application de la loi, mais il n'est pas *nécessaire* qu'ils le fassent pour jouir de la protection prévue à l'art. 74.

J'ajouterais qu'il pourrait fort bien se présenter des circonstances où un employé serait pleinement justifié de ne pas rechercher de solution à l'interne et de s'adresser directement à la police, par exemple lorsqu'il y a danger que l'employeur détruise des preuves. Ce sont les circonstances qui détermineront si un employé était justifié de ne pas utiliser les mécanismes internes. Je veux simplement dire que l'« autorité légalement compétente » peut se trouver *à l'intérieur* de l'organisation de l'employeur aussi bien qu'*à l'extérieur* de celle-ci, et que si l'employé opte pour la voie interne et subit des représailles, il peut quand même se prévaloir de la protection prévue à l'art. 74.

Pour ces motifs, je conclus que les mots « autorité légalement compétente » de l'art. 74 désignent non seulement la police ou d'autres agents de l'État

authority to deal with the activity complained of "as an offence" but also individuals within the employer organization who exercise lawful authority over the employee(s) complained about, or over the activity that is or is likely to result in the offence.

habilités à agir à l'égard de l'activité visée par la plainte « en tant qu'infraction », mais aussi des personnes qui, au sein de l'organisation de l'employeur, sont légalement habilitées à exercer un pouvoir sur les employés concernés par la plainte ou sur l'activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction à la loi.

C. *Subsequent Amendments to Section 74*

C. *Modifications subséquentes apportées à l'art. 74*

My colleague Deschamps J. notes that about a year after the decision of the Court of Appeal in this case, the Saskatchewan legislature amended s. 74 to provide expressly that "lawful authority" includes "up the ladder" supervisors:

39 Ma collègue la juge Deschamps fait observer que, un an environ après l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce le législateur de la Saskatchewan a modifié l'art. 74 afin de préciser expressément que les mots « autorité légalement compétente » incluent les supérieurs « hiérarchiques » :

74 . . .

(3) In this section, **"lawful authority"** means:

(a) any police or law enforcement agency with respect to an offence within its power to investigate;

(b) any person whose duties include the enforcement of federal or provincial law with respect to an offence within his or her power to investigate; or

(c) any person directly or indirectly responsible for supervising the employee.

(*The Labour Standards Amendment Act, 2005*, S.S. 2005, c. 16, s. 8)

[TRADUCTION]

74 . . .

(3) Au présent article, **« autorité légalement compétente »** s'entend :

a) de tout service de police ou organisme d'application de la loi, relativement à une infraction relevant de son pouvoir d'enquête,

b) de toute personne dont les attributions comprennent le contrôle d'application de lois fédérales ou provinciales, relativement à une infraction relevant de son pouvoir d'enquête,

c) de toute personne directement ou indirectement chargée de la supervision de l'employé.

(*The Labour Standards Amendment Act, 2005*, S.S. 2005, ch. 16, art. 8)

From this my colleague concludes that we should infer that the legislature intended to *expand* the meaning of "lawful authority" to include supervisors. I do not agree. Section 36 of *The Interpretation Act, 1995* of Saskatchewan provides that such an inference is not permissible. Section 36 says:

40 Ma collègue en déduit que nous devrions conclure que le législateur a voulu *élargir* le sens d'« autorité légalement compétente » pour inclure les supérieurs. Je ne suis pas de cet avis. L'article 36 de la *Loi d'interprétation de 1995* de la Saskatchewan interdit une telle inférence. Il dispose :

36(1) The repeal or the amendment of a provision in an enactment does not imply:

(a) . . .

(b) a declaration as to the previous state of the law; or

36(1) L'abrogation ou la modification d'une disposition d'un texte n'implique pas :

a) . . .

b) une déclaration sur l'état antérieur du droit;

(c) a declaration that the law pursuant to the enactment prior to the repeal or amendment was different from the law as it is pursuant to the enactment as amended.

(2) The re-enactment, revision, consolidation or amendment of a provision in an enactment does not imply an adoption of any judicial or other interpretation of the language used in the provision or of similar language.

41 Equally consistent with the legislative amendment to s. 74 is the explanation (which I think is more likely) that the Saskatchewan legislature did not agree with the way in which the Saskatchewan Court of Appeal in this case had interpreted its handiwork. In any event such speculation either way is foreclosed by s. 36 of *The Interpretation Act, 1995*.

D. *Application to the Facts of This Case*

42 The appellant certainly pursued an "up the ladder" reporting approach. Prior to her termination, she had progressively disclosed Royer's and Gumulcak's alleged misappropriation of union funds (1) to Royer himself, as her supervisor; (2) to a trustee of Local 771 who along with two other trustees were responsible to the membership for the finances; (3) to the union's auditor who could have flagged the problem in his audit; (4) to the investigator, Fred Marr appointed by the General President of the International Union of Iron Workers; (5) to the General President of the International Union of Iron Workers; and only when none of these people could be stirred to action, (6) to the police. In reaching my conclusions, I do not wish to be taken as suggesting that Merk's complaint to the union trustee of Local 771 or its auditor were not to a "person in authority". The appeal was argued by both sides on the basis of Merk's complaints to the International Union of Iron Workers representatives. As no argument was addressed to the status of the local people, and no provision of the local constitution was put forward to support that view, I say no more about potential s. 74 protection in that regard.

c) une déclaration portant que les règles de droit antérieures à l'abrogation ou à la modification étaient différentes de celles du texte dans sa version modifiée.

(2) La nouvelle édiction, la révision, la refonte ou la modification d'une disposition d'un texte n'a pas valeur de confirmation de l'interprétation donnée, par décision judiciaire ou autrement, des termes du texte ou de termes analogues.

La modification apportée à l'art. 74 s'explique tout aussi bien (et plus vraisemblablement à mon avis) par l'intention du législateur de la Saskatchewan de signifier son désaccord avec la façon dont la Cour d'appel de cette province avait en l'espèce interprété le fruit de son labeur. Quoi qu'il en soit, toute conjecture dans un sens ou dans l'autre est interdite par l'art. 36 de la *Loi d'interprétation de 1995*.

D. *Application en l'espèce*

L'appelante a certainement opté pour le signalement à la « filière hiérarchique ». Avant d'être congédiée, elle avait progressivement signalé le problème du présumé détournement de fonds du syndicat par MM. Royer et Gumulcak (1) à M. Royer lui-même, qui était son supérieur; (2) aux fiduciaires de la Section locale 771 chargés de rendre compte aux membres des finances du syndicat; (3) au vérificateur du syndicat, qui aurait pu signaler le problème dans sa vérification; (4) à M. Fred Marr, l'enquêteur nommé par le président général de l'Association internationale des travailleurs en fer; (5) au président général de l'Association internationale des travailleurs en fer; et, en dernier ressort, devant l'inaction de ces personnes, (6) à la police. J'aimerais souligner qu'il ne faut pas en conclure que M^me^ Merk n'a pas adressé sa plainte à une « personne en position d'autorité » lorsqu'elle a parlé aux fiduciaires de la Section locale 771 ou au vérificateur. Les deux parties ont fondé leur argumentation sur la plainte de l'appelante aux représentants de l'Association internationale des travailleurs en fer. Comme aucun argument n'a porté sur le statut des représentants locaux et qu'aucune disposition des règlements internes de la Section locale n'a été invoqué à l'appui de cette thèse, je ne m'attarderai pas davantage sur la protection que pourrait accorder l'art. 74 à cet égard.

There is some suggestion in the union's argument that Merk's allegations were made irresponsibly or in bad faith, leading the employer (the union) to conclude that she was unsuitable for the job. In effect, the union says the cause of dismissal was not retaliation for whistleblowing, but because of its conclusion about Merk's unsuitability illustrated by her irresponsible allegations. This argument, too, collapses in the face of findings of fact by the trial judge, who stated:

> Until the date of her termination, Ms. Merk had justification for being concerned that the payments were improper and it was reasonable for her to believe that some of Royer's expenditures were a fraud on the union. In my view, that is sufficient to meet the threshold in section 74. It would be unreasonable to require that she have evidence that establishes, beyond a reasonable doubt that an offence has occurred. [para. 16]

Who then, on the facts of this case, is a person with "lawful authority"? The trial judge answered that question too. Had she been persuaded as a matter of law that "lawful authority" included authorities internal to a union or corporation, she would have convicted. To repeat her finding, at para. 19 of her judgment:

> If I am wrong and the General President of the union is a lawful authority, given his ability to remove any officer from his or her position, Merk's complaint to Marr, the President's investigator, would meet the test. I am convinced that Merk providing information to Marr is the reason she was dismissed.

The reason the trial judge put her focus on Merk's communication to "the President's investigator", rather than on her October 19, 2001 letter to the General President himself, is that the executive of Local 771 authorized the firing of Merk on September 21, 2001, almost a month prior to the date of her letter to General President Hunt of October 19, 2001. The union says the letter to Hunt is irrelevant.

43 Dans l'argumentation du syndicat, on donne à entendre que M^me^ Merk a agi de façon irresponsable ou de mauvaise foi en formulant ses allégations et que l'employeur (le syndicat) en a conclu qu'elle n'était pas apte à occuper son poste. De fait, le syndicat soutient qu'il n'a pas congédié l'employée en représailles de la dénonciation mais par suite de sa conclusion que M^me^ Merk n'avait pas les qualités requises, comme le démontraient ses déclarations irresponsables. Les conclusions de fait de la juge du procès réduisent elles aussi à néant cet argument :

> [TRADUCTION] Jusqu'à la date de son congédiement, M^me^ Merk était justifiée de douter du caractère régulier des paiements et elle pouvait raisonnablement croire que certaines des dépenses de M. Royer équivalaient à des fraudes à l'égard du syndicat. À mon avis, cela suffit pour satisfaire aux exigences de l'art. 74. Il serait abusif d'exiger qu'elle dispose de preuves établissant hors de tout doute raisonnable qu'une infraction a été commise. [par. 16]

44 Eu égard aux faits de l'espèce, qui donc constitue une « autorité légalement compétente »? La juge du procès a également répondu à cette question. Si elle avait été convaincue que, juridiquement, les instances internes d'un syndicat ou d'une société constituaient une « autorité légalement compétente », elle aurait inscrit une déclaration de culpabilité. Je reprends ici la conclusion qu'elle a formulée au par. 19 de son jugement :

> [TRADUCTION] Si je fais erreur et que, vu sa capacité de révoquer tout dirigeant, le président général du syndicat constitue une autorité légalement compétente, la plainte de M^me^ Merk à M. Marr, l'enquêteur désigné par le président, répondrait à cette exigence. Je suis convaincue que c'est parce qu'elle a fourni des renseignements à M. Marr que M^me^ Merk a été congédiée.

45 La raison pour laquelle la juge du procès a mis l'accent sur la divulgation faite à l'« enquêteur désigné par le président », plutôt que sur la lettre du 19 octobre 2001 adressée au président général lui-même, est que l'exécutif de la Section locale 771 avait autorisé le congédiement de M^me^ Merk le 21 septembre 2001, soit presque un mois avant sa lettre au président général Hunt le 19 octobre 2001. Le syndicat affirme que cette lettre n'est pas pertinente.

46 The further facts are, however, that such "authorization" was not acted on until November 5, 2001. The letter of dismissal specifically refers to "your 19th of October 2001 correspondence to Joseph Hunt . . . and matters surrounding same". The "matters surrounding same" obviously included Merk's agitation about the improper expense claims going back for more than a year to the fall of 2000.

47 Irrespective of the authority given by the union executive to Royer and Gumulcak on September 21, 2001 to fire Merk, she knew nothing about it until November 5, 2001. That was the effective date of her dismissal. In terms of s. 74, the *actus reus* was not complete until November 5, 2001 and at that time the *mens rea* of Gumulcak and Royer was inflamed by Merk's letter to the General President of October 19, 2001, and they so stated in the letter of dismissal on that date. Accordingly, the *actus reus* and the requisite *mens rea* did not coincide until November 5, 2001 at which time the s. 74 offence was complete. The union having referenced Merk's October 19, 2001 complaint in its letter of dismissal, it does not now lie in the union's mouth to argue that her October 19th complaint to President Hunt about alleged financial misconduct did not at least contribute to her dismissal.

V. Conclusion

48 In summary, based on the trial judge's findings, Merk was discharged because she reported to a lawful authority (the International Union of Iron Workers) the financial misconduct of Gumulcak and Royer. The alleged misconduct was an "activity that is or is likely to result in an offence" within the meaning of s. 74. The offence was complete on November 5, 2001. On a correct interpretation of "lawful authority", there should have been a conviction. The appeal should therefore be allowed and a conviction entered. As we are advised that this is a private prosecution, the appellant will have her costs here and in the courts below on a party and party basis. The matter is returned to the trial judge to impose

Il faut toutefois considérer aussi le fait que le syndicat intimé n'a donné suite à cette « autorisation » que le 5 novembre 2001 et qu'il a expressément fait mention, dans la lettre de congédiement, de la « lettre du 19 octobre 2001 à Joseph Hunt [. . .] et [d]es faits s'y rapportant ». Ces « faits s'y rapportant » englobaient manifestement les remous que causait M^me^ Merk depuis l'automne 2000, soit depuis plus d'un an, au sujet des demandes de remboursement irrégulières.

Bien que l'autorisation par l'exécutif de congédier M^me^ Merk ait été donnée à MM. Royer et Gumulcak le 21 septembre 2001, l'intéressée n'en a rien su avant le 5 novembre 2001, date de prise d'effet du congédiement. Relativement à l'art. 74, l'*actus reus* n'a été complet que le 5 novembre 2001 et, à cette date, la lettre du 19 octobre 2001 envoyée au président général avait certes alimenté la *mens rea* de MM. Gumulcak et Royer, qui l'ont mentionnée dans la lettre de congédiement. Par conséquent, ce n'est que le 5 novembre 2001 que l'*actus reus* et la *mens rea* requise ont coïncidé et que les éléments de l'infraction à l'art. 74 ont été réunis. Comme le syndicat a fait état, dans sa lettre de congédiement, de la plainte transmise par M^me^ Merk à M. Hunt le 19 octobre 2001 relativement à de présumées malversations financières, il ne saurait maintenant prétendre que cette plainte n'a pas à tout le moins contribué au congédiement.

V. Conclusion

En résumé, d'après les conclusions de la juge du procès, M^me^ Merk a été congédiée parce qu'elle a signalé à une autorité légalement compétente (l'Association internationale des travailleurs en fer) les malversations financières de MM. Gumulcak et Royer. Cette présumée inconduite était une « activité qui constitu[ait] ou [était] susceptible de constituer une infraction » à la loi au sens de l'art. 74. L'infraction a été complète le 5 novembre 2001. Suivant l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « autorité légalement compétente », une déclaration de culpabilité aurait dû être prononcée. Par conséquent, il y a lieu d'accueillir le pourvoi et d'inscrire une déclaration de culpabilité. Étant donné que, comme on nous l'a dit, il s'agit

sentence and consider the appellant's claim for further and other relief.

The following are the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) — The issue raised by this case is one of pure statutory interpretation. Rather than determining legislative intent, the majority asks whether employee protection can be best achieved by extending the meaning of s. 74 of *The Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, c. L-1 (as am. S.S. 1994, c. 39, s. 41) to employees who blow the whistle inside an organization, or by withholding protection from them. In effect, the majority reasons that because the purpose of the legislation is remedial, the plain meaning of the provision should be ignored in order to provide the broadest protection possible. This is, in my view, a circular approach which strays far from the principles of statutory interpretation. I would therefore restate the question and ask what the legislature's intention is, rather than identifying the desired protection and asking whether the legislature should have afforded it to employees.

The majority raises an important concern about the peculiar situation created by s. 74. It may indeed appear unsatisfactory that an employee who reports alleged wrongdoing to his or her superiors does not receive the same protection as an employee who reports directly to an outside agency. However, I disagree with the majority's broad interpretation of the expression "lawful authority". Amendments are left to the legislature; it is not for the Court to stretch the rules of statutory interpretation.

"Lawful authority", as used in s. 74, can only be understood to mean a person or entity with the authority to enforce federal and provincial statutes. Extending "lawful authority" to the employer

d'une poursuite privée, l'appelante a droit à ses dépens, taxés entre parties, tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures. L'affaire est renvoyée à la juge du procès pour détermination de la peine et examen de toute demande de réparation différente ou additionnelle présentée par l'appelante.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — Le présent pourvoi pose une pure question d'interprétation des lois. Plutôt que de cerner l'intention du législateur, les juges majoritaires se demandent si la meilleure façon de protéger les employés consiste à élargir la portée de l'art. 74 de la *Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, ch. L-1 (mod. par S.S. 1994, ch. 39, art. 41) aux employés dénonciateurs effectuant leur démarche au sein de leur organisation, ou à les priver de cette protection. Suivant le raisonnement de la majorité, comme il s'agit d'une disposition réparatrice, il convient de faire abstraction de son sens ordinaire de façon à fournir la protection la plus large possible. À mon avis, il s'agit là d'un raisonnement circulaire, qui s'écarte considérablement des principes d'interprétation législative. Il faudrait donc, selon moi, reformuler la question et se demander quelle est l'intention du législateur plutôt que de définir la protection souhaitable et se demander si le législateur aurait dû l'accorder aux employés. 49

Les juges majoritaires signalent un problème important à propos de la situation singulière créée par l'art. 74. On peut certes trouver discutable que l'employé qui dénonce à son supérieur une faute présumée ne reçoive pas la même protection que celui qui s'adresse directement à un organisme externe, mais je ne puis pour autant me rallier à l'interprétation large que la majorité donne à l'expression « *lawful authority* ». La modification des lois relève du législateur, et il n'appartient pas à la Cour d'étirer les règles de l'interprétation législative. 50

Telle qu'elle est employée à l'art. 74, l'expression « *lawful authority* » ([TRADUCTION] « autorité légalement compétente ») ne peut s'entendre que d'une personne ou entité investie du pouvoir de 51

requires reading in words which do not accord with the plain meaning of the provision and go against this Court's interpretative approach.

I. What is "Lawful Authority"?

52 The Court has repeatedly held that "there is only one principle or approach" to statutory interpretation, "namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, as cited in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26).

53 On its face, "lawful authority" refers to a person or entity authorized to exercise public power. This meaning is reinforced in s. 74 by the term's close proximity to "an offence pursuant to an Act or an Act of the Parliament of Canada", which suggests, as Gerwing J.A. of the Court of Appeal noted, that the lawful authority must be capable of "compelling obedience, with respect to the conduct reported as an offence" (para. 20).

54 The majority contends that a narrow reading of "lawful authority" leads to irrational consequences and therefore cannot be supported. It is a well-established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce consequences that are absurd, illogical or incoherent (*Rizzo & Rizzo*, at para. 27). With respect, however, requiring employees to report suspected offences to a public authority cannot be viewed as irrational. The legislature may have been motivated by a number of concerns. For example, persons or entities exercising public power, such as the police, are uniquely situated to enforce the law and to deal with allegations of criminal or quasi-criminal activity. As the Court of Queen's Bench judge observed

faire appliquer des lois fédérales ou provinciales. Pour y assimiler l'employeur, il faut, contrairement à la démarche interprétative de notre Cour, ajouter à la disposition des mots qui ne concordent pas avec son sens ordinaire.

I. Qu'est-ce qu'une « autorité légalement compétente »?

La Cour a à maintes reprises affirmé qu'en matière d'interprétation des lois [TRADUCTION] « il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; voir également *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26).

À prime abord, l'expression « autorité légalement compétente » s'entend d'une personne ou entité autorisée à exercer un pouvoir public. Le fait qu'elle avoisine, à l'art. 74, les mots [TRADUCTION] « une infraction à une loi de la Législature ou du Parlement du Canada » renforce ce sens. Comme l'a signalé la juge Gerwing de la Cour d'appel, cette proximité indique que l'autorité légalement compétente doit avoir la capacité de [TRADUCTION] « contraindre à l'obéissance — à l'égard de la conduite signalée, en tant qu'infraction » (par. 20).

De l'avis de la majorité de la Cour, l'interprétation étroite d'« autorité légalement compétente » entraîne des conséquences irrationnelles et ne peut de ce fait être retenue. Le principe d'interprétation des lois suivant lequel le législateur n'est pas censé vouloir produire des conséquences absurdes, illogiques ou incohérentes est bien établi (*Rizzo & Rizzo*, par. 27). Avec égards pour l'opinion contraire, toutefois, le fait que les employés soient tenus de signaler aux autorités publiques les infractions dont ils soupçonnent la perpétration ne saurait être considéré comme irrationnel. Un certain nombre de raisons ont pu motiver le législateur à agir ainsi. Par exemple, les personnes ou entités exerçant des pouvoirs publics, telle la police, sont particulièrement

in this case, encouraging employees to report internally could therefore work "against the goal of promoting disclosure to those responsible for enforcing federal and provincial statutes" ((2003), 229 Sask. R. 37, 2003 SKQB 9, at para. 39). Whatever the legislature's purpose in creating an external reporting requirement, s. 74 falls far short of "irrationality". Given that there is a rational basis for the requirement of reporting to an entity authorized to exercise public power, the Court must not second-guess the legislature's decisions about how to formulate effective labour policy.

bien placées pour faire respecter la loi et donner suite aux allégations relatives à des actes criminels ou quasi criminels. Comme l'a signalé le juge de la Cour du Banc de la Reine en l'espèce, encourager les employés à dénoncer à l'interne pourrait donc aller [TRADUCTION] « à l'encontre de l'objectif qui consiste à favoriser la divulgation à ceux qui sont chargés de faire appliquer des lois fédérales ou provinciales » ((2003), 229 Sask. R. 37, 2003 SKQB 9, par. 39). Quel que soit le but que poursuivait le législateur en créant l'obligation de dénonciation à l'externe, l'art. 74 est loin d'être « irrationnel ». Comme l'obligation de signalement à une entité autorisée à exercer des pouvoirs publics repose sur un fondement rationnel, il n'appartient pas à la Cour de remettre en question les décisions du législateur en ce qui concerne la formulation d'une politique du travail efficace.

A plain reading of "lawful authority" is also in line with analogous uses of the term in other federal and provincial statutes. "Lawful authority" appears repeatedly in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as well as in multiple provincial statutes as varied as the Alberta *Election Act*, R.S.A. 2000, c. E-1, the Manitoba *Mines and Minerals Act*, S.M. 1991-92, c. 9, and the Newfoundland and Labrador *Highway Traffic Act*, R.S.N.L. 1990, c. H-3. While these statutes do not specifically define "lawful authority" or, where applicable, its equivalent in French as a police officer or public agency, the term is consistently used in relation to an activity which is an offence unless carried out with authority conferred by statutory or common law. As such, an employer cannot be considered a "lawful authority" under s. 74 (see, for example, *Criminal Code*, ss. 40, 279, 294 and 369; Alberta, *Election Act*, s. 161; British Columbia, *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, c. 69, s. 58; Manitoba, *Mines and Minerals Act*, s. 232(1); Newfoundland and Labrador, *Highway Traffic Act*, s. 109; Saskatchewan, *The Federal-Provincial Agreements Act*, R.S.S. 1978, c. F-13, s. 9).

55 Le fait de donner aux mots « *lawful authority* » leur sens ordinaire concorde également avec les emplois analogues de cette expression dans d'autres lois fédérales ou provinciales. Ces mots sont utilisés dans maintes dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, ainsi que dans de nombreuses lois provinciales aussi variées que l'*Election Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. E-1, la *Loi sur les mines et les minéraux* du Manitoba, L.M. 1991-92, ch. 9, et la *Highway Traffic Act* de Terre-Neuve-et-Labrador, R.S.N.L. 1990, ch. H-3. Bien que, dans ces textes de loi, les mots « *lawful authority* » et, selon le cas, leurs équivalents français ne soient pas expressément définis comme visant les policiers ou un organisme public, ils sont systématiquement utilisés en relation avec une action qui constituerait une infraction si elle n'était accomplie en vertu d'un pouvoir conféré par la loi ou par la common law. En ce sens, un employeur ne saurait être considéré une « autorité légalement compétente » pour l'application de l'art. 74 (voir, par exemple, *Code criminel*, art. 40, 279, 294 et 369; Alberta, *Election Act*, art. 161; Colombie-Britannique, *Forest and Range Practices Act*, S.B.C. 2002, ch. 69, art. 58; Manitoba, *Loi sur les mines et les minéraux*, par. 232(1); Terre-Neuve-et-Labrador, *Highway Traffic Act*, art. 109; Saskatchewan, *The Federal-Provincial Agreements Act*, R.S.S. 1978, ch. F-13, art. 9).

56 In the small number of statutes where "lawful authority" is given an expanded meaning, the intention to do so is clear from the provision. The Saskatchewan legislature has, for example, extended lawful authority beyond its plain meaning in two provisions. Section 3 of the Saskatchewan *Privacy Act*, R.S.S. 1978, c. P-24, provides that proof of surveillance of an individual without the consent of the individual "or some other person who has the lawful authority to give the consent" is *prima facie* evidence of a violation of privacy. Similarly, s. 28.2(1) of the Saskatchewan *Mental Health Services Act*, S.S. 1984-85-86, c. M-13.1, provides that the director of mental health services may order the return of someone to another province if "an order has been issued by a person with the lawful authority to make that order in that jurisdiction for the person to be given a compulsory psychiatric examination" (see also Newfoundland and Labrador, *Privacy Act*, R.S.N.L. 1990, c. P-22, s. 4; New Brunswick, *Mental Health Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-10, s. 1(1) "nearest relative"). By comparison, s. 74 contains no modifying phrase extending "lawful authority" to encompass those who supervise employees, and must, as a result, rest on the plain meaning of the term.

Dans les lois, peu nombreuses, où le législateur confère un sens plus large aux mots « *lawful authority* », cette intention ressort clairement de la disposition. La législature de la Saskatchewan, notamment, a élargi le sens ordinaire de l'expression dans deux dispositions. L'article 3 de la *Privacy Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. P-24, énonce que la preuve que quelqu'un a fait l'objet de surveillance sans son consentement [TRADUCTION] « ou celui d'une autre personne légalement autorisée à donner ce consentement » constitue une preuve *prima facie* d'atteinte à la vie privée. De même, le par. 28.2(1) de la *Mental Health Services Act* de la Saskatchewan, S.S. 1984-85-86, ch. M-13.1, précise que le directeur d'un service de psychiatrie peut ordonner le renvoi d'une personne dans un autre ressort si [TRADUCTION] « une ordonnance intimant que l'intéressé soit soumis à un examen psychiatrique obligatoire a été rendue par une personne légalement compétente dans cet autre ressort pour rendre une telle ordonnance » (voir aussi la *Privacy Act* de Terre-Neuve-et-Labrador, R.S.N.L. 1990, ch. P-22, art. 4, la *Loi sur la santé mentale* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. M-10, par. 1(1) « parent le plus proche »). En comparaison, comme l'art. 74 ne comporte aucun mot ayant pour effet d'élargir le sens de l'expression « *lawful authority* » aux supérieurs hiérarchiques, il faut en conséquence donner à cette expression son sens ordinaire.

57 The object of the Act is obviously remedial and, to this end, s. 74 affords a remedy to complainants who turn to a public authority for assistance. However, simply finding that the purpose of the Act is remedial is not in itself determinative and we must still ask how far the legislature intended to go. The wording of the statute and its context, in my view, do not indicate that the legislature intended to extend protection to an employee who reports a suspected wrongdoing within an organization. Broadening the definition of "lawful authority" and of its equivalent in French to include employers is therefore inconsistent with the plain meaning of the provision and this Court's approach to statutory interpretation.

Il s'agit manifestement d'une loi réparatrice et, à cette fin, l'art. 74 accorde un recours à ceux qui font appel à une autorité publique. Toutefois, le simple fait de conclure qu'il s'agit d'une loi réparatrice n'est pas en soi déterminant. Il faut en plus se demander jusqu'où le législateur voulait aller. Le texte de la disposition et son contexte n'indiquent pas, à mon avis, que le législateur entendait protéger les employés qui signalent à l'interne un présumé acte répréhensible. L'élargissement de la définition des mots « *lawful authority* » et de leurs équivalents en français pour qu'ils visent aussi les employeurs est par conséquent incompatible avec le sens ordinaire de la disposition en cause et les règles d'interprétation législative appliquées par notre Cour.

58 As a matter of policy, the Saskatchewan legislature has already exercised its legislative

D'ailleurs, la législature de la Saskatchewan a déjà décidé d'exercer son pouvoir de légiférer pour

mandate to strengthen whistleblower protections by amending s. 74. The amended provision (S.S. 2005, c. 16, s. 8), which came into force on May 27, 2005, expressly broadens the definition of "lawful authority":

74(1) No employer shall discharge or threaten to discharge, take any reprisal against or in any manner discriminate against an employee because the employee:

(a) has reported or proposed to report to a lawful authority any activity that is or is likely to result in an offence pursuant to an Act or an Act of the Parliament of Canada; or

(b) has testified or may be called on to testify in an investigation or proceeding pursuant to an Act or an Act of the Parliament of Canada.

(2) Subsection (1) does not apply where the actions of an employee are vexatious.

(3) In this section, **"lawful authority"** means:

(a) any police or law enforcement agency with respect to an offence within its power to investigate;

(b) any person whose duties include the enforcement of federal or provincial law with respect to an offence within his or her power to investigate; or

(c) any person directly or indirectly responsible for supervising the employee.

I do not refer to the amendment, as my colleague Binnie J. suggests, as argument to infer the legislative intent but only to note that by explicitly expanding the definition of lawful authority to include supervisors, the legislature effectively resolved the dilemma highlighted by the majority without distorting the plain meaning of the term.

II. Application to the Facts of the Case

The trial judge found that the decision to terminate Merk was made by the Executive Board of the

renforcer la protection offerte aux dénonciateurs et elle a modifié l'art. 74. La disposition modifiée (S.S. 2005, ch. 16, art. 8), qui est entrée en vigueur le 27 mai 2005, élargit expressément la définition d'« autorité légalement compétente » :

[TRADUCTION]

74(1) Il est interdit à un employeur de congédier un employé, de menacer de le congédier ou de prendre toute mesure discriminatoire à son endroit, pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

a) l'employé a signalé ou projeté de signaler à une autorité légalement compétente une activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction à une loi de la Législature ou du Parlement du Canada,

b) l'employé a témoigné ou peut être appelé à témoigner au cours d'une enquête ou d'une instance fondée sur une loi de la Législature ou du Parlement du Canada.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas lorsque les actes de l'employé sont vexatoires.

(3) Au présent article, **« autorité légalement compétente »** s'entend :

a) de tout service de police ou organisme d'application de la loi, relativement à une infraction relevant de son pouvoir d'enquête,

b) de toute personne dont les attributions comprennent le contrôle d'application de lois fédérales ou provinciales, relativement à une infraction relevant de son pouvoir d'enquête,

c) de toute personne directement ou indirectement chargée de la supervision de l'employé.

Contrairement à ce que suggère mon collègue le juge Binnie, je ne fais pas état de la modification en vue de dégager l'intention du législateur, mais seulement pour souligner que, en élargissant explicitement la définition d'autorité légalement compétente pour y inclure les supérieurs hiérarchiques, celui-ci a effectivement résolu le problème signalé par les juges de la majorité, sans fausser le sens ordinaire de l'expression.

II. Application aux faits

La juge du procès a estimé que l'exécutif du syndicat avait pris la décision de congédier 59

union on September 21, 2001. Although McMurtry Prov. Ct. J. found that "Merk certainly was terminated because of her pursuit of the issue of Royer's expenses through the union", she concluded that the decision to terminate Merk occurred before Merk threatened to go to the police in her letter of October 19th ([2002] S.J. No. 555 (QL), 2002 SKPC 78, at para. 18). The trial judge based this finding on several factors, including the minutes of the Executive Board meeting at which the termination was authorized, the similarity between the draft termination letter and the letter that was ultimately sent, and Royer's testimony that he did not terminate Merk immediately because she was ill. The trial judge concluded that "[o]nce it appeared to Royer that the union's investigation cleared him, he felt safe to fire her" (para. 18).

60 The Court of Appeal refused to interfere with the trial judge's decision, finding that "[t]here was evidence to support [the factors] she accepted and no reason she could not have rejected the implied threat in the letter" ((2003), 238 Sask. R. 234, 2003 SKCA 103, at para. 18). I agree with the Court of Appeal in this regard. While the trial judge could have explored the events following September 21 more fully, an appeal court only has a limited role (*R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286). There is no basis for interfering with the trial judge's findings of facts.

III. Conclusion

61 Statutory provisions must be interpreted in their entire context and on their plain and ordinary meaning. Reading in a broader definition of "lawful authority" goes against this Court's interpretative tradition and creates inconsistencies with the use of the term in other legislative contexts. Ultimately it is up to the legislature, as occurred in this case, to extend the scope of the statute through legislative amendment. Having regard to all of these factors, I conclude that the Court of Appeal was

M^me^ Merk le 21 septembre 2001. Bien que d'avis que [TRADUCTION] « M^me^ Merk a indubitablement été congédiée parce qu'elle a soumis la question des dépenses de M. Royer au syndicat », la juge McMurtry de la Cour provinciale a conclu que la décision de la congédier avait été prise avant que M^me^ Merk menace de s'adresser à la police dans sa lettre du 19 octobre ([2002] S.J. No. 555 (QL), 2002 SKPC 78, par. 18). Sa conclusion s'appuyait sur divers facteurs, notamment le procès-verbal de la réunion de l'exécutif syndical au cours de laquelle le congédiement avait été autorisé, la similitude entre le projet de lettre de congédiement et la lettre finalement envoyée et le témoignage de M. Royer expliquant qu'il n'avait pas congédié immédiatement M^me^ Merk parce que cette dernière était malade. La juge conclut que, [TRADUCTION] « [q]uand M. Royer a estimé que l'enquête du syndicat l'exonérait, il a jugé qu'il pouvait sans crainte congédier M^me^ Merk » (par. 18).

La Cour d'appel a refusé de modifier la décision de la juge du procès, estimant qu'[TRADUCTION] « [i]l existait des éléments de preuve étayant [les facteurs] qu'elle a[vait] acceptés, mais aucune raison empêchant celle-ci de ne pas retenir la menace implicite contenue dans la lettre » ((2003), 238 Sask. R. 234, 2003 SKCA 103, par. 18). Je partage l'opinion de la Cour d'appel sur ce point. La juge du procès aurait certes pu effectuer un examen plus exhaustif des événements postérieurs au 21 septembre, mais le rôle des cours d'appel est limité (*R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286). Rien ne justifie de modifier les conclusions de fait de la juge de première instance.

III. Conclusion

Les dispositions législatives doivent être interprétées au regard de l'ensemble de leur contexte et suivant leur sens ordinaire. L'élargissement par voie d'interprétation de la définition de « *lawful authority* » va à l'encontre de la tradition d'interprétation de notre Cour et crée des incohérences avec l'emploi qui est fait de cette expression dans d'autres contextes législatifs. C'est en définitive au législateur concerné qu'il appartient, comme ce fut le cas en l'espèce, d'élargir la portée d'une loi au

correct to decline to intervene. I would have dismissed the appeal.

Appeal allowed with costs, DESCHAMPS J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Balfour Moss, Regina.

Solicitors for the respondent: Plaxton Gillies, Saskatoon.

moyen de modifications. Compte tenu de tous ces facteurs, je conclus que la Cour d'appel a eu raison de refuser d'intervenir. J'aurais rejeté le pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge DESCHAMPS *est dissidente.*

Procureurs de l'appelante : Balfour Moss, Regina.

Procureurs de l'intimée : Plaxton Gillies, Saskatoon.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sean Spence *Respondent*

and

African Canadian Legal Clinic *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* SPENCE

Neutral citation: 2005 SCC 71.

File No.: 30642.

2005: June 9; 2005: December 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Interracial crime — Selection of jury — Challenge for cause — Racial prejudice — Fair trial — Black accused charged with robbing East Indian man — Trial judge permitting defence to challenge jurors for cause on basis of potential bias against accused, but refusing to extend challenge for cause to include race of complainant — Whether trial judge's refusal to include "interracial" nature of crime in challenge for cause deprived accused of his right to impartial jury and to fair trial — Whether within trial judge's discretion to limit challenge for cause.

Criminal law — Evidence — Limits of judicial notice — Social facts — Black accused charged with robbing East Indian man — Whether court can take judicial notice that jurors have "natural sympathy" for victims of same race.

A black accused was charged with robbing an East Indian man. The accused sought to challenge potential jurors for cause, arguing that jurors who are East Indian may feel a natural sympathy for a victim of the same race and that race-based sympathy for the victim aggravates or compounds the potential racial prejudice against a black accused. The trial judge permitted the defence to challenge potential jurors for cause on the basis of potential bias against a black accused but, exercising his discretion, refused to extend the challenge

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Sean Spence *Intimé*

et

African Canadian Legal Clinic *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SPENCE

Référence neutre : 2005 CSC 71.

N° du greffe : 30642.

2005 : 9 juin; 2005 : 2 décembre.

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

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

Droit criminel — Crime interracial — Sélection des jurés — Récusation motivée — Préjugé racial — Procès équitable — Noir accusé d'avoir volé un Indo-Pakistanais — Juge du procès ayant permis à la défense de récuser des candidats jurés pour cause de préjugé racial possible contre l'accusé, mais ayant refusé que la question posée aux candidats jurés précise également la race du plaignant — Le refus du juge que la question fasse état de la nature « interraciale » du crime a-t-il privé l'accusé de son droit à un jury impartial et à un procès équitable? — Ce refus relevait-il du pouvoir discrétionnaire du juge de limiter la récusation motivée?

Droit criminel — Preuve — Limites de la connaissance d'office — Faits sociaux — Noir accusé d'avoir volé un Indo-Pakistanais — Le tribunal pouvait-il admettre d'office qu'un juré éprouve une « sympathie naturelle » envers une victime de la même race que lui?

Un homme noir a été accusé du vol d'un homme d'origine indo-pakistanaise. Il a tenté d'obtenir la récusation de candidats jurés d'origine indo-pakistanaise, lesquels étaient susceptibles, selon lui, d'éprouver une sympathie naturelle envers une victime de même race, une telle sympathie accroissant le risque de préjugé racial contre lui. Le juge du procès a permis à la défense de récuser des candidats jurés pour cause de préjugé racial possible contre un accusé noir, mais, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il a refusé que la question

to include the race of the complainant, as he regarded the "interracial" element on the facts of this case to be irrelevant. At trial, the accused was convicted. On appeal, he argued that he was deprived of his right to an impartial jury and therefore to a fair trial. The majority of the Court of Appeal set aside the conviction, holding that if an accused who is entitled to challenge the jury for cause wishes to include the interracial nature of the crime in the question for potential jurors, he is entitled to have the question posed in that way.

Held: The appeal should be allowed and the conviction restored.

It was up to the defence to show an "air of reality" to the assertion that the complainant's East Indian origin has the realistic potential of aggravating jurors' prejudice against the black accused. This burden was not met. While it was open to the trial judge to include the "interracial" aspect of the crime in the challenge for cause, neither the case law, nor the studies on which the case law is based, compelled him to exercise his discretion in that way. [41-42]

People called for jury duty benefit from a presumption that they will do their duty without bias or partiality. To rebut the presumption, there must exist a realistic potential for the existence of partiality, on a ground sufficiently articulated in the application, before the challenge for cause should be allowed to proceed. To establish a realistic potential for juror partiality generally requires satisfying the court that: (1) a widespread bias exists in the community; and (2) some jurors may be incapable of setting aside this bias, despite trial safeguards, to render an impartial decision. Where widespread racial bias is shown, the second element may be inferred and need not necessarily be established by reports or studies. [21] [23] [26] [35]

The studies and reports cited in the *Parks* decision do not establish a realistic possibility that a potential juror who could impartially judge the accused despite his being black would lose that impartiality on realizing that the victim was East Indian. *Parks* does not hold that a potential "sympathy factor" exists between jurors and complainants in all situations where both are members of the same visible minority. The general statements made in the case law about interracial crime have to be considered in their context. Those cases dealt with interracial crime as a potentially aggravating circumstance in the minds of the white majority against a member of a visible minority. They do not support a

posée aux candidats jurés fasse également mention de la race du plaignant, estimant que l'aspect « interracial » n'était pas pertinent vu les faits de l'affaire. L'accusé a été déclaré coupable. En appel, il a soutenu avoir été privé de son droit à un jury impartial et, par conséquent, à un procès équitable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont annulé la déclaration de culpabilité, statuant que l'accusé qui a le droit de se prévaloir de la procédure de récusation motivée peut, s'il le souhaite, mentionner la nature interraciale du crime dans la question posée aux candidats jurés.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Il appartenait à la défense de prouver la « vraisemblance » de l'affirmation selon laquelle l'origine indo-pakistanaise du plaignant faisait naître une possibilité réaliste d'accentuation des préjugés des jurés contre l'accusé noir. Elle ne l'a pas fait. Le juge du procès pouvait autoriser la mention du caractère « interracial » du crime dans la question, mais ni la jurisprudence ni les études sur lesquelles elle se fondait ne l'obligeaient à exercer ainsi son pouvoir discrétionnaire. [41-42]

La personne appelée à remplir la fonction de juré est présumée apte à s'en acquitter sans parti pris ni partialité. La présomption ne peut être réfutée que s'il existe une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la demande, auquel cas la procédure de récusation pourra suivre son cours. Pour établir l'existence d'une possibilité réaliste de partialité de la part des jurés, il faut généralement convaincre le tribunal (1) qu'un préjugé est largement répandu dans la collectivité et (2) que certains jurés pourraient, malgré les garanties offertes au procès, être incapables de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale. Lorsque l'existence d'un préjugé racial largement répandu est démontrée, le deuxième élément peut être inféré et ne doit pas nécessairement être établi par des rapports ou des études. [21] [23] [26] [35]

Les études et les rapports cités dans l'arrêt *Parks* n'établissent pas l'existence d'une possibilité réaliste qu'un candidat juré apte à juger impartialement l'accusé même s'il est noir perde son impartialité s'il apprend que la victime est indo-pakistanaise. L'arrêt *Parks* ne conclut pas à la possibilité d'une « sympathie » entre un juré et un plaignant dans tous les cas où les deux sont membres de la même minorité visible. Les énoncés généraux sur le crime interracial doivent être considérés dans le contexte des décisions qui les renferment. Dans les affaires en cause, le crime interracial était considéré comme une circonstance susceptible d'accentuer les préjugés d'un membre de la majorité blanche contre un membre d'une

generalized conclusion that race-based natural sympathy affects all trials where the accused, complainant, principal witnesses and jurors are not all of the same race. [40] [42] [47]

In this case, the majority of the Court of Appeal pushed judicial notice beyond its proper limits. While courts have properly taken notice of the widespread existence of racism, and the likelihood that anti-black racism is aggravated when the alleged victim is white, there is no similar consensus that "everybody knows" a juror of a particular race is likely to favour a complainant or witness of the same race, despite the trial safeguards and the trial judge's instruction to the contrary. [7] [52]

The permissible scope of judicial notice varies according to the nature of the issue under consideration, and the closer a fact approaches the dispositive issue the more a court ought to insist on compliance with the stricter criteria for judicial recognition. Under the strict criteria accepted by this Court in *Find*, a court may properly take judicial notice of facts that are either (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons, or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy. [53] [60-61]

It could be argued that the requirements of judicial notice accepted in *Find* should be relaxed in relation to such matters as laying a factual basis for the exercise of a discretion to permit challenges for cause. These are matters difficult to prove, and they do not strictly relate to the adjudication of guilt or innocence, but rather to the framework within which that adjudication is to take place. Such non-adjudicative facts are now generally called "social facts" when they relate to the fact-finding process and "legislative facts" in relation to legislation or judicial policy. [56]

In dealing with "legislative" facts and "social" facts, greater scope may be given to judicial notice, but a court must still ask itself whether the alleged fact would be accepted by reasonable people who have properly informed themselves on the topic as not subject to reasonable dispute for the purpose for which it is to be used, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly with the centrality of the "fact" to the disposition of the issue in question. [65]

minorité visible. Ces décisions ne permettent pas de conclure, d'une façon générale, qu'il existe une sympathie naturelle fondée sur l'appartenance raciale dans tout procès où l'accusé, le plaignant, les principaux témoins et les jurés ne sont pas de la même race. [40] [42] [47]

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont repoussé indûment les limites de la connaissance d'office. Les tribunaux ont à juste titre admis d'office que le racisme est largement répandu et que le préjugé contre les Noirs peut s'accroître lorsque la présumée victime est blanche, mais ils n'ont pas convenu pour autant que « tout le monde sait » qu'un juré d'une race donnée est susceptible d'être favorable à un plaignant ou à un témoin de la même race, malgré les garanties qu'offre le procès et la directive contraire du juge du procès. [7] [52]

Les limites acceptables de la connaissance d'office varient selon la nature de la question considérée, et plus un fait a une incidence directe sur l'issue du procès, plus le tribunal doit faire observer le critère rigoureux applicable à la connaissance d'office. Suivant le critère strict que notre Cour a adopté dans l'arrêt *Find*, un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d'office de faits (1) qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l'objet de débats entre personnes raisonnables ou (2) dont l'existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable. [53] [60-61]

On pourrait soutenir qu'il convient d'assouplir les exigences que notre Cour a établies dans l'arrêt *Find* relativement à la connaissance d'office, comme celle d'un fondement factuel pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'autoriser la récusation pour un motif en particulier. Il s'agit d'éléments difficiles à prouver qui, à strictement parler, ont trait non pas à la décision concernant la culpabilité ou la non-culpabilité, mais bien au cadre dans lequel cette décision doit être rendue. Désormais, les faits non en litige sont généralement appelés « faits sociaux » lorsqu'ils touchent au processus de recherche des faits, et « faits législatifs » lorsqu'ils touchent à une loi ou à un principe judiciaire. [56]

La portée de la connaissance d'office peut être élargie à l'égard de faits « législatifs » et de faits « sociaux », mais le tribunal doit se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s'informer sur le sujet considérerait que le fait allégué échappe à toute contestation raisonnable quant à la fin à laquelle il sera invoqué, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s'accroissent directement en fonction de la pertinence du « fait » pour le règlement de la question en litige. [65]

Here, the Court is asked to make some fundamental shifts in the laws' understanding of how juries function and how the selection of their members should be approached. To take judicial notice of the "social facts" of the race-based "natural sympathy" theory would be dispositive of the appeal, yet these facts are neither notorious nor easily verified by reference to works of indisputable accuracy, nor the subject of informed consensus. To take judicial notice of such matters for this purpose would be to take even a generous view of judicial notice a leap too far. [67]

On the existing state of the law, it was within the trial judge's discretion to limit the challenge of potential jurors to the race of the accused. The right to challenge for cause is not automatic. In each case, the trial judge must determine whether there is an air of reality to the challenge on the particular circumstances of each case. Here, while the fact the accused was black called for a challenge for cause on that basis, the additional fact of the complainant being of East Indian origin was not shown to compound the prejudice and, therefore, did not need to be the subject of a separate inquiry to potential jurors. On the facts, a broader inquiry would certainly have been permissible, but it was not an error of law for the trial judge to draw the line where he did. [7] [71-72]

Trial fairness trumps technicalities. If the trial judge were persuaded that the appearance of fairness to the respondent accused required the full *Parks* question, he ought to have permitted it, regardless of his recollection of the *Parks* question, the state of the social science or the nuanced limits of judicial notice. The question, however, is where the Court draws the "fairness" line. Here, the only issue of importance to the defence was identification. Neither the race of the complainant nor his testimony of what happened shed any light on identification. In the circumstances of this case the trial judge did not think that leaving out the interracial element was unfair. That was a determination he was entitled to make. [76-77]

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Koh* (1998), 131 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Campbell* (1999), 139 C.C.C. (3d) 258; *R. v. Wilson* (1996), 107 C.C.C. (3d) 86; **referred to:** *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *Hubbert v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 267; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v.*

Dans la présente affaire, on demande à notre Cour de modifier radicalement son approche de l'institution du jury, de son fonctionnement et de la manière dont ses membres devraient être choisis. Prendre connaissance d'office des « faits sociaux » correspondant à la thèse de la « sympathie naturelle » fondée sur la race serait décisif quant à l'issue de l'appel, alors que ces faits ne sont ni notoires ni faciles à vérifier au moyen de sources dont l'exactitude est incontestable, et ne font pas non plus l'objet d'un consensus éclairé. Ce serait repousser trop loin les limites de la connaissance d'office — même interprétée libéralement — que d'admettre les faits en cause à cette fin. [67]

En l'état actuel du droit, le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de ne permettre la récusation de candidats jurés qu'en fonction de la race de l'accusé. Le droit de récusation motivée n'est pas automatique. Le juge du procès doit décider de la vraisemblance de la récusation compte tenu des circonstances particulières de chaque cas. En l'espèce, même si le fait que l'accusé était noir justifiait une récusation pour ce motif, il n'a pas été établi que l'origine indo-pakistanaise du plaignant accentuait le préjugé, de sorte qu'il n'était pas nécessaire que la question posée aux candidats jurés en fasse aussi état. Au vu des faits, la question aurait certes pu être plus large, mais le juge du procès n'a pas commis d'erreur en limitant sa portée. [7] [71-72]

L'équité du procès l'emporte sur les questions de forme. S'il était convaincu que l'apparence d'équité à l'égard de l'accusé intimé exigeait que soit posée intégralement la question de l'arrêt *Parks*, le juge du procès aurait dû le permettre indépendamment de son souvenir de la question, de l'état des sciences sociales ou des limites nuancées de la connaissance d'office. La question se pose toutefois de savoir ce que notre Cour entend par « équité ». Dans la présente affaire, la seule question importante pour la défense était celle de l'identification. Ni la race du plaignant ni son témoignage sur les faits n'ont apporté d'éclaircissements sur ce point. Dans les circonstances, le juge du procès n'a pas cru qu'il serait injuste d'écarter l'élément interracial. Il avait le droit de tirer cette conclusion. [76-77]

Jurisprudence

Distinction d'avec les arrêts : *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Koh* (1998), 131 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Campbell* (1999), 139 C.C.C. (3d) 258; *R. c. Wilson* (1996), 107 C.C.C. (3d) 86; **arrêts mentionnés :** *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *Hubbert c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 267; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Sherratt*, [1991]

Find, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Tolley v. Fry*, [1930] 1 K.B. 467; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67; *R. v. Parnell* (1995), 98 C.C.C. (3d) 83; *Campbell v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 85; *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997); *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Hays v. Weiland* (1918), 43 D.L.R. 137; *Reid v. Telegram Publishing Co.*, [1961] O.R. 418; *Drabinsky v. Maclean-Hunter Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 23; *McInnis v. University Students' Council of University of Western Ontario* (1984), 14 D.L.R. (4th) 126; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(*d*), (*f*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 638, 649.

Authors Cited

Bagby, R. Michael, and Neil A. Rector. "Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context" (1991), 11 *Health L. Can.* 94.

British Columbia. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria: The Inquiry, 1993.

Canada. Multiculturalism and Citizenship. *Eliminating Racial Discrimination in Canada*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1989.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996.

Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol. 3. San Diego: K. C. Davis, 1980.

1 R.C.S. 509; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Tolley c. Fry*, [1930] 1 K.B. 467; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67; *R. c. Parnell* (1995), 98 C.C.C. (3d) 83; *Campbell c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 85; *Clinton c. Jones*, 520 U.S. 681 (1997); *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, 2000 CSC 10; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Hays c. Weiland* (1918), 43 D.L.R. 137; *Reid c. Telegram Publishing Co.*, [1961] O.R. 418; *Drabinsky c. Maclean-Hunter Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 23; *McInnis c. University Students' Council of University of Western Ontario* (1984), 14 D.L.R. (4th) 126; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*d*), *f*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 638, 649.

Doctrine citée

Bagby, R. Michael, and Neil A. Rector. « Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context » (1991), 11 *Health L. Can.* 94.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa : La Commission, 1996.

Canada. Multiculturalisme et Citoyenneté. *L'élimination de la discrimination raciale au Canada*. Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1989.

Colombie-Britannique. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria : The Inquiry, 1993.

Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol. 3. San Diego : K. C. Davis, 1980.

Johnson, Sheri Lynn. "Black Innocence and the White Jury" (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611.
L'Heureux-Dubé, Claire. "Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context" (1994), 26 *Ottawa L. Rev.* 551.
Lewis, Stephen. *Stephen Lewis Report on Race Relations in Ontario*. Toronto: Government of Ontario, 1992.
McCormick, Charles T. "Judicial Notice" (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296.
Morgan, Edmund M. "Judicial Notice" (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
Thayer, James B. "Judicial Notice and the Law of Evidence" (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Laskin and Feldman JJ.A.) (2004), 73 O.R. (3d) 81, 191 O.A.C. 285, 190 C.C.C. (3d) 277, 24 C.R. (6th) 108, [2004] O.J. No. 4449 (QL), setting aside a conviction for robbery and other offences and ordering a new trial. Appeal allowed.

Jennifer Woollcombe and *Deborah L. Krick*, for the appellant.

Christopher Hicks and *Catriona Verner*, for the respondent.

Marie Chen and *Margaret Parsons*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The administration of justice has faced up to the fact that racial prejudice and discrimination are intractable features of our society and must be squarely addressed in the selection of jurors. In furtherance of the guarantee of a "fair" hearing before an "independent and impartial

Johnson, Sheri Lynn. « Black Innocence and the White Jury » (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611.
L'Heureux-Dubé, Claire. « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context » (1994), 26 *R.D. Ottawa* 551.
Lewis, Stephen. *Rapport de Stephen Lewis sur les relations interraciales en Ontario*. Toronto : Gouvernement de l'Ontario, 1992.
McCormick, Charles T. « Judicial Notice » (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296.
Morgan, Edmund M. « Judicial Notice » (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269.
Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax : The Commission, 1989.
Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 1999.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
Thayer, James B. « Judicial Notice and the Law of Evidence » (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Laskin et Feldman) (2004), 73 O.R. (3d) 81, 191 O.A.C. 285, 190 C.C.C. (3d) 277, 24 C.R. (6th) 108, [2004] O.J. No. 4449 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour vol qualifié et autres infractions et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

Jennifer Woollcombe et *Deborah L. Krick*, pour l'appelante.

Christopher Hicks et *Catriona Verner*, pour l'intimé.

Marie Chen et *Margaret Parsons*, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — L'administration de la justice a dû se rendre à l'évidence : préjugés raciaux et discrimination sont tenaces dans notre société et il faut s'y attaquer directement lors de la sélection des jurés. Ces dernières années, afin d'assurer un procès « équitable » devant un « tribunal 1

tribunal" provided by s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and despite a presumption of juror impartiality, the courts have in recent years expanded the use of the challenge for cause. Under this procedure, a potential jury member may be asked as a preliminary matter whether, taking into account the race of the accused, that individual, if sworn as a juror, would be "indifferent between the Queen and the accused" (*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 638). This has led to broad acceptance of the *Parks* question:

> Would your ability to judge the evidence in the case without bias, prejudice or partiality be affected by the fact that the person charged is . . . black . . . and the deceased is a white man?
>
> (Approved in *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.), at p. 359, *per* Doherty J.A.)

In this case, both the complainant and the person accused of robbing him were members of visible minorities, the accused being black and the complainant being East Indian. The courts acknowledge that East Indians along with other visible minorities have been subject to widespread racial prejudice in Canada. The trial judge permitted the defence to challenge for cause on the basis of potential bias against a black accused, but refused to extend the challenge to include the race of the complainant, as he regarded the "interracial" element on the facts of this case to be irrelevant. The defence says it ought to have been allowed to ask:

> Would your ability to judge the evidence in this case without bias, prejudice or partiality be affected by the fact that the accused person is a black man charged with robbing an East Indian person? [Emphasis added.]

2 The question before us is whether on the facts of this case the trial judge's refusal to permit the "interracial" element of the *Parks* question deprived the respondent of his right to an impartial jury and therefore to a fair trial. This, in turn, requires us to consider *why* the interracial nature of a crime may be relevant to juror partiality. How does racial

indépendant et impartial » conformément à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et malgré la présomption d'impartialité des jurés, les tribunaux ont élargi la notion de récusation motivée. Désormais, on peut demander au candidat juré si, une fois assermenté comme juré, en raison de la race de l'accusé, il pourrait ne pas être « impartial entre la Reine et l'accusé » (*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 638). D'où l'acceptation générale de la question formulée dans l'arrêt *Parks* :

> [TRADUCTION] Le fait que l'accusé est un Noir [. . .] et le défunt un Blanc vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?
>
> (Question approuvée dans *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (C.A. Ont.), p. 359, le juge Doherty.)

En l'espèce, tant le plaignant — un Indo-Pakistanais — que la personne accusée de l'avoir volé — un Noir — sont membres de minorités visibles. Les tribunaux reconnaissent qu'au Canada, les personnes d'origine indo-pakistanaise ainsi que les membres d'autres minorités visibles font l'objet de préjugés raciaux largement répandus. Le juge du procès a permis à la défense de récuser des candidats jurés pour cause de préjugé racial possible contre l'accusé, mais a refusé que la question posée aux candidats jurés fasse également état de la race du plaignant. Vu les faits de l'affaire, il a estimé que l'aspect « interracial » n'était pas pertinent. La défense prétend qu'il aurait dû l'autoriser à poser la question suivante :

> [TRADUCTION] Le fait que l'accusé est un Noir et qu'il aurait commis un vol qualifié contre un Indo-Pakistanais vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité? [Je souligne.]

Notre Cour doit décider si, compte tenu des faits de l'espèce, le refus du juge du procès de permettre que la question fasse état de l'élément « interracial » comme dans l'affaire *Parks* a privé l'intimé de son droit à un jury impartial et, par conséquent, à un procès équitable. Il lui faut donc se demander *pourquoi* le caractère interracial d'un acte criminel

prejudice *against* East Indians, for which an accused East Indian may be entitled to challenge potential jurors for cause, aggravate or compound potential racial prejudice *against* a black accused? What, if any, is the link?

peut être pertinent en ce qui a trait à la partialité des jurés. En quoi un préjugé racial *contre* les Indo-Pakistanais — qui pourrait justifier la récusation d'un candidat juré par un accusé indo-pakistanais — accentue-t-il un éventuel préjugé racial *contre* un accusé noir? Quel lien peut-être établi, le cas échéant?

The studies relied upon by the court in *Parks* and the cases that followed suggested that bias against a black accused may be aggravated where the accused is said to have "crossed the colour line" against a victim who belongs to the white majority. That is not the case here. The defence says that while the fact that the complainant is East Indian may not aggravate racial bias against a black accused (indeed on the view denounced in *Parks* it might make the complainant a less sympathetic figure, or less worthy of belief), the "interracial" nature of the crime is still relevant because we live in an era of multiracial juries. Potential members of the jury who are East Indian, he says, may feel a "natural sympathy" or empathy for a victim of the same race. The "interracial question", he says, is "just a natural progression of concern for a fair trial where there are people of different races in a courtroom" (transcript, at p. 19). Race-based sympathy for the victim compounds the prejudice against the accused, he contends.

3 Selon les études invoquées par la cour dans *Parks* et dans d'autres affaires ultérieures, le préjugé contre un accusé noir peut s'accroître du fait que ce dernier a « franchi la barrière des races » en s'en prenant à un membre de la majorité blanche, ce qui ne correspond pas aux faits de la présente espèce. La défense soutient que même si la race du plaignant peut ne pas accentuer le préjugé racial contre un accusé noir (suivant le point de vue dénoncé dans l'arrêt *Parks*, elle pourrait rendre le plaignant moins sympathique ou moins digne de foi), le caractère « interracial » du crime demeure pertinent car, de nos jours, les jurys sont formés de personnes aux origines multiples. Elle avance qu'un candidat juré d'origine indo-pakistanaise pourrait éprouver une « sympathie naturelle » ou de l'empathie envers une victime de la même race. Elle ajoute que tenir compte du facteur « interracial » [TRADUCTION] « n'est que le prolongement naturel des mesures prises pour garantir un procès équitable lorsque des personnes de races différentes sont réunies dans une salle d'audience » (transcription, p. 19). La sympathie envers la victime de même race accentuerait le préjugé contre l'accusé.

The debate thus gravitates to the issue of potential juror partiality *in favour of* certain complainants by certain jurors based on their shared racial background. The defence theory has nothing at bottom to do with visible minorities. It is a general theory of race partiality applicable to jurors of all races and, it seems, to all multiracial trials. Neither the defence nor the Crown adduced any evidentiary basis for or against this proposition. We are asked to accept the theory based entirely on the prior case law and the application of judicial notice.

4 Le débat porte donc sur la partialité dont un candidat juré pourrait faire preuve *en faveur d'*un plaignant de sa race. La thèse de la défense — la partialité raciale — n'a en définitive rien à voir avec les minorités visibles; elle s'applique généralement aux jurés de toutes les races et, semble-t-il, à tous les procès multiraciaux. Ni la défense ni le ministère public n'ont produit d'éléments de preuve pour l'étayer ou la réfuter. On nous demande de l'accepter uniquement sur la base de la jurisprudence et du principe de la connaissance d'office.

The courts have acknowledged that racial prejudice against visible minorities is so notorious and indisputable that its existence will be admitted

5 Les tribunaux ont reconnu que le préjugé racial contre les minorités visibles est si notoire et incontestable que son existence sera admise sans preuve

without any need of evidence. Judges have simply taken "judicial notice" of racial prejudice as a social fact not capable of reasonable dispute: *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128. It is not at all apparent, however, that as defence counsel put it in oral argument, "a potential juror, seeing a victim of his or her own race, there might be that sympathy, natural sympathy, or tendency to favour someone of your own race, [whether] minorities or majorities" (transcript, at p. 6). Such a proposition, it seems to me, takes us beyond the legitimate sphere of judicial notice. There "might" be the "natural sympathy" suggested by the defence, but there might not be. Moreover, if such a "positive" partiality exists, will it not be neutralized by the solemn procedures of the trial and strict instructions from the trial judge? That is the question.

6 The ramifications of the defence position are many. If race-based "positive sympathy" exists as a serious factor in the case of a complainant, can jurors deal impartially with individuals of the same (or different) race who appear in court as police officers, expert witnesses or others in the course of the trial? McLachlin J. (as she then was) said in *Williams* that "[a] prejudiced juror might be inclined to favour non-aboriginal Crown witnesses against the aboriginal accused" (para. 29). Feldman J.A., speaking for the majority in the court below, expressly flagged this as a possible basis for a challenge for cause:

> It may be that in the appropriate case, where it is the race of the witnesses that may affect a juror's approach to the trial, a challenge based on that issue could be considered. [Emphasis added.]
>
> ((2004), 73 O.R. (3d) 81, at para. 25)

The eventual logic of the defence argument, it seems, is that courts should take judicial notice of a "realistic possibility" of racial partiality in every case where the jurors, accused, complainant and witnesses are not all of the same race. Might this race-centred view of the jury system be pushed into other areas of discrimination? Do Catholics

à l'appui. Ils en ont tout simplement pris « connaissance d'office » comme d'un fait social qui ne peut raisonnablement être contesté : *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128. Toutefois, il n'est pas du tout évident, malgré ce qu'a prétendu l'avocat de la défense en plaidoirie, [TRADUCTION] « qu'un juré pourrait éprouver cette sympathie, naturelle, envers une victime de sa race, ou aura tendance à favoriser une personne appartenant au même groupe racial, minoritaire ou majoritaire » (transcription, p. 6). Cette affirmation me paraît échapper au domaine légitime de la connaissance d'office. La « sympathie naturelle » alléguée par la défense « pourrait » exister comme ne pas exister. De plus, la solennité de la procédure et les directives strictes du juge du procès n'auront-elles pas pour effet de faire échec à cette partialité « positive » éventuelle, si elle existe? C'est ce qu'il faut se demander.

Les conséquences de la thèse avancée par la défense sont multiples. Si la « sympathie positive » fondée sur la race constitue un élément important dans le cas d'un plaignant, les jurés peuvent-ils être impartiaux à l'égard des personnes de même race (ou de race différente) qui témoignent au procès à titre, par exemple, de policiers ou d'experts? Dans l'arrêt *Williams*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a dit qu'« [u]n juré qui a des préjugés pourrait être enclin à favoriser les témoins à charge qui ne sont pas des autochtones, au détriment de l'accusé autochtone » (par. 29). La juge Feldman, auteure des motifs majoritaires de la Cour d'appel, a dit expressément qu'il s'agissait d'un motif éventuel de récusation :

> [TRADUCTION] Il est possible, dans un cas approprié où c'est la race des témoins qui peut influencer l'attitude d'un juré au procès, qu'on puisse envisager une récusation pour ce motif. [Je souligne.]
>
> ((2004), 73 O.R. (3d) 81, par. 25)

Suivant l'argumentation de la défense, semble-t-il, les tribunaux devraient prendre connaissance d'office d'une « possibilité réaliste » de partialité raciale dans chaque cas où les jurés, l'accusé, le plaignant et les témoins ne sont pas tous de la même race. Cette conception du jury axée sur la race pourrait-elle s'appliquer à d'autres motifs de

or Hindus more readily believe witnesses who are disclosed to be of the same faith? Do male jurors "empathize" more with male complainants than with female complainants? Does this empathy translate into real (or reasonably perceived) bias? Is race a more powerful motivator than these other sources of potential bias? Our traditional belief was that the diversity of 12 jurors would iron out and diffuse such individual variations.

In my view, with respect, the majority judgment of the Ontario Court of Appeal in this case pushed judicial notice beyond its proper limits. The respondent's argument proceeded on the basis of questions to which neither evidence, nor judicial notice properly taken, supplied answers. The prior case law, read in context, does not support the need for a broad entitlement in every case to challenges for cause based on racial *sympathy* as distinguished from potential racial *hostility*. The interracial nature of a crime may be a factor (as with the white victims in *Parks* and *Williams*), but it is not necessarily so. On the existing state of the law, it was within the trial judge's discretion to limit the challenge of potential jurors to the race of the accused. A broader inquiry (such as was sought by the defence) would certainly have been permissible on the facts, but it was not an error of law for the trial judge to draw the line where he did.

I would therefore allow the appeal, set aside the new trial ordered by the Court of Appeal and restore the conviction. The appeal against sentence found favour with Laskin J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal, but was not commented on by the majority and was not pursued in this Court. The sentence appeal should therefore be returned to the Court of Appeal for disposition.

I. Facts

On June 28, 2000 at 1:06 a.m., an order was placed for a pizza and chicken wings for delivery to

discrimination? Un catholique ou un hindou croit-il plus volontiers un témoin qu'il sait être de même confession? Un juré de sexe masculin a-t-il davantage d'« empathie » pour un plaignant que pour une plaignante? Cette empathie se traduit-elle par une partialité réelle (ou une crainte raisonnable de partialité)? La race est-elle un motif de partialité plus important que ces autres caractéristiques? Traditionnellement, nous avons cru que la diversité des origines des 12 jurés aplanirait ces différences individuelles.

7 Avec déférence, j'estime que les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario ont, en l'espèce, repoussé indûment les limites de la connaissance d'office. L'argumentation de l'intimé reposait sur des questions auxquelles ni la preuve ni l'application correcte du principe de la connaissance d'office n'ont permis de répondre. La nécessité de reconnaître dans chaque cas le droit général de récuser un candidat juré pour *sympathie* raciale, par opposition à une *hostilité* raciale éventuelle, n'a pas d'assise dans la jurisprudence considérée dans son contexte. Le caractère interracial d'un crime peut constituer un élément pertinent (comme pour les victimes blanches dans les affaires *Parks* et *Williams*), mais pas forcément. En l'état actuel du droit, le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de ne permettre la récusation de candidats jurés qu'en fonction de la race de l'accusé. Compte tenu des faits, la question aurait certes pu être plus large (comme le souhaitait la défense), mais le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en limitant sa portée.

8 Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le nouveau procès ordonné par la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité. L'appel interjeté relativement à la peine a été accueilli par le juge Laskin, dissident, mais il a été passé sous silence par les juges majoritaires et n'a pas été plaidé devant notre Cour. Il devrait donc être renvoyé à la Cour d'appel pour qu'elle tranche.

I. Faits

9 Le 28 juin 2000, à 1 h 6 du matin, une personne a demandé la livraison d'une pizza et d'ailes de poulet

a Toronto apartment. Mr. Qaisar Saleem, the deliveryman, is of East Indian origin. He arrived at the building between 1:35 and 1:45 a.m., took the elevator, and began walking towards the apartment at the end of the hallway beside the stairwell. A first assailant emerged from the stairwell apparently holding a pistol. He was described as a black man and with a cloth over his face. The complainant could only see his eyes and could not identify him or any of the other assailants. A second masked man then emerged from the stairwell, also apparently armed. Three more masked men then emerged, but without weapons. The last three assailants grabbed the complainant's arms, seized the pizza and took Mr. Saleem's money and receipts from his pockets. Two of them took Mr. Saleem into the stairwell where they bound his hands and stuffed a cloth in his mouth. They removed Mr. Saleem's wallet and some change from his pockets. As they left, they loosened the bonds that tied him.

10 The police found chicken bones and five Pizza Pizza receipts in the stairwell at about 4:00 a.m. that morning. Three fingerprints belonging to the respondent were found on the receipt for the delivery to the building. A fourth print belonged to another man who was charged as a young offender. The respondent turned himself in to the police on August 7, 2000 in response to an outstanding warrant for his arrest. His father lived in the apartment building where the robbery occurred.

11 Although the phone call ordering the food was traced to a cellular phone owned by a man not connected to the case, there had been a brief call a few minutes earlier to the same pizza store from a cellular phone which the police said could be circumstantially linked to the respondent. That same cellular phone was used in connection with another robbery that took place on July 5, for which the respondent was later charged but tried separately.

The Challenge for Cause

12 The respondent was initially arraigned on March 18, 2002 on two counts of robbery of pizza

à un appartement de Toronto. Le livreur, M. Qaisar Saleem, un Indo-Pakistanais, est arrivé sur les lieux entre 1 h 35 et 1 h 45. Après avoir pris l'ascenseur, il s'est dirigé vers l'appartement situé au bout du couloir, près de la cage d'escalier. Un premier agresseur apparemment armé d'un pistolet a surgi de celle-ci. Suivant la description donnée par la victime, il s'agissait d'un homme de race noire dont le visage était dissimulé par un bout de tissu. Le plaignant n'a pu identifier cet homme, dont il n'a vu que les yeux, ni ses autres agresseurs. Un deuxième homme masqué, apparemment armé lui aussi, est ensuite sorti de la cage d'escalier, suivi de trois autres non armés. Les trois derniers agresseurs ont empoigné la victime par les bras, lui ont arraché la pizza et ont pris l'argent et les reçus trouvés dans ses poches. Deux de ces hommes ont emmené M. Saleem dans la cage d'escalier où ils lui ont ligoté les mains et l'ont bâillonné. Ils ont pris son portefeuille ainsi que la monnaie qu'il avait dans ses poches. Avant de s'enfuir, ils ont desserré ses liens.

Vers 4 heures ce matin-là, les policiers ont trouvé des os de poulet et cinq reçus de Pizza Pizza dans la cage d'escalier. Trois empreintes digitales de l'intimé ont été trouvées sur le reçu de livraison correspondant à l'adresse. Une quatrième empreinte a été relevée, celle d'un autre homme qui a fait l'objet d'accusations sous le régime applicable aux jeunes contrevenants. L'intimé s'est livré à la police le 7 août 2000 après qu'un mandat d'arrestation eut été décerné contre lui. Son père habitait l'immeuble résidentiel où avait été commis le vol qualifié.

Même si la commande avait été passée à l'aide du téléphone portable d'un homme non mêlé à l'affaire, la pizzeria avait reçu, quelques minutes plus tôt, un bref appel téléphonique fait à partir d'un téléphone portable qui, selon les policiers, pouvait être relié circonstantiellement à l'intimé. Ce même téléphone portable a servi le 5 juillet lors d'un autre vol qualifié dont l'intimé a par la suite été accusé et pour lequel il a fait l'objet d'un procès séparé.

La récusation motivée

Le 18 mars 2002, l'intimé a d'abord été accusé de vols qualifiés contre des livreurs de pizzas, l'un

deliverymen: the July 5, 2000 robbery (where the victim was white) and the June 28, 2000 robbery (where the victim was East Indian). The respondent did not deny that the robberies had occurred. The only issue was whether he could properly be identified as the perpetrator.

Before successfully applying for a severance of the two charges, the respondent sought to challenge potential jurors for cause, based on the fact that he is black and the victims were white and East Indian respectively. The trial judge allowed a question based on the fact that the accused is black, but would not allow the additional enquiry addressing the race of the victim(s) or the resulting interracial nature of the crimes. (At the time of the challenge, of course, the potential jurors would not know the race of the accused, the complainant or the witnesses unless they were told.)

The trial judge mistakenly remembered the *Parks* question as relating only to the colour of the accused, not the colour of the complainant. However, he made it clear that in the exercise of his discretion he was limiting the challenge in this case to the race of the accused regardless of what the Ontario Court of Appeal had said in *Parks*:

MR. GIOURGAS: Your Honour, just for clarification sake. Are you suggesting that I look at *Parks* and if, in fact, it does say "white" then I can re-address the issue with Your Honour, or —

THE COURT: I think you should look at it first. I don't recall anything about the word "white" being in the *Parks* question at all. And if it is, I am not going to permit it. It's whether or not the prospective juror can try the accused without bias or prejudice by reason of the fact that his skin colour happens to be black, period.

MR. GIOURGAS: Yes, Your Honour.

(Appellant's Record, at pp. 71-72 (emphasis added))

The Crown says that the defence should have renewed its application after the trial severance, but it seems clear that the trial judge had reached a

commis le 5 juillet 2000 (où la victime était blanche), et l'autre le 28 juin 2000 (où la victime était indo-pakistanaise). L'intimé n'a pas nié les vols qualifiés. La seule question soulevée a été celle de savoir s'il pouvait être dûment identifié comme l'auteur de ces actes.

13 Avant d'obtenir la séparation des deux chefs d'accusation, l'intimé a demandé que la question posée en vue de la récusation motivée de candidats jurés précise qu'il était noir et que la victime était blanche dans un cas et indo-pakistanaise dans l'autre. Le juge du procès a permis que la question mentionne la race de l'accusé, mais non celle(s) de la (des) victime(s), refusant en outre qu'elle fasse état du caractère interracial des crimes. (Évidemment, les candidats jurés ne pouvaient connaître alors la race de l'accusé, du plaignant ou des témoins à moins qu'on ne la leur révèle.)

14 Selon le souvenir inexact du juge du procès, la question posée dans l'affaire *Parks* renvoyait uniquement à la race de l'accusé et non à celle du plaignant. Le juge a cependant clairement indiqué que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il ne retenait que la race de l'accusé comme motif de récusation, indépendamment de ce qu'avait dit la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Parks* :

[TRADUCTION] M. GIOURGAS : Votre Seigneurie, juste pour clarifier les choses. M'avez-vous dit d'examiner l'arrêt *Parks* et que si le mot « Blanc » était employé dans la question, je pourrais aborder le sujet de nouveau, ou —

LA COUR : Je pense que vous devriez vérifier d'abord. Je ne me souviens pas que le mot « Blanc » y figure. Et même s'il s'y trouve, je n'autoriserai pas une question en faisant mention. Il s'agit de déterminer si le candidat juré peut juger l'accusé sans parti pris ou préjugé lié au fait que ce dernier est noir, un point c'est tout.

M. GIOURGAS : Oui, votre Seigneurie.

(Dossier de l'appelant, p. 71-72 (je souligne))

Le ministère public prétend que la défense aurait dû renouveler sa demande après que la tenue de procès distincts eut été ordonnée. Or, il paraît

firm conclusion, and there is no reason to think he would have allowed the interracial question in the case of an East Indian victim alone when he had refused it in the case of white and East Indian victims jointly. The question that was put to the potential jury members was therefore as follows:

> Would your ability to judge the evidence in this case without bias, prejudice or partiality be affected by the fact that the accused person is a black man?
>
> (Appellant's Record, at p. 100)

15 The trial judge warned potential jurors: "In this trial, you will see a process occur whereby it is hoped and expected that anyone who may harbour any bias or prejudice simply by reason of the skin colour of Mr. Spence will not be able to serve here as jurors. That is called what we, in our language, describe as a challenge for cause" (Appellant's Record, at p. 93). He continued: "The question is designed to eliminate anyone who under oath by the answer to the question put is not a person who is capable of deciding the — listening to the evidence and deciding a verdict without bias or prejudice by reason of the fact that the colour of Mr. Spence's skin happens to be black" (Appellant's Record, at pp. 95-96). The jury, duly sworn, returned a verdict of guilty.

II. Court of Appeal for Ontario

A. *Feldman and Weiler JJ.A. for the Majority*

16 Feldman J.A. ruled that where an accused who is entitled to challenge the jury for cause wishes to include the interracial nature of the crime in the question for potential jurors, the accused is entitled to have the question posed in that way. The Crown submitted that the race of the victim was irrelevant to the crime, and the attack was targeted simply on whoever happened to deliver the pizza, but Feldman J.A. noted that *Parks* did not require that the crime be racially motivated. The Crown also submitted that the case did not turn "to any degree" on the credibility of the complainant, but Feldman J.A. pointed out that a challenge for cause is not premised on anything as specific as

évident que la décision du juge était arrêtée sur ce point, et rien ne permet de croire qu'il aurait permis la mention du caractère interracial dans le seul cas de la victime indo-pakistanaise, alors qu'il l'avait refusée dans le cas des deux victimes, l'une blanche et l'autre indo-pakistanaise. La question posée aux candidats jurés a donc été la suivante :

> [TRADUCTION] Le fait que l'accusé est un Noir vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?
>
> (Dossier de l'appelant, p. 100)

Le juge du procès a fait la mise en garde suivante aux candidats jurés : [TRADUCTION] « Dans le cadre du présent procès, vous assisterez à une procédure à l'issue de laquelle devrait être écartée du jury toute personne ayant un parti pris ou un préjugé à l'endroit de M. Spence parce qu'il est noir. C'est ce que nous appelons dans notre jargon la récusation motivée » (dossier de l'appelant, p. 93). Il a ajouté : [TRADUCTION] « La question est conçue de manière à écarter les personnes qui, en y répondant sous serment, se disent incapables de rendre — d'entendre la preuve et de rendre un verdict sans parti pris ou sans préjugé lié au fait que M. Spence est noir » (dossier de l'appelant, p. 95-96). Dûment assermenté, le jury a rendu un verdict de culpabilité.

II. Cour d'appel de l'Ontario

A. *Les juges Feldman et Weiler, majoritaires*

La juge Feldman a statué que l'accusé qui a le droit de se prévaloir de la procédure de récusation motivée peut, s'il le souhaite, mentionner le caractère interracial du crime dans la question posée aux candidats jurés. Le ministère public a soutenu que la race de la victime n'avait rien à voir avec le crime et que la seule intention des agresseurs était de s'en prendre au livreur, quel qu'il soit, mais la juge Feldman a fait observer que l'arrêt *Parks* n'exigeait pas que le crime revête un caractère raciste. Le ministère public a ajouté que la crédibilité du plaignant n'était [TRADUCTION] « nullement » en cause en l'espèce, mais la juge Feldman a signalé que le droit à la récusation motivée ne dépendait pas d'une

whether the victim or the accused will even testify (para. 25).

Feldman J.A. rejected the further argument that where there are two racial minorities involved, there is no imbalance and no need to raise the interracial nature of the crime as a basis for potential partiality. She cited Doherty J.A. in *Parks* that "there is a realistic possibility that jurors' verdicts are affected by the race of the accused where that accused is of a different race than the juror. This possibility is greater in crimes involving interracial violence where the victim is of the same race as the juror" (para. 28). In Feldman J.A.'s view, it is not only an association of the white majority with the Crown that may result in partiality, but any racist or stereotypical views about the accused or the victim that may influence a potential juror's approach to the assessment of the evidence or to the outcome of the trial, together with an inability by that potential juror to put those views to the side (para. 29). Where the accused is a member of a visible minority, there is no longer a need for counsel to file an evidentiary record to support a finding that racism exists against that visible minority in order to support a challenge for cause: *R. v. Koh* (1998), 131 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.). The majority allowed the appeal, set aside the conviction, and ordered a new trial.

B. *Laskin J.A. (Dissenting)*

Laskin J.A. stated that although the interracial question requested by defence counsel was certainly not objectionable, and may even have been desirable, the trial judge did not improperly exercise his discretion in refusing to allow it. In his view, the question permitted by the trial judge adequately protected Mr. Spence's right to an impartial jury and, therefore, to a fair trial (para. 48). The context in which the courts in *Williams*, *Parks* and *R. v. Campbell* (1999), 139 C.C.C. (3d) 258 (Ont. C.A.), approved the "interracial" question differed profoundly from the context of this appeal. In cases where the accused is a member of a minority community and the victim is white, one can readily understand how the interracial nature of the crime may increase the potential for juror

question aussi précise que celle de savoir si même la victime ou l'accusé témoignera (par. 25).

17 La juge Feldman a rejeté l'autre argument suivant lequel lorsque deux minorités raciales sont en cause, il n'y a aucun déséquilibre et il n'est pas nécessaire de soulever le caractère interracial du crime comme motif éventuel de partialité. Elle a cité l'arrêt *Parks* où le juge Doherty a dit : [TRADUCTION] « il y a une possibilité réaliste que le verdict d'un juré soit influencé par la race de l'accusé lorsque celle-ci est différente de la sienne. Cette possibilité s'accroît dans le cas d'un crime violent interracial où la victime est de la même race que le juré » (par. 28). Pour la juge Feldman, ce n'est pas seulement l'identification du ministère public à la majorité blanche qui peut entraîner la partialité, mais toute opinion raciste ou stéréotypée sur l'accusé ou la victime susceptible d'influencer un candidat juré dans l'évaluation de la preuve ou le règlement du procès, ainsi que l'incapacité d'en faire abstraction (par. 29). Lorsque l'accusé fait partie d'une minorité visible, son avocat n'a plus à prouver le racisme dont celle-ci est victime pour justifier la récusation motivée : *R. c. Koh* (1998), 131 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.). Les juges majoritaires ont accueilli l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

B. *Le juge Laskin, dissident*

18 Le juge Laskin a dit que même si la question proposée par l'avocat de la défense faisant état du caractère interracial du crime n'était certainement pas déplacée et était peut-être même indiquée, le juge du procès n'avait pas mal exercé son pouvoir discrétionnaire en l'écartant. À son avis, la question autorisée protégeait adéquatement le droit de M. Spence à un jury impartial et, par conséquent, à un procès équitable (par. 48). Dans les arrêts *Williams*, *Parks* et *R. c. Campbell* (1999), 139 C.C.C. (3d) 258 (C.A. Ont.), le contexte dans lequel les tribunaux ont jugé que l'élément « interracial » pouvait être mentionné différait radicalement de celui du présent appel. Lorsque l'accusé est membre d'une minorité visible et que la victime est de race blanche, on comprend aisément que le caractère

partiality and why, therefore, a question that includes the race of the victim is essential to ensure a fair trial (paras. 57-59).

19 Laskin J.A. did not agree however that the fact that the victim in this case is East Indian created a realistic possibility of juror partiality. Potential jurors are presumed to be indifferent or impartial; that presumption must be displaced before they can be dismissed for cause. In *Williams* and *Parks*, the court took judicial notice of certain facts on the basis of numerous studies and other social science evidence demonstrating racial prejudice. Here, however, Laskin J.A. did not believe the court was justified in taking judicial notice that where the victim is East Indian and the accused is black, the interracial nature of the crime, separately from the accused's race, increases the potential for juror partiality (paras. 60-65).

20 With respect to the sentence appeal, the trial judge all but ignored the accused's prospects for rehabilitation in sentencing him to four years of incarceration. After crediting him with one year for his pre-trial custody, Laskin J.A. would have reduced his sentence for the robbery to two and one-half years (paras. 80-85).

III. Analysis

21 Our criminal law is premised on the ability of 12 jurors to do their job with "indifference" as between the Crown and the accused. We do not start with the idea that it is up to the potential juror to demonstrate his or her impartiality. Our procedures in this respect differ from the American approach. In this country, people called for jury duty benefit from a presumption that they will do their duty without bias or partiality: *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *Hubbert v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 267; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

22 Our collective experience is that when men and women are given a role in determining the outcome of a criminal prosecution, they take the

interracial du crime puisse accroître le risque de partialité chez les jurés et, par conséquent, que la question doive mentionner la race de la victime pour assurer l'équité du procès (par. 57-59).

Le juge Laskin n'a toutefois pas convenu que l'origine indo-pakistanaise de la victime créait en l'espèce une possibilité réaliste de partialité de la part des jurés. Un candidat juré est présumé impartial et objectif et ne peut être récusé que si cette présomption est réfutée. Dans les affaires *Williams* et *Parks*, le tribunal avait pris connaissance d'office de certains faits en s'appuyant sur de nombreuses études et autres preuves relevant des sciences sociales établissant l'existence d'un préjugé racial. En l'espèce, toutefois, le juge Laskin a estimé que le tribunal n'était pas justifié de prendre connaissance d'office du fait que, lorsque la victime est un Indo-Pakistanais et l'accusé un Noir, le caractère interracial du crime, indépendamment de la race de l'accusé, augmente le risque de partialité des jurés (par. 60-65).

En ce qui concerne la peine, le juge du procès n'avait pas considéré les chances de réinsertion de l'accusé lorsqu'il l'avait condamné à quatre ans d'emprisonnement. Après déduction d'un an pour la détention avant procès, le juge Laskin aurait ramené à deux ans et demi la peine d'emprisonnement infligée pour le vol qualifié (par. 80-85).

III. Analyse

Notre droit criminel tient pour acquis que 12 jurés peuvent s'acquitter de leur tâche en faisant preuve d'« impartialité » entre la Couronne et l'accusé. Nous ne partons pas du principe qu'il appartient au candidat juré de démontrer son impartialité. La procédure canadienne diffère à cet égard de l'américaine. Au Canada, la personne appelée à remplir la fonction de juré est présumée apte à s'en acquitter sans parti pris ni partialité : *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *Hubbert c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 267; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

L'expérience révèle que les hommes et les femmes appelés à décider de l'issue d'une poursuite criminelle prennent leur responsabilité au sérieux.

responsibility seriously; they are impressed by the jurors' oath and the solemnity of the proceedings; they feel a responsibility to each other and to the court to do the best job they can; and they listen to the judge's instructions because they want to decide the case properly on the facts and the law. Over the years, people accused of serious crimes have generally chosen trial by jury in the expectation of a fair result. This confidence in the jury system on the part of those with the most at risk speaks to its strength. The confidence is reflected in the *Charter* guarantee of a trial by jury for crimes (other than military offences) that carry a penalty of five years or more (s. 11(*f*)).

Ils sont impressionnés par le serment qu'ils prêtent et la solennité de la procédure. Ils se sentent tenus tant à l'égard de leurs pairs que du tribunal de s'acquitter de leur tâche au mieux. Ils suivent les directives du juge, car ils sont désireux de rendre la bonne décision au vu des faits et du droit. De tous temps, les personnes accusées de crimes graves ont généralement opté pour un procès avec jury dans l'attente d'une décision équitable. Cette confiance qu'inspire l'institution du jury à ceux qui ont le plus à perdre dénote sa solidité. Elle se reflète dans le droit constitutionnel à un procès avec jury lorsque le crime (autre qu'une infraction relevant de la justice militaire) rend l'accusé passible d'un emprisonnement de cinq ans ou plus (al. 11*f*) de la *Charte*).

The presumption of impartiality may be rebutted by satisfying the trial judge that "on a ground sufficiently articulated in the application" there is in the case of some potential jurors a "realistic potential for . . . partiality" (*R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, at p. 536). In *Sherratt*, the articulated ground was pre-trial publicity. The Court stated the rule thus:

23 Il est possible de réfuter la présomption d'impartialité en convainquant le juge du procès que, « pour un motif suffisamment exposé dans la requête », il existe une « possibilité réaliste de partialité » dans le cas de certains candidats jurés (*R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, p. 536). Dans cet arrêt, ce motif était la publicité antérieure au procès. Notre Cour a formulé ainsi la règle applicable :

The threshold question is not whether the ground of alleged partiality will create such partiality in a juror, but rather whether it could create that partiality which would prevent a juror from being indifferent as to the result. In the end, there must exist a realistic potential for the existence of partiality, on a ground sufficiently articulated in the application, before the challenger should be allowed to proceed. [Emphasis added; p. 536.]

La question préliminaire n'est pas de savoir si le motif de partialité invoqué engendrera cette partialité chez un juré, mais bien de savoir s'il pourrait engendrer une partialité qui empêcherait un juré d'être impartial quant au résultat. En définitive, il doit exister une possibilité réaliste de partialité pour un motif suffisamment exposé dans la requête, à défaut de quoi on ne devrait pas permettre à l'auteur de la récusation d'aller de l'avant. [Je souligne; p. 536.]

In determining how and in what circumstances that presumption is displaced, and how far challenges for cause may be pushed, a good deal of discretion is necessarily reposed in the trial judge (*Williams*, at para. 55; *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at para. 45). Moreover, the trial judge is given a good deal of latitude in supervising the challenge process so as not unnecessarily to invade the privacy of the potential jurors, or unnecessarily to prolong the trial. This does not mean a trial judge can act on idiosyncratic personal views, or take into account irrelevant factors (*R. v. Wilson* (1996), 107 C.C.C. (3d) 86 (Ont. C.A.)), or ignore relevant factors, but it does mean that allowing a

24 Le juge du procès dispose nécessairement d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer de quelle manière et dans quelles circonstances la présomption est réfutée et jusqu'où peut aller la récusation motivée (*Williams*, par. 55; *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 45). De plus, il jouit d'une grande latitude dans la surveillance de la procédure de récusation afin d'éviter les atteintes inutiles à la vie privée des candidats jurés ou la prolongation injustifiée du procès. Cela signifie non pas qu'il peut tenir compte d'opinions bien personnelles ou d'éléments non pertinents (*R. c. Wilson* (1996), 107 C.C.C. (3d) 86 (C.A. Ont.)), ou encore, écarter des éléments pertinents, mais bien qu'il

challenge for cause to proceed is not "automatic" even in matters touching on race (*Williams*, at para. 41).

25 Part of the legitimacy of the jury as an institution lies, as stated, in the diversity of the background, attitudes and life experiences of its members. An accused may more readily identify with this group of people who represent a cross-section of the community, and be more accepting of its verdict, than would be the case with a judge alone. At the same time, the courts recognize that racist prejudices are "corrosive" of the required indifference, and a juror's inability to put aside such attitudes is not an acceptable element of the permitted diversity (*Williams*, at para. 22). The challenge for cause procedure is about the only tool available to an accused to root out and expose such racism where there is a "realistic potential" of its existence. The benefits of its exercise, where warranted, are at least threefold. The procedure eliminates from the panel potential jurors who cannot, in good conscience and under oath, give a negative answer to the question. It also brings home to the other jurors the potentially insidious effect of racial stereotyping, and thirdly it provides the accused (and members of visible minorities generally) palpable assurance that the law takes seriously the overriding objective of empanelling an impartial jury (*Parks*, at pp. 379-80, and *Koh*, at para. 43).

26 *Find* teaches that establishing a realistic potential for juror partiality generally requires satisfying the court on two matters: (1) that a widespread bias exists in the community; and (2) that some jurors may be incapable of setting aside this bias, despite trial safeguards, to render an impartial decision. In *Find* itself, an accused charged with sexual abuse of children sought to challenge potential jurors for cause on the basis that some people may not be able to remain impartial in the face of natural revulsion for the nature of the offences and empathy for the victims (paras. 53, 57 and 59). This argument, which has some resemblance to the "natural sympathy" argument mounted here, was rejected (para. 57).

ne permettra « automatique[ment] » la récusation motivée même dans une affaire touchant à la race (*Williams*, par. 41).

Rappelons que la légitimité du jury en tant qu'institution repose en partie sur la diversité des profils, des mentalités et des vécus de ses membres. L'accusé s'identifiera plus facilement à un groupe de personnes ainsi représentatif de la collectivité et acceptera plus volontiers son verdict que celui d'un juge seul. Par ailleurs, les tribunaux reconnaissent que les préjugés raciaux ont des effets « corrosifs » sur l'impartialité requise et que l'incapacité d'un juré de faire abstraction de tels préjugés n'est pas un élément acceptable de la diversité admise (*Williams*, par. 22). La récusation motivée est à peu près le seul moyen dont dispose l'accusé pour détecter et dénoncer de tels préjugés lorsqu'il y a une « possibilité réaliste » qu'ils existent. Dans le cas où elle est justifiée, elle a au moins trois effets bénéfiques : écarter les candidats jurés qui, en toute honnêteté et sur la foi de leur serment, ne peuvent répondre par la négative à la question, sensibiliser les autres jurés à l'effet pernicieux que peuvent avoir les stéréotypes racistes et, enfin, donner à l'accusé (et aux membres des minorités visibles en général) l'assurance tangible que la justice prend au sérieux l'objectif primordial qu'est la constitution d'un jury impartial (*Parks*, p. 379-380, et *Koh*, par. 43).

Suivant l'arrêt *Find*, pour établir l'existence d'une possibilité réaliste de partialité de la part des jurés, il faut généralement convaincre le tribunal (1) qu'un préjugé est largement répandu au sein de la collectivité et (2) que certains jurés pourraient, malgré les garanties offertes au procès, être incapables de faire abstraction de ce préjugé et de rendre une décision impartiale. Dans cette affaire d'agression sexuelle d'enfants, l'accusé avait tenté de récuser des candidats jurés au motif que certains d'entre eux pourraient ne pas rester impartiaux en raison de la révulsion naturelle que leur inspirerait la nature des infractions et de leur empathie pour les victimes (par. 53, 57 et 59). Cette thèse, qui s'apparente à celle de la « sympathie naturelle » avancée en l'espèce, a été rejetée (par. 57).

In the present case, the respondent says that a challenge limited to his own race was not enough. He was entitled to the "interracial question" to bring out Mr. Qaisar Saleem's race, as well as his own, for whatever complications that might entail in the cognitive or emotional reaction of potential jurors. The respondent supported by the intervener, rests his case on four propositions:

1. The "interracial" crime issue is determined in his favour by prior authority including *Williams* in this Court and the Ontario Court of Appeal quartet of *Parks*, *Wilson*, *Koh* and *Campbell*.

2. To the extent that this case requires an extension of the principles accepted in those decisions, the extension is justified by social science evidence such as that reviewed in *Parks*, of which judicial notice can be taken.

3. The trial judge exceeded his discretion in rejecting the "full" *Parks* question on the facts of this case.

4. In any event, trial fairness, and the appearance of trial fairness, required that the full *Parks* question be put.

A. *Did Prior Case Law Entitle the Respondent to Have the "Interracial" Aspect of the Crime Included in the Challenge for Cause?*

The respondent relies on the following observation of McLachlin J. in *Williams*, at para. 28:

> Racial prejudice against the accused may be detrimental to an accused in a variety of ways. The link between prejudice and verdict is clearest where there is an "interracial element" to the crime or a perceived link between those of the accused's race and the particular crime. But racial prejudice may play a role in other, less obvious ways. [Emphasis added.]

Williams involved an aboriginal man charged with robbery of a white employee of a pizza store. He crossed the "colour line" and the concern was

Dans la présente affaire, l'intimé affirme qu'un droit de récusation en fonction de sa seule race à lui ne suffisait pas et qu'il avait droit à la « question interraciale » révélant sa race et celle de M. Qaisar Saleem, en raison des réactions complexes d'ordre cognitif ou émotif que cela pouvait susciter chez les candidats jurés. Avec l'appui de l'intervenante, il conclut en formulant quatre affirmations : 27

1. La question du crime « interracial » a déjà été tranchée en sa faveur, notamment dans l'arrêt *Williams*, de notre Cour et dans les arrêts *Parks*, *Wilson*, *Koh* et *Campbell*, de la Cour d'appel de l'Ontario.

2. Dans la mesure où une application élargie des principes reconnus dans ces arrêts s'impose en l'espèce, elle est justifiée par une preuve relevant des sciences sociales, comme celle considérée dans *Parks*, et dont un tribunal peut prendre connaissance d'office.

3. Vu les faits de l'espèce, le juge du procès a outrepassé son pouvoir discrétionnaire en refusant que soit posée « intégralement » la question formulée dans *Parks*.

4. De toute manière, l'équité et l'apparence d'équité du procès exigeaient que la question formulée dans *Parks* soit posée intégralement.

A. *La jurisprudence reconnaissait-elle à l'intimé le droit de mentionner l'aspect « interracial » du crime dans la question posée pour les besoins de la récusation motivée?*

L'intimé invoque les observations suivantes de la juge McLachlin au par. 28 de l'arrêt *Williams* : 28

> Les préjugés raciaux contre l'accusé peuvent lui nuire de bien des façons. C'est lorsque le crime comporte un « aspect interracial » ou qu'un lien est perçu entre les gens de la race de l'accusé et le crime reproché que le lien entre les préjugés et le verdict est le plus évident. Mais les préjugés raciaux peuvent jouer un rôle d'autres manières moins évidentes. [Je souligne.]

Dans cette affaire, un autochtone était accusé de vol qualifié dans une pizzeria. L'accusé avait franchi la « barrière des races » en s'en prenant à 29

that this *could* aggravate any existing underlying prejudice against aboriginals. *Williams* formulated the question to be asked in evaluating an application to challenge for cause as follows: "whether there is reason to suppose that the jury pool *may* contain people who are prejudiced [the attitudinal component] and whose prejudice *might not* be capable of being set aside on directions from the judge [the behavioural component]" (para. 32 (emphasis in original)).

1. Step One: The Existence of Widespread Racial Prejudice

30 If it is demonstrated that there is widespread prejudice in the community then it is reasonable to infer that the jury pool, being representative of the community, will include some individuals who harbour such prejudices. In *Williams*, the Court took judicial notice of the findings of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996), at p. 33; *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), at p. 162; *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (1993), at p. 11.

31 *Parks* was a case of second degree murder in which the accused was black and the victim was white. As in this appeal, there was no suggestion that the crime was racially motivated or that race would play any part in the defence (p. 361). Nevertheless, Doherty J.A. concluded on the first step that "[r]acism, and in particular anti-black racism, is a part of our community's psyche" (p. 369). He continued:

> A significant segment of our community holds overtly racist views. A much larger segment subconsciously operates on the basis of negative racial stereotypes. Furthermore, our institutions, including the criminal justice system, reflect and perpetuate those negative stereotypes. These elements combine to infect our society as a whole with the evil of racism. Blacks are among the primary victims of that evil. [p. 369]

un employé blanc et l'on craignait que cela *puisse* accentuer un préjugé latent contre les autochtones. Notre Cour a statué que le tribunal saisi d'une demande de récusation motivée devait décider « s'il y a des raisons de croire que le tableau des jurés *peut* comprendre des personnes ayant des préjugés [le volet attitude] qui, après avoir reçu les directives du juge, *pourraient ne pas* être capables de les laisser de côté [le volet comportement] » (par. 32 (souligné dans l'original)).

1. Première étape : L'existence d'un préjugé racial largement répandu

S'il est démontré qu'un préjugé est largement répandu dans la collectivité, il est raisonnable de conclure que le tableau des jurés, qui est représentatif de la collectivité, compte en son sein des personnes ayant un tel préjugé. Dans l'affaire *Williams*, notre Cour a pris connaissance d'office des conclusions de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996), p. 37, de la *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations* (1989), p. 162, et du *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry* (1993), p. 11.

Dans l'affaire *Parks*, un Noir était accusé du meurtre au deuxième degré d'un Blanc. Comme en l'espèce, rien n'indiquait qu'il s'agissait d'un crime raciste ou que la race jouerait un rôle dans la défense (p. 361). Le juge Doherty a néanmoins conclu à la première étape que [TRADUCTION] « [l]e racisme, en particulier le racisme anti-Noirs, est partie intégrante de la mentalité de notre société » (p. 369). Il a ajouté :

> [TRADUCTION] Une couche importante de la société professe ouvertement des vues racistes. Une couche plus large encore est inconsciemment influencée par des stéréotypes raciaux négatifs. De surcroît, nos institutions, y compris la justice pénale, reflètent ces stéréotypes négatifs qu'elles perpétuent. Ces éléments se conjuguent pour propager le fléau du racisme dans la société entière. Les Noirs sont parmi les principales victimes de ce fléau. [p. 369]

The studies cited by Doherty J.A. amply support his conclusion that the use of negative racist stereotypes is widespread in our society (a more recent Angus Reid poll suggested that 45 percent of Canadians identify visible minorities, particularly blacks and Vietnamese, with crime: see *Koh*, at paras. 9 and 22). A brief survey of the studies reviewed in *Parks* on the first (attitudinal) question provides a flavour of what was at issue. *Eliminating Racial Discrimination in Canada* (1989) demonstrated that people who are non-white or have a definite speaking accent suffer prejudice in finding a good job, getting promoted and being paid fairly (p. 7), and in the housing market (p. 10). Doherty J.A. went on to lay particular emphasis on a report by Mr. Stephen Lewis, as an adviser on race relations to the Premier of Ontario. In June 1992, Lewis wrote (and Doherty J.A. quoted, at pp. 367-68) as follows:

> First, what we are dealing with, at root, and fundamentally, is anti-Black racism. While it is obviously true that every visible minority community experiences the indignities and wounds of systemic discrimination throughout Southern Ontario, it is the Black community which is the focus. It is Blacks who are being shot, it is Black youth that is unemployed in excessive numbers, it is Black students who are being inappropriately streamed in schools, it is Black kids who are disproportionately dropping-out, it is housing communities with large concentrations of Black residents where the sense of vulnerability and disadvantage is most acute, it is Black employees, professional and non-professional, on whom the doors of upward equity slam shut. Just as the soothing balm of "multiculturism" cannot mask racism, so racism cannot mask its primary target. [Emphasis added.]

(*Stephen Lewis Report on Race Relations in Ontario* (1992), p. 2)

In *Parks*, Doherty J.A. also referred, at p. 367, to a study prepared for the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution by W. Head and D. H. Clairmont which demonstrated racial

32 Les études citées par le juge Doherty étayent amplement sa conclusion que les stéréotypes raciaux négatifs sont largement répandus dans notre société (selon les résultats d'un sondage Angus Reid plus récent, 45 p. 100 des Canadiens associent les minorités visibles, les Noirs et les Vietnamiens en particulier, à la criminalité : voir l'arrêt *Koh*, par. 9 et 22). Un bref survol des études considérées dans *Parks* relativement à la première étape (le volet attitude) donne une idée de ce qui était en jeu. Selon le document intitulé *L'élimination de la discrimination raciale au Canada* (1989), les gens qui ne sont pas de race blanche ou qui ont un accent prononcé sont victimes de préjugés qui font obstacle à l'obtention d'un bon emploi, d'une promotion, d'une rémunération équitable (p. 7) et d'un logement (p. 10). Le juge Doherty a insisté particulièrement sur le rapport datant de juin 1992 que M. Stephen Lewis a rédigé en sa qualité de conseiller en matière de relations interraciales auprès du premier ministre de l'Ontario. En voici un extrait (cité par le juge Doherty aux p. 367-368) :

> D'abord, ce à quoi nous avons affaire, fondamentalement, c'est à un racisme anti-Noirs. Bien qu'il soit vrai, de toute évidence, que chacune des minorités visibles ressent les indignités et les blessures de la discrimination systémique qui sévit dans tout le Sud de l'Ontario, c'est la communauté noire qui est particulièrement visée. Ce sont les hommes noirs que l'on tue, ce sont les adolescentes et les adolescents noirs qui sont au chômage en nombres excessifs, ce sont les élèves noirs que l'on regroupe d'une façon qui ne correspond pas à leurs aptitudes véritables, ce sont les jeunes noirs qui abandonnent l'école en nombres disproportionnés, c'est dans les ensembles de logement où la concentration de résidentes et de résidents noirs est la plus forte que l'on se sent le plus vulnérable et le plus défavorisé, c'est au nez du personnel noir, professionnel et non professionnel, que claquent les portes de l'équité et de la promotion. De même que le baume du « multiculturalisme » ne peut pas masquer le racisme, le racisme ne peut pas masquer la cible qu'il vise en priorité. [Je souligne.]

(*Rapport de Stephen Lewis sur les relations interraciales en Ontario* (1992), p. 2)

33 Dans l'arrêt *Parks*, à la p. 367, le juge Doherty mentionne également une étude réalisée par W. Head et D. H. Clairmont pour la Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution. Il y est fait

discrimination against blacks and Micmacs in Nova Scotia's criminal justice system. Reference was also made to a number of reports of the federal and provincial human rights commissions which detail instances of racial discrimination. Doherty J.A. was satisfied, on the initial question of attitude, that racial prejudice was deep, widespread and difficult to dislodge (p. 371).

34 Finlayson J.A. subsequently held in *Koh* that the potential of such prejudice extends to "visible minorities" generally, and that judicial notice can and should be taken of this fact. There is no evidence, and no suggestion from the defence here, that there is any particular antipathy in Canada between people who are black and people who are East Indian (or Asians generally). Mr. Qaisar Saleem as an East Indian falls within the protected group of visible minorities. The question is how sensitivity to Mr. Saleem's racial origins aggravated or otherwise altered the jeopardy of the accused respondent on the facts of this case.

2. Step Two: Is the Generic Prejudice Thus Identified Likely to Result in Aberrant Juror Behaviour Despite the Judge's Instructions to Deal Impartially With the Case on the Basis of the Facts and the Law?

35 It is not enough to demonstrate a source of prejudice. Rather, to meet the threshold test, it must also be shown that there is a "realistic possibility" that some individuals called for jury duty might not be capable of setting aside their bias on instructions from the judge (the "behavioural" component). This second step need not necessarily be established by reports or studies:

> Where widespread racial bias is shown, it may well be reasonable for the trial judge to infer that some people will have difficulty identifying and eliminating their biases. [Emphasis added.]

(*Williams*, at para. 23; see also paras. 36 and 38.)

état de la discrimination raciale dont sont victimes les Noirs et les Micmacs dans le système de justice pénale de la Nouvelle-Écosse. Le juge Doherty cite par ailleurs un certain nombre de rapports de commissions des droits de la personne des paliers fédéral et provincial donnant des exemples détaillés de discrimination raciale. Il était convaincu, en ce qui a trait à la première étape (le volet attitude), que le préjugé racial était profond, répandu et difficile à extirper (p. 371).

Par la suite, le juge Finlayson a statué dans l'arrêt *Koh* que les « minorités visibles » en général peuvent être l'objet de tels préjugés et que le tribunal peut et doit prendre connaissance d'office de ce fait. Il n'y a aucune preuve qu'il existe au Canada une antipathie particulière entre les Noirs et les Indo-Pakistanais (ou les Asiatiques en général), et la défense ne l'a pas laissé entendre en l'espèce. En tant qu'Indo-Pakistanais, M. Qaisar Saleem fait partie du groupe protégé que forment les minorités visibles. La question est de savoir en quoi la sensibilité à l'origine raciale de M. Saleem a accru ou modifié par ailleurs le risque de condamnation pénale de l'intimé compte tenu des faits de l'espèce.

2. Deuxième étape : Le préjugé générique ainsi établi est-il susceptible de susciter un comportement aberrant chez un juré malgré la directive du juge de trancher l'affaire avec impartialité en fonction des faits et du droit?

Il ne suffit pas de démontrer l'existence d'un motif de préjugé. Au contraire, pour satisfaire au critère préliminaire, il faut également prouver qu'il y a une « possibilité réaliste » que certaines personnes appelées à agir comme jurés puissent, après avoir reçu les directives du juge, être incapables de laisser de côté leurs préjugés (le volet « comportement »). Ce deuxième élément n'a pas à être établi par des rapports ou des études :

> Lorsque l'existence de préjugés raciaux largement répandus est démontrée, il peut bien être raisonnable pour le juge du procès de déduire que certaines personnes auront de la difficulté à déceler et à éliminer leurs préjugés. [Je souligne.]

(*Williams*, par. 23; voir aussi les par. 36 et 38.)

It was considered reasonable on the facts of *Williams* to infer not only that widespread racial bias against aboriginals could lead to partiality, but that the accused having crossed the "colour line" against a white victim might further aggravate the prejudice. These inferences were made against a long and problematic history in parts of British Columbia between whites and aboriginal people, intensified "in recent years as a result of developments in such areas as land claims and fishing rights" (para. 58).

Compte tenu des faits dans l'affaire *Williams*, il était raisonnable de conclure non seulement que les préjugés raciaux contre les autochtones — largement répandus dans la population — pouvaient être une source de partialité, mais aussi que le fait que l'accusé avait franchi la « barrière des races » en s'en prenant à une victime blanche accentuerait ces préjugés. Ces conclusions ont été tirées dans le contexte d'une longue histoire conflictuelle entre autochtones et non-autochtones dans certaines parties de la Colombie-Britannique, situation qu'ont envenimée les « événements survenus ces dernières années dans le domaine notamment des revendications territoriales et des droits de pêche » (par. 58).

The deeper and more ingrained the prejudice, the more difficult it may be to control. In *Williams*, McLachlin J. had this to say:

> We should not assume that instructions from the judge or other safeguards will eliminate biases that may be deeply ingrained in the subconscious psyches of jurors. Rather, we should acknowledge the destructive potential of subconscious racial prejudice by recognizing that the post-jury selection safeguards may not suffice. [para. 22]

36 Plus un préjugé est profondément enraciné, plus il peut être difficile de le juguler. Dans l'arrêt *Williams*, la juge McLachlin a dit :

> Nous ne devrions pas supposer que les directives du juge ou d'autres garanties élimineront les préjugés qui peuvent être profondément enracinés dans le subconscient des jurés. Nous devrions plutôt reconnaître la puissance destructrice des préjugés raciaux subliminaux en admettant que les garanties d'impartialité des jurés choisis peuvent être insuffisantes. [par. 22]

The material examined by Doherty J.A. in *Parks* to determine whether jurors with a racist outlook could set aside their bias in the context of a criminal trial (i.e., the behavioural issue) was not, he acknowledged, as satisfactory as the material on the first (attitudinal) issue. However, looking at a range of studies both in the United States and Canada involving black accused and white victims, he concluded, at p. 373:

37 Dans l'arrêt *Parks*, le juge Doherty a reconnu que la documentation qu'il avait examinée pour déterminer si un juré aux idées racistes pourrait faire abstraction de celles-ci dans un procès criminel (le volet comportement) n'était pas aussi satisfaisante que celle portant sur le premier élément (le volet attitude). Toutefois, après avoir consulté une série d'études américaines et canadiennes sur des accusés de race noire et des victimes de race blanche, il a conclu à la p. 373 :

> Even accepting that these studies suffer from the inadequacies detailed by the critics, they clearly go at least so far as to indicate that there is a realistic possibility that jurors' verdicts are affected by the race of the accused where that accused is of a different race than the juror.

Doherty J.A. then offered the generalization that lies at the heart of the present appeal (at p. 373):

38 Le juge Doherty a ensuite fait la généralisation qui est au cœur même du présent pourvoi (p. 373) :

> This possibility is greater in crimes involving interracial violence where the victim is of the same race as the juror.

> [TRADUCTION] Même en admettant qu'elles comportent toutes les lacunes qu'on leur reproche, ces études indiquent au moins clairement qu'il y a une possibilité réaliste que le verdict d'un juré soit influencé par la race de l'accusé lorsqu'elle est différente de la sienne.

> [TRADUCTION] Cette possibilité s'accroît dans le cas d'un crime violent interracial où la victime est de la même race que le juré.

39 It seems to me impossible to detach this conclusion from the black/white context which the studies addressed, and with which *Parks* itself was concerned. For example, both *Williams*, at para. 11, and *Parks*, at p. 364, cite S. L. Johnson, "Black Innocence and the White Jury" (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611, which, at pp. 1634 *et seq.* analyses a number of U.S. studies that evaluate the impact of the race of the victim on the trial outcome of a black accused. The author suggests these studies "pose the possibility of a cumulative effect of the race of the defendant and the race of the victim, such that the black defendant on trial for a crime against a white victim is doubly disadvantaged" (p. 1634 (emphasis added)). Similarly, when Doherty J.A.'s *dictum* was accepted by this Court in *Williams*, it was in the context of an aboriginal accused and a *white* victim. In both *Parks* and *Williams*, the concern of the respective courts was with the possibility that the interracial nature of the crime might exacerbate the already strong prejudice *against* the black or aboriginal accused. There is nothing in the record to suggest that the fact that the complainant is East Indian would exacerbate racist emotions against the black accused. In any event, that is not the respondent's argument. He is worried about a "natural sympathy" that might be felt by an East Indian juror for an East Indian victim, thereby indirectly creating further prejudice that would be applicable to *any* accused of a different race.

Il me semble impossible de dissocier cette conclusion du cas considéré dans ces études et sur lequel porte également l'arrêt *Parks*, celui des Blancs et des Noirs. Par exemple, les arrêts *Williams* et *Parks* citent aux par. 11 et à la p. 364 respectivement S. L. Johnson qui, dans un article intitulé « Black Innocence and the White Jury » (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611, p. 1634 et suiv., analyse un certain nombre d'études américaines relatives à l'influence de la race de la victime sur le verdict rendu à l'issue du procès d'un accusé noir. L'auteure laisse entendre que ces études [TRADUCTION] « permettent de penser que la race du défendeur et celle de la victime peuvent avoir un effet cumulatif, de sorte que le défendeur noir jugé pour un crime commis contre une victime blanche est doublement désavantagé » (p. 1634 (je souligne)). De même, dans l'affaire *Williams*, où notre Cour a fait sienne l'opinion incidente du juge Doherty, l'accusé était autochtone et la victime *blanche*. Dans les arrêts *Parks* et *Williams*, les deux cours ont dit craindre que la nature interraciale du crime accentue des préjugés déjà vivaces *contre* l'accusé qui était noir dans un cas et autochtone dans l'autre. Aucun élément du dossier ne permet de croire que l'origine indo-pakistanaise du plaignant pourrait galvaniser le sentiment raciste contre l'accusé noir. De toute façon, ce n'est pas ce que prétend l'intimé. Il redoute la « sympathie naturelle » que pourrait ressentir un juré indo-pakistanais à l'égard d'une victime de même origine, créant ainsi indirectement un autre préjugé qui s'appliquerait à *tout* accusé de race différente.

40 *Parks* is a leading authority in this area, but its conclusions cannot be extended, as the respondent would ask, to include a potential "sympathy factor" between jurors and complainants in all situations where both are members of visible minorities. I do not suggest that no such link exists. I conclude only that it is not established by the studies and reports cited in *Parks*.

L'arrêt *Parks* est un arrêt de principe en la matière, mais on ne saurait, comme nous y invite l'intimé, élargir ses conclusions de façon à y inclure la « sympathie » éventuelle entre jurés et plaignants dans tous les cas où ils sont membres de minorités visibles. Je ne nie pas l'existence d'un tel lien. Je conclus simplement que les études et les rapports cités dans l'arrêt *Parks* ne l'ont pas établie.

41 As stated, Mr. Qaisir Saleem and the respondent suffer the burden of discrimination against visible minorities. It is up to the defence to show an "air of reality" to the assertion that Mr. Saleem's racial origin has the realistic potential of aggravating

Je le répète, M. Qaisir Saleem et l'intimé subissent les conséquences de la discrimination contre les minorités visibles. La défense doit prouver la « vraisemblance » de l'affirmation selon laquelle l'origine raciale de la victime fait naître une

prejudice against the respondent. This burden was met in *Williams* and *Parks* with respect to a white victim whose complaint was expected in each case to be heard by a predominantly white jury, but the potential for bias is not assessed in the abstract. It must be looked at in the context of the facts and issues of a particular case (*Find*, at para. 36).

possibilité réaliste d'accentuation des préjugés contre l'accusé. Elle s'est acquittée de cette obligation dans les affaires *Williams* et *Parks* où la plainte de la victime, qui était blanche, devait, dans chaque cas, être entendue par un jury essentiellement composé de Blancs. Toutefois, le risque de partialité ne s'évalue pas dans l'abstrait, mais en fonction des faits et des questions en litige dans une affaire donnée (*Find*, par. 36).

Almost all of the case law since *Parks* has relied on Doherty J.A.'s pioneering analysis. Little that is new in the nature of empirical studies or analysis is referred to in subsequent judgments or was adduced by the parties here. *Parks* showed that a black accused has reason to fear that some members of the Toronto community may be wrongly influenced by the colour of his or her skin. The studies relied on there do not, however, show a realistic possibility that a potential juror who could impartially judge the accused despite his being black (the question that was asked here) would lose that impartiality on realizing that the victim was East Indian (the "interracial question" that was refused). A further step or inference would be required.

42 Depuis l'arrêt *Parks*, presque toutes les décisions rendues ont repris l'analyse novatrice du juge Doherty. Peu d'éléments nouveaux — qu'il s'agisse d'études ou d'analyses empiriques — ont été mentionnés dans les décisions ultérieures ou offerts en preuve par les parties en l'espèce. L'arrêt *Parks* a montré qu'un accusé noir a raison de craindre que certains Torontois se laissent indûment influencer par la couleur de sa peau. Les études invoquées n'indiquent toutefois pas l'existence d'une possibilité réaliste qu'un candidat juré apte à juger impartialement l'accusé même s'il est noir (la question posée en l'espèce) perde son impartialité en apprenant que la victime est indo-pakistanaise (l'élément « interracial » exclu de la question). Il faudrait une autre étape ou inférence.

In *Wilson*, the second of the quartet of Ontario Court of Appeal cases on this subject, McMurtry C.J.O. extended the *Parks* analysis and concluded that "the question permitted by this court in *Parks* with the appropriate modification should be allowed in any jury trial in Ontario where the accused is black" (p. 94).

43 Dans *Wilson*, le deuxième des quatre arrêts rendus sur le sujet par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge en chef McMurtry a accru la portée de l'analyse dans *Parks* et conclu qu'[TRADUCTION] « une fois modifiée comme il se doit, la question autorisée par [la Cour d'appel] dans *Parks* devrait pouvoir être posée dans tout procès devant jury en Ontario lorsque l'accusé est noir » (p. 94).

In *Koh*, the third in the series, the accused were Chinese charged with various drug-trafficking offences. The defence provided affidavits from experts and an Angus Reid Group Poll to demonstrate racism against visible minorities. Finlayson J.A. found that this evidence was only "marginally relevant to the issue in question" (para. 24). Nevertheless, he held that "in spite of the absence of compelling evidence in support of the *Sherratt* threshold test, it is not to be doubted that racist sentiment against persons of Chinese origin is present amongst the residents of Toronto and in

44 Dans *Koh*, le troisième de la série, des Chinois étaient accusés de diverses infractions relatives au trafic des stupéfiants. La défense a produit des affidavits d'experts ainsi que les résultats d'un sondage du groupe Angus Reid pour établir le racisme dont étaient victimes les minorités visibles. Le juge Finlayson a conclu que ces éléments de preuve ne présentaient [TRADUCTION] « qu'un intérêt minime pour le règlement de la question en litige » (par. 24). Il a néanmoins conclu que [TRADUCTION] « malgré l'absence de preuves convaincantes qui satisfassent au critère préliminaire formulé dans l'arrêt *Sherratt*,

sufficient numbers to raise serious concerns" (para. 25). Thus, the court ruled, Ontario courts should allow a challenge for cause question by a member of any visible racial minority without formal proof of community prejudice (para. 28).

I stress visible when referring to minorities, because I accept the submission of the intervener that distinctions between the various ethnic groups that make up the Asian community are unhelpful. The prejudice, where it occurs, is triggered by skin colour. The same would apply to all visible non-Caucasian minorities. [Emphasis added; para. 30.]

In *Koh*, the defence had not asked for the "interracial" question (para. 8), and the court did not address the issue.

45 The last case in the Ontario quartet relied upon by the respondent is *Campbell*. In that case, the appellant, a black man, was charged with sexually assaulting a 16-year-old white woman. The trial judge permitted counsel to ask a question based on the fact that the appellant was black. However, as here, he refused to permit counsel to include in the question any reference to the fact that the complainant was white. The black/white situation was covered by *Parks* and in that context, the Ontario Court of Appeal stated (at p. 262):

There may be potential jurors who would consider that they would be able to reach an impartial verdict in the case of a black accused but not in the case where the victim of the alleged violence is white. At the time of the challenge for cause in this case, the potential jurors would not have known the colour of the complainant. The question permitted by the trial judge failed to inquire into the critical concern of partiality that may flow solely from the interracial nature of the offence.

Once again, the context was black/white relations and once again the concern was that the allegation of the assault was against a white woman across the colour line. It was feared that before a predominantly white jury, this would be an inflammatory

il est indubitable que des Torontois entretiennent des sentiments racistes à l'égard des personnes d'origine chinoise et ce, en si grand nombre qu'il y a lieu de s'en inquiéter » (par. 25). La Cour d'appel a donc statué que les tribunaux ontariens devaient permettre à un membre d'une minorité visible de recourir à la récusation pour cause de préjugé sans exiger qu'il établisse formellement l'existence d'un préjugé dans la collectivité (par. 28).

[TRADUCTION] J'insiste sur la visibilité lorsque je parle de minorités parce que je conviens avec l'intervenant que les distinctions entre les divers groupes ethniques qui forment la communauté asiatique ne sont d'aucune utilité. Les préjugés, lorsqu'ils existent, tiennent à la couleur de la peau. Cela vaut également pour toutes les minorités visibles non blanches. [Je souligne; par. 30.]

Dans l'affaire *Koh*, la défense n'avait pas demandé que la question fasse état de l'élément « interracial » (par. 8), et la Cour d'appel ne s'est pas prononcée à ce sujet.

L'arrêt *Campbell* est le dernier des quatre arrêts ontariens invoqués par l'intimé. Dans cette affaire, l'appelant, un Noir, était accusé d'avoir agressé sexuellement une jeune blanche de 16 ans. Le juge du procès avait accepté que la question posée par l'avocat de la défense précise que l'appelant était noir. Toutefois, comme en l'espèce, il avait refusé qu'elle mentionne que la plaignante était blanche. L'arrêt *Parks* portant sur le cas d'un Noir et d'un Blanc, la Cour d'appel de l'Ontario a dit (p. 262) :

[TRADUCTION] Un candidat juré pourrait s'estimer apte à rendre un verdict impartial lorsque l'accusé est noir, mais inapte à le faire lorsque la victime de la violence alléguée est blanche. Au moment d'être interrogé en l'espèce, le candidat juré aurait ignoré la race de la plaignante. La question autorisée par le juge du procès faisait fi de la crainte fondamentale que le caractère interracial de l'infraction soit à lui seul une source de partialité.

Encore une fois, le contexte était celui des relations entre Blancs et Noirs. Encore une fois, il était allégué que l'accusé avait franchi la barrière des races en s'en prenant à une femme blanche. L'on craignait que les préjugés raciaux existant déjà au sein d'un

feature of a situation already infused with racial prejudice.

The respondent argues that racial prejudice is not the exclusive preserve of white people. This is undoubtedly true, but the earlier case law dealt with white victims and accused persons drawn from different visible minorities. The reasoning in those cases did not extend, because it did not need to extend, to consider the further step of whether the dynamics as between people who all belong to visible minorities, and who do not share the same historical experience as in the studies analysed in *Parks*, are necessarily the same.

Accordingly, I conclude that neither the Ontario quartet of *Parks*, *Wilson*, *Koh* and *Campbell*, nor the studies on which they are based, cover the present case. To the extent that interracial crime was involved, it was treated (as is *Williams*) as a circumstance potentially aggravating (in the minds of the white majority) existing prejudice against a member of a visible minority. The general statements made in those cases about "interracial" crime have to be considered in that context. I do not think the observations in *Campbell* about the inflammatory effect of an alleged sexual assault by a black man of a 16-year-old white girl can simply be transposed to the allegation of a robbery by a black accused of an East Indian pizza deliveryman, especially where the defence argument here has to do not with race-based hostility but with a general theory of race-based "natural sympathy".

B. *To the Extent This Case Requires an Extension of the Principles Accepted in Those Decisions, Is the Extension Justified by Matters of Which Judicial Notice Can Be Taken?*

It is not to be doubted that evidence of *how* and *to what extent* racial discrimination affects the behaviour of jurors is difficult to come by, as noted by Finlayson J.A. in *Koh* (paras. 28 and 41). The intervener, African Canadian Legal Clinic, in a useful submission that went beyond the more case law oriented argument of the respondent, urged the jury composé principalement de Blancs en soient exacerbés.

46 L'intimé soutient que le préjugé racial n'est pas l'apanage des Blancs. Il a certes raison, mais dans les décisions antérieures, les victimes étaient blanches et les accusés appartenaient à différentes minorités visibles. Dans ces décisions, les tribunaux ne se sont pas demandé — ce n'était pas nécessaire — si la dynamique est forcément la même entre des personnes qui font toutes partie de minorités visibles, mais qui ne partagent pas la même expérience historique que les personnes visées par les études analysées dans *Parks*.

47 Par conséquent, je conclus que ni les quatre arrêts ontariens — *Parks*, *Wilson*, *Koh* et *Campbell* — ni les études sur lesquelles ils se fondent, ne s'appliquent en l'espèce. L'aspect interracial a été considéré (dans *Williams*) comme une circonstance susceptible d'accentuer les préjugés d'un membre de la majorité blanche contre un membre d'une minorité visible. C'est dans ce contexte qu'il faut considérer leurs énoncés généraux concernant le crime « interracial ». Je ne pense pas que le passage de l'arrêt *Campbell* sur l'effet incendiaire de l'agression sexuelle alléguée d'une jeune blanche de 16 ans par un homme noir puisse s'appliquer au vol qualifié qu'aurait commis un accusé noir contre un livreur de pizzas indo-pakistanais, d'autant plus que, en l'espèce, la défense invoque non pas l'hostilité fondée sur la race mais plutôt, de façon générale, une « sympathie naturelle » fondée sur la race.

B. *Dans la mesure où le règlement de la présente affaire exige une application élargie des principes reconnus dans ces décisions, un tel élargissement est-il justifié par des éléments dont il peut être pris connaissance d'office?*

48 Comme l'a signalé le juge Finlayson dans l'arrêt *Koh* (par. 28 et 41), il est indubitablement difficile de prouver *comment* et *dans quelle mesure* la discrimination raciale influence le comportement d'un juré. Dans une plaidoirie instructive allant au delà de l'argumentation de l'intimé, axée davantage sur la jurisprudence, l'intervenante African Canadian

Court to fill the evidentiary gap with the taking of judicial notice that where the complainant is also a member of a visible minority

[r]acial bias can affect the fairness of the trial process . . . for example affecting juror assessment of credibility and weight of the evidence, shaping information received during the trial, consideration of the accused's propensity for criminality, and favouring of the Crown or witnesses. During the trial process stereotypes relating to both the complainant and the accused may interact and affect a potential juror. The operation of biases in this context is potentially harmful, unpredictable, and can skew the outcome in innumerable ways.

Juror impartiality may arise from a favouring of the victim over the accused because the victim is from the same racialized group as the juror. [paras. 34-35]

49 In taking this broad approach to judicial notice, the intervener was perhaps invoking the work of the great American expert on the law of evidence, Professor James Thayer, who wrote in 1890 that "courts may and should notice without proof, and assume as known by others, whatever, as the phrase is, everybody knows" ("Judicial Notice and the Law of Evidence" (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285, at p. 305 (emphasis added)). In taking this view, he is largely supported by Dean Wigmore. (See *Wigmore on Evidence*, vol. 9 (Chadbourn rev. 1981), at p. 732.) From time to time, similarly broad statements have issued from this Court. No less strict a judge than Duff C.J. was prepared in 1938 to take judicial notice of "facts which are known to intelligent persons generally": *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 128. More recently Beetz J. in *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, took judicial notice of a number of "facts" dealing with the habits and lifestyles of children and adolescents on the basis that judges "cannot disregard" such obvious things that are part of our everyday experience:

The courts cannot be unaware that children and adolescents generally have limited financial resources, amounts given to them by their parents for meals, transportation and other small expenses, or earned for

Legal Clinic a pressé notre Cour de combler les lacunes de la preuve en admettant d'office que lorsque le plaignant est lui aussi membre d'une minorité visible

[TRADUCTION] [l]es préjugés raciaux peuvent compromettre l'équité du procès [. . .] par exemple, en influençant les jurés dans l'appréciation de la crédibilité et de l'importance de la preuve, en imprimant une orientation aux renseignements obtenus au cours du procès, en suscitant l'interrogation sur la propension au crime et en favorisant le ministère public ou des témoins. Pendant le procès, les stéréotypes visant le plaignant et l'accusé peuvent interagir et influencer le juré. Dans un tel contexte, l'existence de préjugés est imprévisible, risque d'être préjudiciable et peut fausser le résultat d'innombrables façons.

Un juré peut faire preuve de partialité en favorisant la victime au détriment de l'accusé parce qu'elle appartient au même groupe racial que lui. [par. 34-35]

Pour préconiser une interprétation aussi large de la connaissance d'office, l'intervenante s'est peut-être inspirée du grand expert américain du droit de la preuve, le professeur James Thayer, qui a écrit en 1890 que [TRADUCTION] « les tribunaux peuvent et doivent admettre d'office ce que tout le monde sait et présumer que les autres le savent aussi » (« Judicial Notice and the Law of Evidence » (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285, p. 305 (je souligne)). Ce point de vue a largement été repris par le doyen Wigmore. (Voir *Wigmore on Evidence*, vol. 9 (Chadbourn rev. 1981), p. 732.) Il est arrivé à notre Cour d'adopter un point de vue aussi large. Un juge aussi strict que le juge en chef Duff a accepté en 1938 de prendre connaissance d'office de [TRADUCTION] « faits qui sont connus des personnes intelligentes en général » : *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, p. 128. Plus récemment, dans *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, le juge Beetz a pris connaissance d'office de nombreux « faits » concernant les habitudes et le style de vie des enfants et des adolescents au motif que les juges « ne peuvent faire abstraction » de choses aussi évidentes de la vie de tous les jours :

Les tribunaux ne peuvent ignorer que les enfants et les adolescents ne disposent généralement que de maigres ressources financières, sommes versées par leurs parents pour leurs collations, frais de transport et autres

work usually done after school on a part-time basis. The courts cannot disregard the attraction which amusement machines and amusement halls are likely to exert on children and adolescents, or the difficulty characteristic of their age group which such young persons may have in resisting them, both while they have money and when they run out of it. [pp. 382-83]

menues dépenses, ou bien salaire de travaux accomplis le plus souvent à temps partiel en dehors des heures d'école. Les tribunaux ne peuvent faire abstraction de l'attrait que les appareils d'amusement et les salles d'amusement sont susceptibles d'exercer sur les enfants et les adolescents, non plus que de la difficulté, propre à leur âge, que ces jeunes peuvent éprouver à y résister tant que durent leurs ressources comme après qu'elles sont épuisées. [p. 382-383]

Professor Thayer's view was that "[i]n conducting a process of judicial reasoning, as of other reasoning, not a step can be taken without assuming something which has not been proved" (pp. 287-88). I would add the comment of Scrutton L.J.:

50 Le professeur Thayer estimait qu'[TRADUCTION] « [a]ucune étape d'un raisonnement judiciaire ou autre ne peut être franchie sans que ne soit admis quelque chose dont la preuve n'a pas été faite » (p. 287-288). Ce à quoi le lord juge Scrutton a ajouté :

It is difficult to know what judges are allowed to know, though they are ridiculed if they pretend not to know.

(*Tolley v. Fry*, [1930] 1 K.B. 467 (C.A.), at p. 475)

[TRADUCTION] Il n'est pas facile de savoir ce que les juges peuvent connaître d'office; il est plus facile de les tourner en ridicule lorsqu'ils en soulignent les limites.

(*Tolley c. Fry*, [1930] 1 K.B. 467 (C.A.), p. 475)

This is true, so far as it goes. The Court's judgment in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67, for instance, talked at length about the functioning of clothes washing machines, even though no washing machine had been filed as a trial exhibit, and no special instruction about their general operations was offered through the expert witnesses. It was just that "everyone" knew.

C'est tout à fait exact. Dans *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, 2000 CSC 67, par exemple, notre Cour s'est prononcée en détail sur le fonctionnement de laveuses, même si aucun appareil n'avait été produit en preuve et même si aucun témoin expert n'avait donné d'explications particulières sur leur fonctionnement général : « tout le monde » savait ce qui en était.

Thayer's approach to judicial notice has its role but I do not think it helps us to solve the issue posed by the African Canadian Legal Clinic. There are at least three difficulties standing in its way. Firstly what "everybody knows" may be wrong. Until *Parks*, "everybody" knew the solemnity of a criminal trial and careful jury instructions from the judge meant there was little possibility that potential jurors in Toronto would be influenced by racial prejudice (Doherty J.A., at p. 360 of *Parks*, cites a number of trial decisions where race-based challenges for cause were rejected for that reason). Common law judges in early Tudor England would presumably have taken judicial notice of the "fact" that the sun revolves around the earth. Secondly, there is the problem of trial fairness. Where do these facts come from and how are the parties going to address them? How can parties who are prejudiced by the taking of judicial notice rebut what "everybody"

51 La façon dont Thayer conçoit la connaissance d'office a son importance, mais je ne crois pas qu'elle contribue au règlement de la question soulevée par l'African Canadian Legal Clinic. Au moins trois difficultés font obstacle. Premièrement, ce que « tout le monde sait » peut être erroné. Avant l'arrêt *Parks*, « tout le monde » savait qu'en raison de la solennité d'un procès criminel et des directives minutieuses du juge au jury, il était peu probable qu'un candidat juré de Toronto se laisse influencer par des préjugés raciaux (à la p. 360 de cet arrêt, le juge Doherty cite un certain nombre de décisions de première instance où la récusation fondée sur la race avait été refusée pour ce motif). On peut penser qu'au début du règne des Tudor en Angleterre, les juges de common law auraient admis d'office le « fait » que le Soleil tourne autour de la Terre. Deuxièmement, il y a le problème de l'équité du procès. Quelle est l'origine de ces faits et comment

knows unless a plausible source is put to them for their comment and potential disagreement? (See *R. v. Parnell* (1995), 98 C.C.C. (3d) 83 (Ont. C.A.), at p. 94.) A third problem is that judges occasionally contradict each other about some "fact" that "everybody" knows, even on the same court in the same case. Thus, in *Campbell v. Royal Bank of Canada*, [1964] S.C.R. 85, Martland and Ritchie JJ., dissenting, pointed out, at p. 91, that the majority and dissenting judges in the court below had taken judicial notice of flatly contradictory facts, namely whether it was usual or unusual to find water in substantial quantities on the floor of a Manitoba bank in wintertime. More dramatically, in *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997), where the issue before the Supreme Court of the United States was whether a sitting President is entitled to automatic immunity during his term of office with respect to private conduct prior to his election to the presidency, the court stated with confidence with respect to the Paula Jones affair that "it appears to us highly unlikely to occupy any substantial amount of petitioner's time" (p. 702).

52 While courts have accepted the widespread existence of racism, and the likelihood that anti-black racism is aggravated when the alleged victim is white, there is no similar consensus that "everybody knows" a juror of a particular race is likely to favour a complainant or witness of the same race, despite the trial safeguards and the trial judge's instruction to the contrary.

53 Still less can it be said that such favouritism satisfies the more stringent test of judicial notice adopted by this Court in *Find*, at para. 48, *per* McLachlin C.J.:

> Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond reasonable dispute. Facts judicially noticed are not proved by evidence under oath. Nor are they tested by cross-examination. Therefore, the threshold for judicial notice is strict: a court may properly take judicial

les parties entendent-elles les aborder? Comment une partie lésée par leur admission d'office peut-elle réfuter ce que « tout le monde » sait à défaut d'une source plausible qu'elle puisse commenter et éventuellement contester? (Voir *R. c. Parnell* (1995), 98 C.C.C. (3d) 83 (C.A. Ont.), p. 94.) La troisième difficulté réside dans le fait que les juges d'un même tribunal, saisis d'une même affaire, se contredisent parfois l'un l'autre au sujet d'un « fait » dont « tout le monde » est au courant. Ainsi, dans *Campbell c. Royal Bank of Canada*, [1964] R.C.S. 85, les juges Martland et Ritchie, dissidents, ont signalé à la p. 91 que les juges majoritaires et les juges dissidents du tribunal inférieur avaient pris connaissance d'office de faits parfaitement contradictoires quant à savoir s'il était habituel ou non, en hiver, que de grandes quantités d'eau recouvrent le plancher d'une banque manitobaine. Pis encore, dans *Clinton c. Jones*, 520 U.S. 681 (1997), appelée à déterminer si, pendant son mandat, le président jouit automatiquement de l'immunité à l'égard de son comportement en privé avant son élection, la Cour suprême des États-Unis a dit avec aplomb au sujet de l'affaire Paula Jones : [TRADUCTION] « il nous semble très peu probable que le requérant ait à consacrer beaucoup de temps à cette affaire » (p. 702).

Les tribunaux reconnaissent que le racisme est largement répandu et que le préjugé contre les Noirs peut s'accroître lorsque la présumée victime est blanche, mais ils ne conviennent pas pour autant que « tout le monde sait » qu'un juré d'une race donnée est susceptible d'être favorable à un plaignant ou à un témoin de la même race, malgré les garanties qu'offre le procès et la directive contraire du juge du procès.

L'existence d'un tel préjugé favorable satisfait encore moins au critère plus strict applicable à la connaissance d'office que notre Cour a adopté dans l'arrêt *Find*. Voici comment s'est exprimée la juge en chef McLachlin au par. 48 :

> La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à controverse ou qui sont à l'abri de toute contestation de la part de personnes raisonnables. Les faits admis d'office ne sont pas prouvés par voie de témoignage sous serment. Ils ne sont pas non plus vérifiés par

notice of facts that are either: (1) so notorious or generally accepted as not to be the subject of debate among reasonable persons; or (2) capable of immediate and accurate demonstration by resort to readily accessible sources of indisputable accuracy . . . .

contre-interrogatoire. Par conséquent, le seuil d'application de la connaissance d'office est strict. Un tribunal peut à juste titre prendre connaissance d'office de deux types de faits : (1) les faits qui sont notoires ou généralement admis au point de ne pas être l'objet de débats entre des personnes raisonnables; (2) ceux dont l'existence peut être démontrée immédiatement et fidèlement en ayant recours à des sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable . . .

This stricter formulation adopted in *Find* was originally put forward by Professor E. M. Morgan in "Judicial Notice" (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269. Morgan, in common with other critics, took the view that the Thayer formulation of judicial notice was too broad. It allowed the courts to make too much use of out-of-court information, and did not sufficiently recognize the limitations on a judge imposed by the adversarial process and fair trial considerations. The narrower Morgan view is found in J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1055, and D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2nd ed. 1999), at p. 285. I do not think the African Canadian Legal Clinic's view of race-based sympathy for victims (or partiality in favour of certain witnesses) is so notoriously correct as "not to be the subject of debate among reasonable persons". Nor is it capable of immediate demonstration by resort to "readily accessible sources of indisputable accuracy" (*Find*, at para. 48).

54 Ce critère strict a initialement été proposé par E. M. Morgan dans « Judicial Notice » (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269. Comme d'autres observateurs, le professeur Morgan estimait que la connaissance d'office, comme la concevait Thayer, avait une portée trop large. En effet, elle permettait aux tribunaux de faire un usage immodéré des renseignements extrajudiciaires et ne tenait pas suffisamment compte des limites imposées par la procédure contradictoire et les considérations relatives à l'équité du procès. La conception plus étroite de Morgan est reprise dans J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), p. 1055, et dans D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (2e éd. 1999), p. 285. À mon avis, malgré ce que prétend l'African Canadian Legal Clinic, la sympathie pour une victime de même race (ou la partialité en faveur d'un témoin) n'est pas notoirement avérée « au point de ne pas être l'objet de débats entre des personnes raisonnables ». Son existence n'est pas non plus susceptible d'être démontrée immédiatement en ayant recours à des « sources facilement accessibles dont l'exactitude est incontestable » (*Find*, par. 48).

Unlike Professor Thayer, for whom judicial notice created a rebuttable presumption of accuracy, Professor Morgan (at p. 273) necessarily concluded that if certain facts were properly made subject to judicial notice, they were, by definition, not open to rebuttal. In this, he was supported by Professor C. T. McCormick, who wrote that "a ruling that a fact will be judicially noticed precludes contradictory evidence"; see "Judicial Notice" (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296, at p. 322. In *R. v. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), the court said that "[t]he generally accepted modern view . . . is that where the court takes judicial notice of a matter, the judicial notice is final" (p. 150). On this

55 Contrairement au professeur Thayer, pour qui la connaissance d'office créait une présomption réfutable d'exactitude, le professeur Morgan a nécessairement conclu (à la p. 273) que si certains faits pouvaient à juste titre être admis d'office, ils ne pouvaient par définition être réfutés. À cet égard, il a obtenu l'appui du professeur C. T. McCormick, selon lequel [TRADUCTION] « la décision d'admettre un fait d'office empêche toute preuve contraire »; voir « Judicial Notice » (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296, p. 322. Dans *R. c. Zundel* (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), la Cour d'appel a dit que [TRADUCTION] « [s]uivant la conception généralement admise de nos jours, lorsqu'un tribunal

view, acceptance through judicial notice of the broad race-based thesis of the intervener African Canadian Legal Clinic would not only stretch the elasticity of judicial notice, it would create a set of irrebutable presumptions about how individuals called to jury duty can be expected to think. If there is one thing most of the social science studies agree upon, it is that much work remains to be done in Canada within the limits imposed by s. 649 of the *Criminal Code* to clarify our working assumptions about jury behaviour.

prend connaissance d'office de quelque chose, sa décision est finale » (p. 150). Selon cette interprétation, admettre d'office la thèse générale de la partialité raciale avancée par l'intervenante African Canadian Legal Clinic repousserait non seulement au maximum les limites de la connaissance d'office, mais créerait aussi un ensemble de présomptions irréfragables concernant le comportement prévisible d'un candidat juré. S'il est une chose sur laquelle s'entendent la plupart des études réalisées dans le domaine des sciences sociales, c'est qu'il reste beaucoup à faire au Canada, compte tenu des obstacles posés par l'art. 649 du *Code criminel*, pour clarifier nos hypothèses de travail au sujet du comportement des jurés.

56 It could be argued that the requirements of judicial notice accepted in *Find* should be relaxed in relation to such matters as laying a factual basis for the exercise of a discretion to permit challenges for cause. These are matters difficult to prove, and they do not strictly relate to the adjudication of guilt or innocence, but rather to the framework within which that adjudication is to take place. Such non-adjudicative facts are now generally called "social facts" when they relate to the fact-finding process and "legislative facts" in relation to legislation or judicial policy. Juror partiality is a question of fact, and what the African Canadian Legal Clinic invites us to do is to take judicial notice of the "social facts" of different aspects of racism.

On pourrait soutenir qu'il convient d'assouplir les exigences que notre Cour a établies dans l'arrêt *Find* relativement à la connaissance d'office, comme celle d'un fondement factuel pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'autoriser la récusation pour un motif en particulier. Il s'agit d'éléments difficiles à prouver qui, à strictement parler, ont trait non pas à la décision concernant la culpabilité ou la non-culpabilité, mais bien au cadre dans lequel cette décision doit être rendue. Désormais, les faits non en litige sont généralement appelés « faits sociaux » lorsqu'ils touchent au processus de recherche des faits, et « faits législatifs » lorsqu'ils touchent à une loi ou à un principe judiciaire. La partialité d'un juré est une question de fait, et l'African Canadian Legal Clinic nous demande de prendre connaissance d'office des « faits sociaux » se rapportant à différentes facettes du racisme.

57 "Social fact" evidence has been defined as social science research that is used to construct a frame of reference or background context for deciding factual issues crucial to the resolution of a particular case: see, e.g., C. L'Heureux-Dubé, "Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context" (1994), 26 *Ottawa L. Rev.* 551, at p. 556. As with their better known "legislative fact" cousins, "social facts" are general. They are not specific to the circumstances of a particular case, but if properly linked to the adjudicative facts, they help to explain aspects of the evidence. Examples are the Court's acceptance of the

La preuve relative à un « fait social » a été définie comme la recherche en sciences sociales servant à établir le cadre de référence ou le contexte pour trancher des questions factuelles cruciales pour le règlement d'un litige : voir, p. ex., C. L'Heureux-Dubé, « Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context » (1994), 26 *R.D. Ottawa* 551, p. 556. Tout comme les « faits législatifs », plus connus, les « faits sociaux » sont généraux. Ils ne se rapportent pas aux circonstances d'une affaire en particulier, mais s'ils sont correctement reliés aux faits en litige, ils contribuent à expliquer certains aspects de la preuve. Citons à

"battered wife syndrome" to explain the wife's conduct in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, or the effect of the "feminization of poverty" judicially noticed in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 853, and of the systemic or background factors that have contributed to the difficulties faced by aboriginal people in both the criminal justice system and throughout society at large in *R. v. Wells*, [2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10, at para. 53, and in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 83.

No doubt there is a useful distinction between "adjudicative facts" (the where, when and why of what the accused is alleged to have done) and "social facts" and "legislative facts" which have relevance to the reasoning process and may involve broad considerations of policy: Paciocco and Stuesser, at p. 286. However, simply categorizing an issue as "social fact" or "legislative fact" does not license the court to put aside the need to examine the trustworthiness of the "facts" sought to be judicially noticed. Nor are counsel encouraged to bootleg "evidence in the guise of authorities": *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1999] 3 S.C.R. 845, at para. 3.

The distinction between legislative and adjudicative facts was formulated by the astute administrative law expert, Kenneth Culp Davis, who thought it important to distinguish for purposes of judicial notice between "adjudicative" fact (where he thought the Morgan criteria should apply) and "legislative" fact (where he tended to side with Thayer): K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (2nd ed. 1980), vol. 3, at p. 139. The proof of facts about widespread racism in the community, and whether or not it is so strong as to create a "realistic possibility" of overcoming a juror's presumed impartiality, has to do with juries in general and judicial policy towards their composition. Such matters, according to Sopinka J., "are subject to less stringent admissibility requirements" (*Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099). The "less stringent" standard was not defined.

titre d'exemples l'admission d'office, par notre Cour, du « syndrome de la femme battue » pour expliquer le comportement de l'épouse (*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852), de l'effet de la « féminisation de la pauvreté » (*Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 853) et des facteurs systémiques ou historiques qui ont contribué aux difficultés que rencontrent les autochtones dans le système de justice pénale et dans la société en général (*R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207, 2000 CSC 10, par. 53, et *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 83).

58 Il y a certes une distinction utile entre, d'une part, les « faits en litige » (où, comment et pourquoi l'accusé a commis l'acte qu'on lui reproche) et, d'autre part, les « faits sociaux » et les « faits législatifs », qui importent dans le raisonnement et peuvent faire jouer des considérations de principe générales : Paciocco et Stuesser, p. 286. Cependant, décider qu'un élément est un « fait social » ou un « fait législatif » ne dispense pas le tribunal de l'obligation de s'assurer de la véracité des « faits » dont on lui demande l'admission d'office. Les avocats doivent également s'abstenir de produire irrégulièrement des « éléments de preuve sous le couvert de sources juridiques » : *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 R.C.S. 845, par. 3.

59 L'on doit la distinction entre faits législatifs et faits en litige à un éminent expert du droit administratif, Kenneth Culp Davis, selon lequel il importait, pour les besoins de la connaissance d'office, de distinguer faits « en litige » (auxquels devait s'appliquer, à son avis, le critère proposé par Morgan) et faits « législatifs » (au sujet desquels il penchait en faveur de Thayer) : K. C. Davis, *Administrative Law Treatise* (2e éd. 1980), vol. 3, p. 139. La preuve des faits relatifs au racisme qui sévit dans la société et la question de savoir s'il y est répandu au point de créer une « possibilité réaliste » de partialité de la part d'un juré concernent les jurys en général et la politique judiciaire relative à leur composition. Le juge Sopinka a opiné que ces faits sont soumis à des « conditions de [. . .] recevabilité [. . .] moins sévères » (*Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099), mais sans préciser ce qu'il entendait par « moins sévères ».

60 Professor Davis' useful distinction between adjudicative facts and legislative facts is part of his larger insight, highly relevant for present purposes, that *the permissible scope of judicial notice should vary according to the nature of the issue under consideration.* For example, more stringent proof may be called for of facts that are close to the center of the controversy between the parties (whether social, legislative or adjudicative) as distinguished from background facts at or near the periphery.

61 To put it another way, the closer the fact approaches the dispositive issue, the more the court ought to insist on compliance with the stricter Morgan criteria. Thus in *Find*, the Court's consideration of alleged juror bias arising out of the repellant nature of the offences against the accused did not relate to the issue of guilt or innocence, and was not "adjudicative" fact in that sense, but nevertheless the Court insisted on compliance with the Morgan criteria because of the centrality of the issue, which was hotly disputed, to the disposition of the appeal. While some learned commentators seek to limit the Morgan criteria to adjudicative fact (see, e.g., Paciocco and Stuesser, at p. 286; McCormick, at p. 316), I believe the Court's decision in *Find* takes a firmer line. I believe a review of our jurisprudence suggests that the Court will start with the Morgan criteria, whatever may be the type of "fact" that is sought to be judicially noticed. The Morgan criteria represent the gold standard and, if satisfied, the "fact" will be judicially noticed, and that is the end of the matter.

62 If the Morgan criteria are *not* satisfied, and the fact is "adjudicative" in nature, the fact will *not* be judicially recognized, and that too is the end of the matter.

63 It is when dealing with social facts and legislative facts that the Morgan criteria, while relevant, are not necessarily conclusive. There are levels of notoriety and indisputability. Some legislative "facts" are necessarily laced with supposition, prediction, presumption, perception and wishful thinking. Outside the realm of adjudicative fact, the limits of judicial notice are inevitably

Cette distinction utile que fait le professeur Davis entre les faits en litige et les faits législatifs s'inscrit dans une perspective plus globale, très pertinente en l'espèce, savoir que *les limites acceptables de la connaissance d'office varient selon la nature de la question considérée.* Par exemple, la preuve d'un fait touchant de près au cœur du litige (qu'il s'agisse d'un fait social, législatif ou en litige) peut être soumise à des exigences plus sévères que celle d'un fait général qui en est plus éloigné.

Autrement dit, plus un fait a une incidence directe sur l'issue du procès, plus le tribunal doit faire observer le critère rigoureux formulé par Morgan. Ainsi, dans l'arrêt *Find*, la partialité dont auraient pu faire preuve les jurés en raison du caractère répugnant des infractions reprochées à l'accusé ne touchait pas à la culpabilité ou à l'innocence et, en ce sens, elle ne constituait pas un fait « en litige ». Notre Cour a néanmoins appliqué les critères proposés par Morgan en raison du caractère crucial de la question, vivement débattue, pour l'issue du pourvoi. Pour certains observateurs éminents, ces critères ne devraient s'appliquer qu'aux faits en litige (voir, p. ex., Paciocco et Stuesser, p. 286; McCormick, p. 316). À mon avis, toutefois, la position adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Find* est plus stricte. Il appert de ses décisions qu'elle commencera par appliquer les critères de Morgan, quelle que soit la nature des « faits » dont on demande l'admission d'office. Ces critères sont « la » référence et, s'ils sont respectés, le « fait » est admis d'office et le débat est clos.

Si les critères de Morgan *ne* sont *pas* remplis à l'égard d'un fait « en litige », celui-ci *ne* sera *pas* admis d'office, ce qui mettra également fin au débat.

C'est en matière de faits sociaux et de faits législatifs que les critères de Morgan, bien qu'ils soient pertinents, ne sont pas nécessairement concluants. Il existe divers degrés de notoriété et d'incontestabilité. Certains « faits » législatifs sont nécessairement empreints d'hypothèses, de prévisions, de présomptions, d'impressions et de vœux pieux. Sauf en qui concerne les faits en litige, les

somewhat elastic. Still, the Morgan criteria will have great weight when the legislative fact or social fact approaches the dispositive issue. For example, in *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70, LeBel J. observed:

> The fact that unions intervene in political social debate is well known and well documented and might be the object of judicial notice. . . .
>
> Taking judicial notice of the fact that Quebec unions have a constant ideology, act in constant support of a particular cause or policy, and seek to impose that ideology on their members seems far more controversial. It would require a leap of faith and logic, absent a proper factual record on the question. [paras. 226-27]

See also *Gladue*, at para. 83.

The reality is that in many *Charter* cases (for example), the adjudicative facts are admitted. It is the legislative facts or social facts that are likely to prove dispositive (e.g., *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69). The Court in those cases was rightly careful to keep judicial notice on a relatively short leash, while at the same time acknowledging that facts cannot be demonstrated with greater precision than the subject matter permits.

When asked to take judicial notice of matters falling between the high end already discussed where the Morgan criteria will be insisted upon, and the low end of background facts where the court will likely proceed (consciously or unconsciously) on the basis that the matter is beyond serious controversy, I believe a court ought to ask itself whether such "fact" would be accepted by reasonable people who have taken the trouble to inform themselves on the topic as not being the subject of reasonable dispute *for the particular purpose for which it is to be used*, keeping in mind that the need for reliability and trustworthiness increases directly

limites de la connaissance d'office sont inévitablement assez élastiques. Néanmoins, les critères de Morgan joueront un rôle important lorsque le fait législatif ou social aura une incidence sur l'issue du procès. Par exemple, dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70, le juge LeBel a dit :

> La participation des syndicats aux débats politiques et sociaux est un fait bien connu et bien documenté, et pourrait faire l'objet de la connaissance d'office. . .
>
> Prendre connaissance d'office du fait que les syndicats québécois ont une idéologie constante, appuient continuellement une cause ou une politique particulière et cherchent à imposer cette idéologie à leurs membres semble prêter beaucoup plus à controverse. Il faudrait, à cette fin, faire un acte de foi et sauter une étape logique, vu l'absence de preuve factuelle suffisante sur la question. [par. 226-227]

Voir aussi *Gladue*, par. 83.

64 Or, dans de nombreuses affaires fondées sur l'application de la *Charte* (par exemple), les faits en litige sont admis. Ce sont alors les faits législatifs ou les faits sociaux qui sont susceptibles d'être décisifs (p. ex., *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69). Dans ces arrêts, notre Cour a eu raison de faire preuve de prudence et d'adopter une attitude relativement stricte en matière de connaissance d'office, tout en reconnaissant qu'un fait ne peut être établi avec plus de précision que ne le permet le sujet en cause.

65 J'estime que le tribunal auquel on demande de prendre connaissance d'office d'éléments se situant entre les faits qui touchent au cœur du litige et auxquels s'appliquent les critères de Morgan, et les faits généraux, qui touchent indirectement au litige et à l'égard desquels il supposera (consciemment ou non) qu'ils ne prêtent pas à sérieuse controverse, devrait se demander si une personne raisonnable ayant pris la peine de s'informer sur le sujet considérerait que ce « fait » échappe à toute contestation raisonnable quant *à la fin à laquelle il sera invoqué*, sans oublier que les exigences en matière de crédibilité et de fiabilité s'accroissent directement en

with the centrality of the "fact" to the disposition of the controversy. Thus, for example, journalists claim that "everybody knows" some important news sources will dry up unless their identity can be kept secret. On that basis, some courts have been prepared to refuse (or delay) compelling journalists to disclose confidential sources for the purpose of defamation proceedings, e.g., *Hays v. Weiland* (1918), 43 D.L.R. 137 (Ont. C.A.); *Reid v. Telegram Publishing Co.*, [1961] O.R. 418 (S.C.); *Drabinsky v. Maclean-Hunter Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 23 (H.C.); *McInnis v. University Students' Council of University of Western Ontario* (1984), 14 D.L.R. (4th) 126 (Ont. H.C.), leave to appeal to Divisional Court refused, at p. 127. However, when the issue of compelled disclosure of confidential sources became dispositive in *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572, the Court declined to recognize any *Charter* entitlement for journalists to refuse to disclose "secret" sources before an administrative tribunal, at p. 1581, *per* Sopinka J.:

> While judicial notice may be taken of self-evident facts, I am not convinced that it is indisputable that there is a direct relationship between testimonial compulsion and a "drying-up" of news sources as alleged by the appellant. The burden of proof that there has been a violation of s. 2(*b*) rests on the appellant. Absent any evidence that there is a tie between the impairment of the alleged right to gather information and the requirement that journalists testify before the Labour Relations Board, I cannot find that there has been a breach of s. 2(*b*) in this case.

66 Both of these examples dealt with the "legislative facts" underlying a claimed rule giving effect to journalistic privilege. For the purposes of regulating procedures in defamation proceedings, the courts were prepared to accept as a reasonable generalization that failure to respect confidential sources would "chill" the gathering of news, which would not be in the public interest. In *Moysa*, however, for the very different purpose of considering whether the underlying "legislative fact" was sufficiently beyond controversy to support a claim to entrenchment as a *Charter* privilege, the generalization was subjected to closer scrutiny.

fonction de la pertinence du « fait » pour le règlement de la question en litige. Ainsi, par exemple, les journalistes affirment que « tout le monde sait » que certaines sources d'information importantes se tariront si leur identité n'est pas tenue secrète. C'est pourquoi dans certaines affaires, le tribunal a refusé de contraindre un journaliste à divulguer ses sources d'information confidentielles pour les besoins d'une poursuite en diffamation (ou qu'il a reporté leur divulgation) : p. ex., *Hays c. Weiland* (1918), 43 D.L.R. 137 (C.A. Ont.); *Reid c. Telegram Publishing Co.*, [1961] O.R. 418 (C.S.); *Drabinsky c. Maclean-Hunter Ltd.* (1980), 28 O.R. (2d) 23 (H.C.); *McInnis c. University Students' Council of University of Western Ontario* (1984), 14 D.L.R. (4th) 126 (H.C. Ont.), autorisation d'appel devant la Cour divisionnaire refusée, p. 127. Toutefois, dans l'affaire *Moysa c. Alberta (Labour relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572, où cette question s'est révélée décisive, notre Cour a refusé de reconnaître aux journalistes le droit constitutionnel de refuser la divulgation de leurs sources « secrètes » devant un tribunal administratif. Le juge Sopinka a dit à la p. 1581 :

> Bien qu'un tribunal puisse prendre connaissance d'office des faits évidents, je ne suis pas convaincu qu'il existe, comme le prétend l'appelante, une relation directe indiscutable entre l'obligation de témoigner et le tarissement des sources d'information. Or, c'est à l'appelante qu'incombe le fardeau d'établir la violation de l'al. 2*b*). Faute de preuve d'un lien entre l'atteinte au droit allégué de recueillir de l'information et l'obligation faite aux journalistes de témoigner devant la Commission, je ne puis conclure qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'al. 2*b*).

Il était question, dans les deux cas, des « faits législatifs » sous-jacents à une règle censée conférer l'immunité aux journalistes. Afin de régulariser le déroulement de la procédure dans une poursuite en diffamation, les tribunaux étaient disposés à admettre comme généralisation raisonnable que le non-respect de la confidentialité des sources nuirait à la collecte de l'information, ce qui ne serait pas dans l'intérêt public. Or, dans *Moysa*, cette généralisation a fait l'objet d'un examen plus approfondi dans un tout autre but — celui de déterminer si le « fait législatif » sous-jacent était suffisamment incontestable pour étayer l'allégation d'immunité constitutionnelle.

Here, the respondent and the African Canadian Legal Clinic are asking the Court to make some fundamental shifts in the law's understanding of how juries function and how the selection of their members should be approached. Their submissions carry us well beyond the specific context in which *Williams* and *Parks* were decided. The facts of which they ask us to take judicial notice would be dispositive of the appeal; yet they are neither notorious nor easily verified by reference to works of "indisputable accuracy". We are urged to pile inference onto inference. To take judicial notice of such matters *for this purpose* would, in my opinion, be to take even a generous view of judicial notice a leap too far. We do not know whether a *favourable* predisposition based on race — to the extent it exists — is any more prevalent than it is for people who share the same religion, or language, or national origin, or old school. On the present state of our knowledge, I think we should decline, at least for now, to proceed by way of judicial notice down the road the African Canadian Legal Clinic has laid out for us.

67 En l'espèce, toutefois, l'intimé et l'African Canadian Legal Clinic demandent à notre Cour de modifier radicalement son approche de l'institution du jury, de son fonctionnement et de la manière dont ses membres devraient être choisis. Leurs observations nous éloignent beaucoup du contexte dans lequel les arrêts *Williams* et *Parks* ont été rendus. Les faits dont ils nous demandent de prendre connaissance d'office seraient décisifs quant à l'issue de l'appel. Pourtant, ils ne sont ni notoires ni faciles à vérifier au moyen de sources « dont l'exactitude est incontestable ». On nous demande instamment de tirer des déductions à partir d'autres déductions. À mon avis, ce serait repousser trop loin les limites de la connaissance d'office — même interprétée libéralement — que d'admettre les faits en cause *à cette fin*. Nous ignorons toutefois si le préjugé *favorable* fondé sur la race — s'il existe — est plus fréquent que celui fondé sur l'identité de religion, de langue ou d'origine nationale ou sur l'attachement aux mêmes traditions. Compte tenu de ce que nous savons à l'heure actuelle, je pense que nous devrions refuser, du moins pour le moment, d'admettre d'office les faits en cause comme nous y invite l'African Canadian Legal Clinic.

I would add this comment: in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, a majority of our Court expressed a preference for social science evidence to be presented through an expert witness who could be cross-examined as to the value and weight to be given to such studies and reports. This is the approach that had been taken by the litigants in *Sharpe*, *Little Sisters*, *Malmo-Levine* itself and subsequently in *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4. We said in *Malmo-Levine* that

68 Je me permets d'ajouter que dans *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, les juges majoritaires de notre Cour ont dit préférer qu'une preuve relevant des sciences sociales soit présentée par un témoin expert susceptible d'être contre-interrogé sur la valeur et l'importance qu'il convient d'accorder à une étude ou à un rapport, comme l'avait préconisé M. Malmo-Levine lui-même. Les parties avaient adopté la même approche dans les affaires *Sharpe* et *Little Sisters*, et l'ont fait à nouveau dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4. Dans l'arrêt *Malmo-Levine*, nous avons dit que

> courts should nevertheless proceed cautiously to take judicial notice even as "legislative facts" of matters . . . are reasonably open to dispute, particularly where they relate to an issue that could be dispositive . . . . [para. 28]

> [les tribunaux] doivent néanmoins faire montre de prudence avant de prendre connaissance d'office, même en tant que « faits législatifs », de points raisonnablement discutables, particulièrement lorsque ceux-ci portent sur une question qui pourrait être décisive . . . [par. 28]

The suggestion that even legislative and social "facts" should be established by expert testimony

Dans des arrêts aussi différents les uns des autres que *Find*, *Moysa*, *Danson*, p. 1101, *Symes c. Canada*,

rather than reliance on judicial notice was also made in cases as different from one another as *Find*, *Moysa*, *Danson*, at p. 1101, *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, *Waldick v. Malcolm*, [1991] 2 S.C.R. 456, at pp. 472-73, *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, at pp. 549-50, *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 881-82, and *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357. Litigants who disregard the suggestion proceed at some risk.

69 I accept that, as Finlayson J.A. pointed out in *Koh*, sometimes expert testimony is hard to come by and may in any event be beyond the resources of the particular litigants. As will be seen, I think such considerations in the context of challenges for cause are better addressed as part of the court's concern for trial fairness and the necessary perception of fairness, rather than being allowed to dilute the principled exercise of judicial notice.

C. *Did the Trial Judge Exceed His Discretion in Rejecting the "Full" Parks Question on the Facts of This Case?*

70 In *Find*, McLachlin C.J. stated emphatically:

> Ultimately, the decision to allow or deny an application to challenge for cause falls to the discretion of the trial judge. [Emphasis added; para. 45.]

71 In *Williams*, McLachlin J. had affirmed the "wide discretion" of trial judges (para. 13), and held:

> Ultimately, it is within the discretion of the trial judge to determine whether widespread racial prejudice in the community, absent specific "links" to the trial, is sufficient to give an "air of reality" to the challenge in the particular circumstances of each case. [Emphasis added; para. 30.]

Thus, even in the case of an aboriginal accused charged with robbery of a white person, the right to challenge for cause would not be "automatic" (para. 41).

[1993] 4 R.C.S. 695, *Waldick c. Malcolm*, [1991] 2 R.C.S. 456, p. 472-473, *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, p. 549-550, *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 881-882, et *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, notre Cour a également laissé entendre qu'on devait recourir au témoignage d'un expert plutôt qu'à la connaissance d'office pour établir un « fait » législatif ou social. La partie à un litige qui en fait abstraction court un certain risque.

Comme l'a signalé le juge Finlayson dans *Koh*, le témoignage d'un expert est parfois difficile à obtenir et les ressources financières de la partie en cause ne lui permettent pas toujours d'y avoir accès. On le verra, en matière de récusations motivées, il est préférable que le tribunal tienne compte de telles considérations au regard de l'équité du procès et de sa nécessaire équité apparente au lieu de vider de son sens l'application raisonnée de la connaissance d'office.

C. *Compte tenu des faits de l'espèce, le juge du procès a-t-il outrepassé son pouvoir discrétionnaire en refusant que soit posée « intégralement » la question formulée dans l'arrêt Parks?*

Dans l'arrêt *Find*, la juge en chef McLachlin a été catégorique :

> En fin de compte, la décision d'accueillir ou de rejeter une demande de recours à la procédure de récusation motivée relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. [Je souligne; par. 45.]

Dans l'arrêt *Williams*, elle a confirmé le « large pouvoir discrétionnaire » du juge du procès (par. 13), ajoutant :

> En fin de compte, il relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de déterminer si, en l'absence de « liens » particuliers avec le procès, les préjugés raciaux largement répandus dans la collectivité sont suffisants pour conférer une « vraisemblance » à la récusation compte tenu des circonstances particulières de chaque cas. [Je souligne; par. 30.]

Ainsi, même dans le cas d'un autochtone accusé du vol qualifié d'un Blanc, le droit de récusation motivée n'est pas « automatique » (par. 41).

It is true that in the Ontario quartet the Court of Appeal in *Parks*, *Wilson*, *Campbell* and *Koh* concluded that the trial judge had erred in the exercise of his discretion, but occasional errors in the exercise of a discretion do not undermine the reality of its existence. Here the trial judge misremembered the *Parks* question, but he made it clear that *regardless* of the wording of the *Parks* question he would not allow the "interracial" element to be pursued because he did not consider it relevant. In each case, the trial judge must determine whether there is an "air of reality" to the challenge "in the particular circumstances of each case" (*Williams*, at para. 30). As did Laskin J.A., I conclude that on "the particular circumstances" of this case it cannot be said that the trial judge exceeded the scope of his discretion in proceeding as he did.

72 Il est vrai que dans les arrêts *Parks*, *Wilson*, *Campbell* et *Koh*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire. Cependant, des erreurs occasionnelles dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne remettent pas en cause son existence. En l'espèce, le juge du procès ne s'est pas bien souvenu de la question posée dans l'arrêt *Parks*, mais il a clairement indiqué que, *quel que soit* son libellé, il ne permettrait pas la mention du caractère « interracial », car il n'était pas pertinent selon lui. Le juge du procès doit décider de la « vraisemblance » de la récusation « compte tenu des circonstances particulières de chaque cas » (*Williams*, par. 30). Comme le juge Laskin, je conclus que dans les « circonstances particulières » de l'espèce, on ne peut affirmer que le juge du procès a outrepassé son pouvoir discrétionnaire.

D. *In Any Event, Did Trial Fairness and the Appearance of Trial Fairness Require the Full Parks Question Be Put?*

D. *Quoi qu'il en soit, l'équité et l'apparence d'équité du procès exigeaient-elles que soit posée intégralement la question formulée dans l'arrêt Parks?*

Much of the reasoning in *Parks* is related to fairness, perceptions of fairness, and the need to maintain confidence in the jury system in all parts of the community. On this point, the Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution had this to say:

73 Dans l'arrêt *Parks*, le raisonnement repose en grande partie sur l'équité, réelle et perçue, ainsi que sur la nécessité de préserver la confiance de tous les citoyens dans l'institution du jury. Voici ce qu'a dit à ce sujet la Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution :

> At the moment, Blacks and Natives clearly do feel aggrieved by their treatment at all levels of the justice system: by police, Crown prosecutors, defence lawyers, government officials and judges. Blacks and Natives believe that those working in the system — from top to bottom — lack sensitivity in dealing with members of visible minority groups. They believe they have no stake in what they regard as the "White man's justice system".
>
> . . .
>
> It is difficult, perhaps impossible, to measure the extent to which this perception is based on reality. But that, in our view, is not the issue. Nova Scotians must have confidence that the legal system is fair and unbiased. If a large segment of the population does not accept that proposition, then the system itself must

> [TRADUCTION] Pour l'heure, Noirs et autochtones se sentent manifestement lésés par le traitement qui leur est réservé à tous les niveaux du système de justice : police, procureurs de la Couronne, avocats de la défense, représentants du gouvernement et magistrature. Ils estiment que les intervenants — du haut au bas de l'échelle — manquent de considération dans leurs rapports avec les membres des minorités visibles. Ils se disent étrangers à ce qu'ils appellent le « système de justice des Blancs ».
>
> . . .
>
> Il est difficile, voire impossible, d'apprécier dans quelle mesure cette perception traduit la réalité. Mais, à notre avis, là n'est pas la question. Les citoyens de la Nouvelle-Écosse doivent être convaincus de l'équité et de l'impartialité du système de justice. Si une grande partie d'entre eux n'y croit pas, l'administration de la

accept some responsibility and must begin the process of change. [pp. 151 and 184]

74 In *Williams*, the accused had filed an affidavit that stated, in part, "I . . . hope that the 12 people that try me are not Indian haters" (para. 3). The Court held that, as a matter of judicial policy,

> [i]t is better to risk allowing what are in fact unnecessary challenges, than to risk prohibiting challenges which are necessary . . . . [para. 22]

75 In *Koh*, Finlayson J.A. spoke of the need for "the appearance of trial fairness, both in the eyes of the accused and members of minority groups" (para. 43 (emphasis added)).

76 Trial fairness trumps technicalities. If the trial judge were persuaded that the appearance of fairness to the respondent accused required the full *Parks* question, he ought to have permitted it, regardless of his recollection of the *Parks* question, the state of the social science or the nuanced limits of judicial notice. The question, however, is where the Court draws the "fairness" line. In the Johnson article, cited above and referred to both in *Williams* and *Parks*, reference is made to a study investigating the effect of the defense *lawyer*'s race on the determination of his client's guilt. The study found a consistent anti-black defence lawyer bias (p. 1635). Does "fairness" require that the race of counsel be included in the *Parks* question? Then there is the study by R. M. Bagby and N. A. Rector, "Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context" (1991), 11 *Health L. Can.* 94, referred to by Doherty J.A. in *Parks*. They reported a study in which English speaking Canadians were provided with a modified court transcript of a rape trial whereby the ethnicity of the defendant and the victim were varied. The study found that English speaking Canadians viewed French speaking Canadians more positively than either English or native Canadians. The victim was viewed more positively when she was French, and the accused was seen as more guilty when the victim was French. Can such complications of race and ethnicity be followed up as a matter of fairness

justice doit accepter une part de responsabilité et entreprendre une réforme. [p. 151 et 184]

Dans l'affaire *Williams*, l'accusé avait produit un affidavit dans lequel il disait notamment [TRADUCTION] « j'espère que les 12 personnes qui me jugeront ne haïssent pas les Indiens » (par. 3). Notre Cour a conclu ce qui suit sur le plan des principes judiciaires :

> Il vaut mieux risquer d'autoriser des récusations qui sont en fait inutiles que risquer d'interdire des récusations qui sont nécessaires . . . [par. 22]

Dans l'arrêt *Koh*, le juge Finlayson a parlé de la nécessité que [TRADUCTION] « l'équité du procès soit apparente tant aux yeux de l'accusé qu'à ceux des membres de groupes minoritaires » (par. 43 (je souligne)).

L'équité du procès l'emporte sur les questions de forme. S'il était convaincu que l'apparence d'équité à l'égard de l'accusé exigeait que soit posée intégralement la question formulée dans l'arrêt *Parks*, le juge du procès aurait dû le permettre indépendamment de son souvenir de la question, de l'état des sciences sociales ou des limites nuancées de la connaissance d'office. La question se pose toutefois de savoir ce que notre Cour entend par « équité ». Dans son article précité et mentionné dans les arrêts *Williams* et *Parks*, la professeure Johnson renvoie à une étude portant sur l'incidence de la race de l'*avocat* de la défense sur l'issue de procès. Les auteurs de l'étude ont constaté invariablement l'existence d'un préjugé contre les avocats de la défense de race noire (p. 1635). L'« équité » exige-t-elle que la race de l'avocat soit précisée dans la question inspirée de l'arrêt *Parks*? Puis il y a l'étude réalisée par R. M. Bagby et N. A. Rector, « Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context » (1991), 11 *Health L. Can.* 94, dont a fait mention le juge Doherty dans l'arrêt *Parks*. Les auteurs font état d'une expérience dans laquelle des Canadiens anglophones ont pris connaissance de la transcription d'un procès pour viol où l'on avait modifié dans chaque cas l'origine ethnique du défendeur et celle de la victime. Les résultats ont révélé que les Canadiens anglophones avaient une meilleure opinion des Canadiens francophones que des Canadiens anglais ou

without embracing the American model which, to date, Canadian courts have declined to do?

It may be that race is a more powerful, corrosive and unmanageable factor than any of these other potential sources of discrimination, particularly at the level of visible minorities. But in this case, with respect, I do not think fairness to the accused or the vitally necessary *appearance* of fairness was compromised. The only issue of importance to the defence was identification. Neither the race of the complainant nor his testimony of what happened shed any light on identification. In the circumstances of this case, the trial judge did not think that leaving the "interracial" element out of the *Parks* question was unfair. That is a determination he was entitled to make. We should not interfere simply because we might have concluded in his place that greater reassurance might have been given to the accused had the full *Parks* question been put.

IV. Conclusion

For the reasons given, I conclude that on the facts of this case, it was within the discretion of the trial judge to decline a challenge for cause targeting the "interracial element" of the crime. While the fact that the accused was black justified a challenge for cause on that basis, the additional fact that the pizza deliveryman in this case was of East Indian origin did not compound the prejudice and therefore did not need to be the subject of a separate inquiry to potential jurors.

I therefore would allow the appeal, set aside the decision of the Ontario Court of Appeal and restore the conviction. The case is to be remitted to the Ontario Court of Appeal to deal with the respondent's appeal with respect to sentence.

autochtones. Une victime francophone était considérée plus favorablement et, dans son cas, l'accusé était jugé davantage coupable. Peut-on, au nom de l'équité, tenir compte de ces complications liées à la race ou à l'origine ethnique sans adhérer au modèle américain, que les tribunaux canadiens ont rejeté jusqu'à maintenant?

77 Il se peut que la race soit un facteur plus important, plus corrosif et plus difficile à maîtriser que toutes les autres sources possibles de discrimination, en particulier dans le cas des minorités visibles. Toutefois, avec déférence, je ne crois pas que l'équité ou la si nécessaire *apparence* d'équité du procès ont été compromises dans le cas de l'accusé. La seule question importante pour la défense était celle de l'identification. Ni la race du plaignant ni son témoignage sur les faits n'ont apporté d'éclaircissements sur ce point. Dans les circonstances, le juge du procès n'a pas cru qu'il serait injuste d'écarter l'élément « interracial » de la question formulée dans l'arrêt *Parks*. Il avait le droit de tirer cette conclusion. Nous ne devons pas intervenir pour le seul motif que nous aurions pu conclure que l'accusé aurait bénéficié d'une meilleure garantie si cette question avait été posée intégralement.

IV. Conclusion

78 Pour les motifs qui précèdent et compte tenu des faits de l'espèce, je conclus que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de refuser que la question posée en vue d'une récusation éventuelle vise le caractère « interracial » du crime. Même si le fait que l'accusé était noir justifiait une récusation pour ce motif, le fait que le livreur de pizzas était d'origine indo-pakistanaise n'accentuait pas le préjugé, de sorte qu'il n'était pas nécessaire que la question posée aux candidats jurés en fasse également état.

79 Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir la déclaration de culpabilité. L'affaire est renvoyée à la Cour d'appel de l'Ontario pour qu'elle se prononce sur l'appel interjeté par l'intimé relativement à la peine.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent: Hicks, Block, Adams, Toronto.

Solicitor for the intervener: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Hicks, Block, Adams, Toronto.

Procureur de l'intervenante : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Éric Boucher *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* BOUCHER

Neutral citation: 2005 SCC 72.

File No.: 30256.

2005: May 10; 2005: December 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Presumption of accuracy of breathalyzer test result — Evidence to contrary adduced to rebut presumption — Credibility of accused — Defence expert asserting that blood alcohol levels of accused not corresponding to levels person with his physical characteristics would have after consumption alleged by defence — Trial judge finding accused's testimony not credible and rejecting expert evidence — Accused found guilty — Whether expert opinion based on testimony that not credible can constitute evidence to contrary — Whether there other evidence that could raise reasonable doubt — Whether appropriate to intervene in trial judge's assessment of credibility of accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(g).

The accused was charged in Municipal Court with operating a vehicle while his blood alcohol level exceeded the legal limit. His blood analysis certificates indicated 93 and 92 mg. He testified that he had drunk two large beers during the few hours prior to his arrest. The defence expert asserted that, where a person with the accused's physical characteristics consumed this amount, the normal result would be much less than the level recorded on the certificates. The trial judge found the accused guilty. In her opinion, the accused's testimony was not credible, and she rejected the related expert opinion. She concluded that the statutory presumption in s. 258(1)(*g*) of the *Criminal Code* that the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Éric Boucher *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BOUCHER

Référence neutre : 2005 CSC 72.

N° du greffe : 30256.

2005 : 10 mai; 2005 : 2 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Conduite d'un véhicule avec un taux d'alcoolémie supérieur à la limite permise — Présomption d'exactitude du résultat de l'alcootest — Preuve contraire visant à réfuter la présomption — Crédibilité de l'accusé — Expert de la défense affirmant que les taux d'alcoolémie obtenus ne correspondent pas à celui qu'obtiendrait une personne ayant les caractéristiques physiques de l'accusé pour une consommation telle qu'alléguée en défense — Juge du procès concluant que le témoignage de l'accusé n'est pas crédible et écartant l'expertise — Accusé déclaré coupable — L'opinion d'un expert fondée sur un témoignage qui n'est pas crédible peut-elle constituer une preuve contraire? — D'autres éléments de preuve étaient-ils susceptibles de soulever un doute raisonnable? — Y a-t-il lieu d'intervenir dans l'appréciation de la crédibilité de l'accusé par la juge du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)g).

L'accusé a été inculpé en Cour municipale d'avoir conduit un véhicule alors que son taux d'alcoolémie dépassait la limite permise. Les certificats d'alcootests indiquaient 93 et 92 mg. D'après son témoignage, il aurait consommé deux bières de grand format durant les quelques heures précédant son arrestation. L'expert de la défense affirme que, pour cette consommation par une personne ayant les caractéristiques physiques de l'accusé, le résultat normal serait beaucoup moindre que le taux indiqué aux certificats. La juge du procès déclare l'accusé coupable. Elle n'accorde pas de crédibilité au témoignage de l'accusé et exclut l'expertise qui s'y rattache. Elle conclut que la présomption légale

test results were accurate had not been rebutted. On appeal, the Superior Court set aside the guilty verdict on the basis that the evidence as a whole, including the expert's testimony, raised a reasonable doubt in favour of the accused. The majority of the Court of Appeal affirmed the acquittal.

Held (Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed and the guilty verdict restored.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Deschamps and Abella JJ.: The standard of proof that must be met to rebut the presumption of accuracy is reasonable doubt. The defence has no burden of proof. Evidence to the contrary that raises a reasonable doubt that the certificate correctly reflects the blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed is sufficient to rebut the presumption under s. 258(1)(*g*). In the case at bar, it cannot be found based on the evidence that there is a reasonable doubt as to the accuracy of the results of the breathalyzer tests. The trial judge rejected the accused's testimony on the basis that it was not credible, and an expert opinion based on that testimony cannot constitute evidence to the contrary. Furthermore, the expert evidence merely provides theoretical information without regard for the accused's personal level of alcohol tolerance, the results of the tests themselves cannot be used to demonstrate their own inaccuracy, and the absence of symptoms of intoxication, although relevant as a defence to a charge of impaired driving, is not significant where the charge is driving with a blood alcohol level exceeding 80 mg. Finally, in concluding that only the expert evidence would have been capable of constituting evidence to the contrary if it had had any basis, the trial judge necessarily assessed the evidence as a whole. [1] [15] [21] [31] [33-36]

In assessing the credibility of the accused, the Municipal Court judge correctly identified the applicable standard, namely reasonable doubt. It is true that she erred when she said that the evidence must not merely be reasonably true. However, this comment was not part of an instruction to a jury, and it was made immediately after she identified the standard. It reflects a problem with the wording she used. The judge also erred when she stated that the credibility of the accused and his witnesses could be assessed in light of the results of the breathalyzer tests, but she did not rely on the test results at all in her analysis of the evidence. The erroneous statements, considered in their context, did not influence her assessment of the accused's testimony. The main reason she gave for rejecting his testimony

d'exactitude de l'alcootest, prévue à l'al. 258(1)*g*) du *Code criminel*, n'a pas été réfutée. En appel, la Cour supérieure annule le verdict de culpabilité au motif que l'ensemble de la preuve, incluant le témoignage de l'expert, suscite un doute raisonnable en faveur de l'accusé. La Cour d'appel, à la majorité, confirme l'acquittement.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli et le verdict de culpabilité rétabli.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Deschamps et Abella : La norme de preuve pour réfuter la présomption d'exactitude est celle du doute raisonnable. La défense n'a pas de fardeau de persuasion. Il suffit qu'une preuve contraire soulève un doute à l'effet que le certificat ne reflète pas correctement le taux d'alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise pour contrer la présomption de l'al. 258(1)*g*). En l'espèce, la preuve ne permet pas de conclure à l'existence d'un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat des alcootests. Le témoignage de l'accusé a été écarté par la juge du procès comme non crédible et l'opinion de l'expert qui repose sur ce témoignage ne peut constituer une preuve contraire. De plus, le témoignage de l'expert n'apporte que des données théoriques, sans égard à la tolérance spécifique de l'accusé à l'alcool; les résultats des tests eux-mêmes ne peuvent être utilisés à l'appui de leur propre inexactitude; l'absence de symptômes d'intoxication, pertinente en défense à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies, ne constitue pas un fait significatif dans le cas de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 mg. Enfin, en concluant que seul le témoignage de l'expert serait susceptible de constituer une preuve contraire s'il avait une quelconque assise, la juge du procès a nécessairement évalué la preuve dans son ensemble. [1] [15] [21] [31] [33-36]

Dans son appréciation de la crédibilité de l'accusé, la juge de la Cour municipale fait correctement état de la norme applicable, soit celle du doute raisonnable. Il est vrai qu'elle fait erreur lorsqu'elle mentionne que la preuve ne doit pas seulement être raisonnablement vraie. Ce commentaire ne faisait toutefois pas partie d'une directive à un jury et il suit immédiatement celui dans lequel elle formule la norme. Il relève d'un problème de formulation. Elle fait aussi erreur lorsqu'elle mentionne que la crédibilité de l'accusé et celle de ses témoins peuvent être appréciées au regard des résultats des alcootests mais elle ne se reporte aucunement aux résultats des tests dans son analyse de la preuve. Les énoncés erronés, replacés dans leur contexte, n'ont pas influencé son appréciation du témoignage de l'accusé.

is grounded in fact. It relates to the accused's change of route as he approached the police roadblock. The accused was entitled not to answer the police officer's questions at the time of the arrest. However, the trial judge could assess the whole of the accused's testimony and conclude, in light of its flaws, that his version of the facts could not be accepted. There is no reason to intervene. [42-44] [48-49]

Per Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. (dissenting in part): In the instant case, there is nothing apart from the expert evidence based on the accused's testimony that could constitute evidence to the contrary, and the correctness of the trial judge's verdict therefore ultimately depends on her assessment of the accused's credibility. In considering only whether she believed the accused without determining whether, should her response be negative, the accused had nevertheless raised a reasonable doubt in her mind about the quantity of alcohol he had actually consumed, the trial judge made a fatal error in principle. Given that this error was repeated throughout her reasons and given the statement that the accused's evidence must not merely be reasonably true, it cannot be concluded that the error was a mere flaw in the wording she chose. Furthermore, the reasons given by the trial judge for rejecting the accused's testimony have little weight. First, she found fault with him for remaining silent when the police officer asked him questions about his route. The right to remain silent is a principle of fundamental justice of which the accused was entitled to avail himself, and the trial judge could not draw any inference against him for having exercised that right. Second, she noted that the accused's testimony contained a number of contradictions, which a careful reading of the transcript of the evidence reveals not to be contradictions. The trial judge imposed too heavy a burden of proof on the accused and committed a number of errors in assessing his testimony, and it is impossible to determine the extent to which those errors contributed to her rejection of that testimony. It should therefore be ordered that a new trial be held. [51] [56] [60] [63] [66-67]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089; **approved:** *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Duguay*, [1993] Q.J. No. 58 (QL); **distinguished:** *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320;

Le principal motif pour rejeter ce témoignage est factuel. Il concerne le changement de trajet de l'accusé à l'approche du barrage policier. L'accusé était en droit de ne pas répondre aux questions du policier lors de l'arrestation. La juge du procès pouvait cependant apprécier l'ensemble du témoignage de l'accusé et conclure, d'après ses failles, que cette version des faits ne pouvait être retenue. Il n'y a pas lieu d'intervenir. [42-44] [48-49]

Les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron (dissidents en partie) : Dans la présente affaire, la preuve d'expert fondée sur le témoignage de l'accusé est le seul élément pouvant constituer une preuve contraire et le bien-fondé du verdict de la juge du procès repose donc, en définitive, sur son appréciation de la crédibilité de l'accusé. En se demandant uniquement si elle croyait l'accusé sans déterminer si, advenant une réponse négative, ce dernier soulevait néanmoins un doute raisonnable dans son esprit quant à la quantité d'alcool réellement consommée, la juge du procès a commis une erreur de principe fatale. Compte tenu de la répétition de l'erreur dans l'ensemble de ses motifs et de l'affirmation à l'effet que la preuve de l'accusé ne doit pas seulement être raisonnablement vraie, on ne peut conclure à un simple défaut de formulation. De plus, les motifs invoqués par la juge du procès pour rejeter le témoignage de l'accusé ont peu de poids. Premièrement, elle lui a reproché d'avoir gardé le silence devant les questions du policier concernant son trajet. Le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale dont l'accusé était en droit de se prévaloir et la juge du procès ne pouvait tirer une conclusion défavorable de son exercice. Deuxièmement, elle a noté dans le témoignage de l'accusé plusieurs contradictions qui, selon une lecture attentive de la transcription de la preuve, n'en sont pas. La juge du procès a imposé un fardeau de preuve trop lourd à l'accusé, elle a commis plusieurs erreurs dans l'appréciation du témoignage de ce dernier et il est impossible de déterminer jusqu'à quel point ces erreurs ont contribué à lui faire rejeter ce témoignage. Il faut donc ordonner la tenue d'un nouveau procès. [51] [56] [60] [63] [66-67]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts appliqués : *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; **arrêts approuvés :** *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Duguay*, [1993] A.Q. nº 58 (QL); **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742;

disapproved: *R. v. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266.

By Charron J. (dissenting in part)

R. v. Abbey, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791; *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525; *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412; *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 254(3), 258(1).
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 25(1).

Authors Cited

Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 11e éd. Montréal: Thémis, 2004.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Rothman and Forget JJ.A.), [2004] R.J.Q. 423, 183 C.C.C. (3d) 550, 22 C.R. (6th) 148, 6 M.V.R. (5th) 174, [2004] Q.J. No. 531 (QL), affirming the accused's acquittal, [2001] Q.J. No. 4670 (QL). Appeal allowed, Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. dissenting in part.

Gaétan Plouffe and *Germain Tremblay*, for the appellant.

Alexandre St-Onge and *Marco LaBrie*, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Deschamps and Abella JJ. delivered by

1 DESCHAMPS J. — Is an expert opinion probative if it is based on testimony that is not credible? If not, what evidence may be used to rebut the presumption of accuracy set out in s. 258(1)(*g*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*"), according to which the reading received on a breathalyzer test provides, in the absence of evidence to the contrary, an accurate determination of the blood alcohol level at the time of the test?

R. c. Lifchus, [1997] 3 R.C.S. 320; **arrêts critiqués :** *R. c. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266.

Citée par la juge Charron (dissidente en partie)

R. c. Abbey, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791; *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279; *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525; *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412; *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 254(3), 258(1).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 25(1).

Doctrine citée

Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 11e éd. Montréal : Thémis, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Rothman et Forget), [2004] R.J.Q. 423, 183 C.C.C. (3d) 550, 22 C.R. (6th) 148, 6 M.V.R. (5th) 174, [2004] J.Q. nº 531 (QL), qui a confirmé l'acquittement de l'accusé, [2001] J.Q. nº 4670 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel, Fish et Charron sont dissidents en partie.

Gaétan Plouffe et *Germain Tremblay*, pour l'appelante.

Alexandre St-Onge et *Marco LaBrie*, pour l'intimé.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Deschamps et Abella a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — L'opinion d'un expert fondée sur un témoignage qui n'est pas crédible est-elle probante? Dans la négative, quelle preuve peut être utilisée pour contrer la présomption d'exactitude prévue à l'al. 258(1)*g*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »), suivant laquelle le taux indiqué par l'alcootest fournit, en l'absence de preuve contraire, une mesure exacte de l'alcoolémie au moment du test?

The Court considered questions similar to these in *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791, and *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525. Those cases, however, did not concern the specific context of s. 258(1)(*g*) *Cr. C.* So some clarification would appear to be necessary.

La Cour a examiné des questions de cette nature dans les arrêts *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791, et *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525. Il ne s'agissait cependant pas du contexte spécifique de l'al. 258(1)*g*) *C. cr.* Il appert donc que des précisions sont requises. 2

The respondent, Eric Boucher, was charged with operating a motor vehicle while his blood alcohol level exceeded the legal limit, as that level was 93 mg according to the first breathalyzer test and 92 mg according to the second. The charge was brought before the Municipal Court of Montréal. Mr. Boucher testified that he had drunk two large beers in a tavern during the two to three hours before 2:40 a.m., the time of the arrest. He submitted expert evidence to show that the blood alcohol level recorded by the breathalyzer did not correspond to the level that a person with his physical characteristics should have had.

L'intimé, Eric Boucher, est accusé d'avoir conduit un véhicule automobile alors que son alcoolémie dépassait la limite permise, le premier alcootest ayant révélé une alcoolémie de 93 mg et le deuxième une alcoolémie de 92 mg. L'accusation est portée devant la Cour municipale de Montréal. M. Boucher témoigne avoir consommé deux bières grand format dans une brasserie au cours des deux à trois heures ayant précédé son arrestation à 2 h 40 du matin. Il présente une preuve d'expert dans le but de démontrer que le taux indiqué par l'alcootest ne correspond pas au taux qui devrait être trouvé dans le sang d'une personne ayant ses caractéristiques physiques. 3

The expert expressed the opinion, based on the quantity of alcohol Mr. Boucher said he had consumed, that since the average elimination rate for a 28-year-old man who weighs 175 pounds and is 5'11" tall is 15 mg per hour, Mr. Boucher's blood alcohol level should have been 45 mg at the time of the arrest. Using a less favourable absorption rate of 10 mg, Mr. Boucher's blood alcohol level should have been 60 mg at the time the breathalyzer test was administered. The expert said that, to produce a result of 90 to 95 mg, it would have been necessary for Mr. Boucher to drink twice as much as he said he had. The expert also noted that, if the alcohol had been consumed in the moments just before the arrest, the level recorded might have differed from the level actually recorded at the time of the alleged offence, since the alcohol would not have been absorbed yet at the time of the arrest but would have been absorbed when the test was administered.

Se fondant sur la quantité d'alcool que M. Boucher dit avoir consommée, l'expert exprime l'avis que, pour un homme de 28 ans pesant 175 livres et mesurant 5 pieds et 11 pouces, le facteur d'élimination moyen est de 15 mg par heure et que l'alcoolémie aurait dû être 45 mg au moment de l'arrestation. Prenant un facteur d'absorption plus défavorable, soit 10 mg, l'alcoolémie aurait dû être 60 mg au moment de l'administration de l'alcootest. Il indique que, pour provoquer un résultat de 90 à 95 mg, la consommation aurait dû être le double de celle déclarée par M. Boucher. L'expert signale aussi que, si la consommation est faite dans les instants précédant l'arrestation, le taux indiqué peut différer du taux réel au moment de l'infraction reprochée, parce qu'alors l'alcool n'aurait pas encore été absorbé au moment de l'arrestation mais l'aurait été lors de l'administration du test. 4

Judge Baribeau of the Municipal Court found Mr. Boucher guilty. She was of the opinion that his testimony was not credible and so could not serve as a basis for the expert opinion. She therefore concluded that the statutory presumption had not been rebutted:

La juge Baribeau de la Cour municipale déclare M. Boucher coupable. Elle est d'avis que le témoignage de ce dernier n'est pas crédible et que, de ce fait, il ne peut servir de base à l'expertise. Elle conclut donc que la présomption légale n'est pas renversée : 5

[TRANSLATION] This expert evidence is based on the defendant's testimony about the facts. However, if the judge does not believe the defendant as regards the quantity of alcohol consumed, there is no evidence to the contrary.

Cette preuve présentée par un expert repose sur le témoignage du défendeur quant aux faits. Mais si le juge ne croit pas le défendeur quant à sa consommation d'alcool, il n'y a pas de preuve contraire.

6 Mr. Boucher appealed to the Superior Court. He argued that the Municipal Court judge had erred in fact and in law [TRANSLATION] "in interpreting and applying the evidence to the contrary" required to rebut the presumption that applied to the breathalyzer result. He also argued that the judge had erred in assessing his credibility. The Superior Court judge was of the opinion that the Municipal Court judge could not limit herself to analysing Mr. Boucher's credibility. Without reversing the decision as to credibility, he concluded as follows:

M. Boucher se pourvoit devant la Cour supérieure. Il prétend que la juge de la Cour municipale a commis une erreur de faits et de droit « dans son interprétation et son application de la preuve contraire » requise à l'encontre de la présomption attachée au résultat de l'alcootest. Il plaide aussi que la juge a mal évalué sa crédibilité. Le juge de la Cour supérieure est d'avis que la juge de la Cour municipale ne pouvait se limiter à l'analyse de la crédibilité de M. Boucher. Sans renverser la décision relative à la crédibilité, il formule les conclusions suivantes :

[TRANSLATION] Accordingly, with respect, even if the court does not believe the accused as regards the quantity of alcohol consumed, this is not sufficient to find that there is no evidence to the contrary. The court is of the view that an analysis of the evidence as a whole may raise a reasonable doubt about whether the blood alcohol level exceeded the permissible limit at the time of the arrest.

Thus, the absence of any symptoms other than the smell of alcohol and the expert's testimony regarding the possibility that the accused drank more than he stated are evidence that raises a reasonable doubt, and the appellant should have been given the benefit of that doubt.

([2001] Q.J. No. 4670 (QL), at paras. 23-24)

En conséquence, avec égard, même si le tribunal ne croit pas l'accusé quant à la quantité d'alcool consommée, cela ne suffit pas pour conclure à l'absence de preuve contraire. Le tribunal estime que l'analyse de l'ensemble de la preuve peut susciter un doute raisonnable quant à la présence d'alcool dans le sang au-delà de la limite permise lors de l'arrestation.

Ainsi, l'absence de symptômes autres que l'odeur d'alcool et le témoignage de l'expert dans l'éventualité d'une consommation supérieure à celle déclarée par l'accusé sont des éléments qui suscitent un doute raisonnable dont aurait dû bénéficier l'appelant.

([2001] J.Q. nº 4670 (QL), par. 23-24)

7 The prosecution appealed to the Court of Appeal. The appeal was limited to one question of law: whether the Superior Court could accept the expert's testimony when there was no credible evidence of the facts on which the opinion was based.

La poursuite se pourvoit devant la Cour d'appel. L'appel se limite à une question de droit : la Cour supérieure pouvait-elle retenir le témoignage de l'expert, alors qu'il n'y avait pas de preuve crédible des faits sur lesquels l'opinion est fondée?

8 The three judges of the Court of Appeal wrote separate reasons ([2004] R.J.Q. 423). Rothman J.A. was of the opinion that the case concerned the nature of the evidence to the contrary required under s. 258(1)(*c*) *Cr. C.* to rebut the presumption as to the accuracy of the blood analysis certificate. He concluded that the Municipal Court judge had applied the wrong standard of proof to the question

Les trois juges de la Cour d'appel exposent des motifs distincts ([2004] R.J.Q. 423). Le juge Rothman estime que le dossier concerne la nature de la preuve contraire requise par l'al. 258(1)*c*) *C. cr.* pour repousser la présomption d'exactitude du certificat d'analyse de sang. Il conclut que la juge de la Cour municipale a appliqué une norme de preuve erronée quant à ce qui constitue une

of what constitutes evidence to the contrary under s. 258(1)(*c*) *Cr. C.* In his opinion, regardless of whether or not the Municipal Court judge believed Mr. Boucher as regards his consumption, the evidence as a whole had to be taken into consideration. Citing the principles set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, he reached the following conclusion:

> . . . the evidence of the accused together with the evidence of the expert witness coupled with the absence of any symptoms of impairment other than a smell of alcohol on the breath of the accused, as well as the relatively low level of alcohol recorded in the certificate of analysis were sufficient to raise a reasonable doubt that the accused was driving while he had a level of alcohol in his blood exceeding the level permitted by law. [para. 28]

On the use of the expert evidence, Beauregard J.A. disagreed with the Superior Court and Rothman J.A. He was of the opinion that the expert could not help in assessing the plausibility of Mr. Boucher's testimony. He agreed with Rothman J.A.'s conclusion because of the weakness of the reasons given by the Municipal Court judge for rejecting Mr. Boucher's testimony.

Forget J.A., dissenting, was of the opinion that, given the breathalyzer results of 93 mg and 92 mg, [TRANSLATION] "it is perfectly understandable that the police officers did not observe any physical symptoms of alcohol impairment other than the smell on the accused's breath" (para. 32). He concluded as follows:

> [TRANSLATION] Since the trial judge rejected Boucher's testimony and the Superior Court judge found no palpable error in her assessment of the evidence, the expert evidence cannot raise any reasonable doubt to rebut the presumptions of accuracy and identity. [para. 50]

Relying on the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279, he then found that, without evidence concerning Mr. Boucher's alcohol tolerance, the fact that there were no physical symptoms other than the smell on his breath was not evidence to the contrary that could be used to rebut the presumptions set out in the *Criminal Code*.

preuve contraire au sens de l'al. 258(1)*c*) *C. cr.* Selon lui, que la juge de la Cour municipale ait cru M. Boucher ou non au sujet de sa consommation, l'ensemble de la preuve devait être pris en considération. Faisant appel aux principes énoncés dans *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, il tire la conclusion suivante :

> [TRADUCTION] . . . le témoignage de l'accusé et celui de l'expert, conjugués à l'absence de symptômes d'affaiblissement des facultés — exception faite de l'odeur d'alcool dans l'haleine de l'accusé —, ainsi que le taux d'alcool relativement bas consigné dans le certificat d'analyse étaient suffisants pour soulever un doute raisonnable quant au fait que l'accusé aurait conduit avec une alcoolémie excédant celle autorisée par la loi. [par. 28]

9 Le juge Beauregard est en désaccord avec la Cour supérieure et avec le juge Rothman concernant l'utilité du témoignage de l'expert. Il estime que l'expert ne pouvait aider à évaluer la plausibilité du témoignage de M. Boucher. Il conclut comme le juge Rothman en raison de la faiblesse des motifs invoqués par la juge de la Cour municipale pour écarter le témoignage de M. Boucher.

10 Le juge Forget, dissident, est d'avis que, compte tenu des résultats de 93 mg et de 92 mg, « on comprend facilement que les policiers n'aient pas noté chez l'accusé de symptômes physiques de l'effet de l'alcool autres que l'odeur dégagée par son haleine » (par. 32). Il conclut ainsi :

> La juge d'instance ayant écarté le témoignage de Boucher sans que le juge de la Cour supérieure décèle d'erreur manifeste dans son appréciation de la preuve, la preuve d'expert ne permet donc pas de soulever un doute raisonnable pour repousser les présomptions d'exactitude et d'identité. [par. 50]

11 Puis, se fondant sur l'arrêt *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279, de la Cour d'appel de l'Ontario, il estime que, sans preuve de la tolérance de M. Boucher à l'alcool, l'absence de symptômes physiques autres que l'odeur dégagée par son haleine ne constitue pas une preuve contraire permettant de repousser les présomptions édictées par le *Code criminel*.

12 The prosecution is appealing to this Court. It argues that the Municipal Court judge did not err in law in refusing to accept the expert's testimony as evidence to the contrary, since that testimony was based on Mr. Boucher's testimony, which had been rejected. Relying on the reasons of Rothman J.A., Mr. Boucher reiterates that the Municipal Court judge erred by not accepting his testimony.

1. Analysis

13 Since Rothman J.A. referred in his reasons to s. 258(1)(*c*) *Cr. C.* and Forget J.A. referred in his reasons to the two presumptions in the *Criminal Code*, it will be helpful to review the scope of the rules set out in ss. 258(1)(*c*), 258(1)(*d*.1) and 258(1)(*g*) *Cr. C.* (these provisions are reproduced in the Appendix). I will then consider how the law applies to the facts and will conclude with a few comments on Mr. Boucher's argument regarding his credibility.

1.1 *Rules in Sections 258(1)(c), 258(1)(d.1) and 258(1)(g) of the Criminal Code*

14 Where samples of an accused's breath have been taken pursuant to a demand made under s. 254(3) *Cr. C.*, Parliament has established separate presumptions in s. 258(1) *Cr. C.* to facilitate proof of the accused's blood alcohol level: two presumptions of identity and one presumption of accuracy. According to the presumption of identity in s. 258(1)(*c*) *Cr. C.*, the accused's blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed is the same as the level at the time of the breathalyzer test. According to s. 258(1)(*d*.1) *Cr. C.*, where the alcohol level exceeds 80 mg at the time of the test, there is a presumption that it also exceeded 80 mg at the time when the offence was alleged to have been committed. The presumption of accuracy in s. 258(1)(*g*) *Cr. C.* establishes *prima facie* that the technician's reading provides an accurate determination of the blood alcohol level at the time of the test. These presumptions have certain similarities, but they remain distinct presumptions.

1.2 *Similarities*

15 The standard of proof that must be met to rebut the presumptions of identity and accuracy is the

La poursuite se pourvoit devant notre Cour. Elle plaide que la juge de la Cour municipale n'a pas commis d'erreur de droit en ne retenant pas le témoignage de l'expert à titre de preuve contraire, puisque ce témoignage est fondé sur celui de M. Boucher, lequel n'avait pas été retenu. S'appuyant sur les motifs du juge Rothman, M. Boucher réitère que la juge de la Cour municipale a fait erreur en ne retenant pas son témoignage.

1. Analyse

Compte tenu du renvoi à l'al. 258(1)*c*) *C. cr.* dans l'opinion du juge Rothman et de la mention des deux présomptions du *Code criminel* dans celle du juge Forget, il est utile de revoir la portée des règles énoncées aux al. 258(1)*c*), 258(1)*d*.1) et 258(1)*g*) *C. cr.* (dont le texte est reproduit en annexe). J'examinerai ensuite l'application du droit aux faits et terminerai par quelques commentaires sur l'argument de M. Boucher concernant sa crédibilité.

1.1 *Les règles énoncées aux al. 258(1)c), 258(1)d.1) et 258(1)g) du Code criminel*

Dans le cas où des échantillons d'haleine d'un accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du par. 254(3) *C. cr.*, le Parlement a prévu, au par. 258(1) *C. cr.*, des présomptions distinctes pour faciliter la preuve de l'alcoolémie : deux présomptions d'identité et une présomption d'exactitude. Suivant la présomption d'identité énoncée à l'al. 258(1)*c*) *C. cr.*, l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise correspond à son alcoolémie au moment de l'alcootest. Selon l'al. 258(1)*d*.1) *C. cr.*, si le taux d'alcool est supérieur à 80 mg au moment du test, il y a présomption qu'il l'était aussi au moment où l'infraction aurait été commise. La présomption d'exactitude de l'al. 258(1)*g*) *C. cr.* établit *prima facie* que le relevé du technicien fournit une mesure exacte de l'alcoolémie au moment de l'alcootest. Ces présomptions partagent certains points communs, tout en conservant leur caractère distinctif.

1.2 *Points communs*

La norme de preuve nécessaire pour réfuter les présomptions d'identité et d'exactitude est la même :

same: reasonable doubt. The defence has no burden of proof. Where there is evidence tending to show (1) that the blood alcohol level recorded on the certificate is not the same as the level at the time of the offence, (2) that the level did not exceed 80 mg or (3) that the certificate does not accurately reflect the blood alcohol level, the court does not have to be satisfied on a balance of probabilities. This evidence can come from that adduced by the Crown or the accused. In *Proudlock*, in explaining the expression "evidence to the contrary" in s. 306(2)(*a*) *Cr. C.*, the Court made the following comment:

> . . . all the presumption does is to establish a *prima facie* case. The burden of proof does not shift. The accused does not have to "establish" a defence or an excuse, all he has to do is to raise a reasonable doubt. If there is nothing in the evidence adduced by the Crown from which a reasonable doubt can arise, then the accused will necessarily have the burden of adducing evidence if he is to escape conviction. However, he will not have the burden of proving his innocence, it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt. [Emphasis added; pp. 548-49.]

This standard was applied by this Court to the expression "evidence to the contrary" in s. 258(1) *Cr. C.* in *R. v. Crosthwait*, [1980] 1 S.C.R. 1089, and in *St. Pierre*, at para. 102.

Section 258(1)(*c*) *Cr. C.* expressly provides that the alcohol level measured by a test administered within two hours after the vehicle was driven is, "in the absence of evidence to the contrary", the same as the level at the time when the offence was alleged to have been committed. Although s. 258(1)(*g*) *Cr. C.* does not use the expression "in the absence of any evidence to the contrary", those words are included therein by implication because of s. 25(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which allows the presumption to be rebutted by evidence to the contrary:

> **25.** (1) Where an enactment provides that a document is evidence of a fact without anything in the context to indicate that the document is conclusive evidence, then, in any judicial proceedings, the document is admissible in evidence and the fact is deemed to be established in the absence of any evidence to the contrary.

le doute raisonnable. La défense n'a pas de fardeau de persuasion. Une preuve tendant à démontrer (1) que le taux d'alcoolémie inscrit sur le certificat n'est pas identique à celui qui existait au moment de l'infraction, (2) qu'il n'est pas supérieur à 80 mg ou (3) que le certificat ne reflète pas exactement le taux d'alcoolémie n'a pas à convaincre le tribunal suivant la prépondérance des probabilités. Cette preuve peut ressortir de celle présentée soit par le ministère public soit par l'accusé. Dans *Proudlock*, expliquant les mots « preuve contraire » figurant à l'al. 306(2)*a*) *C. cr.*, la Cour dit ceci :

> . . . la présomption ne constitue qu'une preuve *prima facie*. Le fardeau de la preuve n'est pas déplacé. L'accusé n'a pas à « établir » une défense ou une excuse, il lui suffit de soulever un doute raisonnable. S'il n'y a rien dans la preuve présentée par le ministère public qui puisse soulever un doute raisonnable, il incombe nécessairement à l'accusé de présenter une preuve s'il veut éviter une condamnation. Toutefois il n'a pas à prouver son innocence, il suffit qu'à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable. [Je souligne; p. 548-549.]

16 Cette norme a été appliquée à l'expression « preuve contraire » au par. 258(1) *C. cr.* par notre Cour dans les affaires *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089, et *St. Pierre*, par. 102.

17 Le texte de l'al. 258(1)*c*) *C. cr.* prévoit explicitement que le taux d'alcool mesuré lors de l'administration du test durant les deux heures suivant l'utilisation du véhicule est, « en l'absence de toute preuve contraire », identique à celui qui existait lorsque l'infraction aurait été commise. Même si le libellé de l'al. 258(1)*g*) *C. cr.* ne contient pas l'expression « en l'absence de toute preuve contraire », ces mots y sont implicitement inclus en raison du par. 25(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui permet de réfuter la présomption par une preuve contraire :

> **25.** (1) Fait foi de son contenu en justice sauf preuve contraire le document dont un texte prévoit qu'il établit l'existence d'un fait sans toutefois préciser qu'il l'établit de façon concluante.

See *St. Pierre*, at para. 26, and P. Béliveau and M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (11th ed. 2004), at para. 830.

1.3 *Differences Between the Presumptions*

18 Although the differences between the presumptions are evident from reading s. 258(1) *Cr. C.*, the courts tended to confuse them. This Court therefore clarified these differences in *St. Pierre*.

19 The presumption of identity in s. 258(1)(*c*) *Cr. C.* can be rebutted by evidence that tends to show that the blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed was different from the level measured at the time of the breathalyzer test (*St. Pierre*, at paras. 44, 46 and 49). Thus, in *St. Pierre*, the accused consumed two miniature bottles of vodka after being arrested but before taking a breathalyzer test, and this fact was capable of rebutting the presumption that the blood alcohol level measured at the time of the test was the same as the blood alcohol level at the time she was driving her vehicle.

20 Such evidence to the contrary adduced to rebut the presumption of identity does not deprive the prosecution of the benefit of the presumption that the certificate accurately states the blood alcohol level at the time of the breathalyzer test (the presumption of accuracy). The Crown can still prove that the accused's blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed exceeded 80 mg; one piece of evidence would then be the reading taken by the breathalyzer, the accuracy of which is not in dispute. Additional evidence would be needed, however, to prove the blood alcohol level at the time when the offence was alleged to have been committed.

21 Evidence to the contrary that is adduced to rebut the presumption of accuracy in s. 258(1)(*g*) *Cr. C.* must tend to show that the certificate does not in fact correctly reflect the blood alcohol level at the time of the breathalyzer test. This evidence must raise a reasonable doubt about the accuracy of the breathalyzer result.

Voir : *St. Pierre*, par. 26, et P. Béliveau et M. Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales* (11e éd. 2004), par. 830.

1.3 *Distinctions entre les présomptions*

Bien que les distinctions entre les présomptions soient apparentes à la lecture du par. 258(1) *C. cr.*, la jurisprudence avait tendance à les confondre. Notre Cour a donc précisé ces distinctions dans *St. Pierre*.

La présomption d'identité de l'al. 258(1)*c*) *C. cr.* peut être réfutée par une preuve tendant à montrer que l'alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise était différente de celle mesurée au moment de l'alcootest (*St. Pierre*, par. 44, 46 et 49). Ainsi, dans *St. Pierre*, après avoir été arrêtée mais avant de subir un alcootest, l'accusée avait bu deux petites bouteilles de vodka, fait qui pouvait réfuter la présomption que l'alcoolémie mesurée au moment du test correspondait à l'alcoolémie au moment où elle conduisait son véhicule.

Une telle preuve contraire présentée pour repousser la présomption d'identité n'a pas pour effet de faire perdre à la poursuite l'avantage de la présomption selon laquelle le certificat indique avec exactitude l'alcoolémie au moment de l'alcootest (ou présomption d'exactitude). Il demeure possible pour le ministère public de prouver que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise dépassait 80 mg; un des éléments de preuve serait alors le relevé de l'alcootest dont l'exactitude n'est pas contestée. Une preuve additionnelle serait cependant nécessaire pour prouver l'alcoolémie au moment où l'infraction aurait été commise.

Une preuve contraire visant à réfuter la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)*g*) *C. cr.* doit tendre à montrer que, dans les faits, le certificat ne reflète pas correctement le taux d'alcoolémie au moment de l'alcootest. Cette preuve doit soulever un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat de l'alcootest.

Shortly after *St. Pierre*, Parliament amended the *Criminal Code* to add s. 258(1)(*d.*1) *Cr. C.*, which expands the presumption of identity. According to this new provision, where the accused's blood alcohol level exceeded 80 mg at the time of the breathalyzer test, it will be presumed, in the absence of evidence to the contrary, to have exceeded 80 mg at the time when the offence was alleged to have been committed. The effect of the enactment of s. 258(1)(*d.*1) *Cr. C.* was not to change the type of evidence needed to rebut the presumption of identity in s. 258(1)(*c*) *Cr. C.* or the presumption of accuracy in s. 258(1)(*g*) *Cr. C.*, but to reinforce the presumption of identity.

Peu après l'arrêt *St. Pierre*, le Parlement a modifié le *Code criminel* pour y ajouter l'al. 258(1)*d.*1) *C. cr.*, qui élargit la présomption d'identité. Suivant cette nouvelle disposition, si l'alcoolémie de l'accusé était supérieure à 80 mg au moment de l'alcootest, elle sera, en l'absence de toute preuve contraire, présumée avoir été supérieure à 80 mg au moment où l'infraction aurait été commise. L'adoption de l'al. 258(1)*d.*1) *C. cr.* n'a pas eu pour effet de modifier le type de preuve nécessaire pour réfuter la présomption d'identité de l'al. 258(1)*c*) *C. cr.* ou la présomption d'exactitude de l'al. 258(1)*g*) *C. cr.*, mais plutôt de renforcer la présomption d'identité. 22

Having regard to the above-mentioned similarities and differences, we must now ask whether the presumptions have been rebutted in this case.

Compte tenu des points communs et des distinctions susmentionnés, il y a maintenant lieu de se demander si les présomptions ont été réfutées en l'espèce. 23

2. Application of the Law to the Facts of This Case

2. L'application du droit aux faits de la présente affaire

Mr. Boucher's defence was that, given what he had consumed, his blood alcohol level could not have been the level recorded by the breathalyzer test. He disputed the accuracy of the test and challenged the presumption set out in s. 258(1)(*g*) *Cr. C.* Although the expert tacitly alluded to the presumption of identity in s. 258(1)(*c*) *Cr. C.* in saying that, if the alcohol had been consumed in the minutes preceding the breathalyzer test, the level recorded by the test might not have been the same as the level at the time Boucher was stopped, this was not the defence theory. Rothman J.A. was correct to say that the case concerned the nature of the evidence to the contrary required to rebut the presumption of accuracy, but the parties and the judges were wrong to refer to s. 258(1)(*c*) *Cr. C.* The question is therefore whether Mr. Boucher adduced evidence to the contrary that raised a reasonable doubt about the accuracy of the breathalyzer results. 24

Le moyen de défense invoqué par M. Boucher était que, vu sa consommation, son alcoolémie ne pouvait être celle indiquée par l'alcootest. Il contestait l'exactitude de l'alcootest et mettait en cause la présomption de l'al. 258(1)*g*) *C. cr.* Bien que l'expert ait fait allusion implicitement à la présomption d'identité de l'al. 258(1)*c*) *C. cr.* en mentionnant que, si la consommation avait lieu dans les minutes précédant le test, le taux révélé par l'alcootest pouvait ne pas être identique à celui existant lors de l'interception, telle n'était pas la thèse de la défense. C'est avec raison que le juge Rothman déclare que le litige concerne la nature de la preuve contraire requise pour repousser la présomption d'exactitude, mais c'est à tort que les parties et les juges se sont reportés à l'al. 258(1)*c*) *C. cr.* La question est donc la suivante : M. Boucher a-t-il présenté une preuve contraire faisant naître un doute raisonnable quant à l'exactitude des résultats de l'alcootest?

Rothman J.A. found that the Municipal Court judge had failed to consider the evidence as a whole as required by *W. (D.)*. In that case, this Court suggested an approach for determining whether guilt has been proved beyond a reasonable doubt in 25

Le juge Rothman a conclu que la juge de la Cour municipale avait omis de considérer l'ensemble de la preuve comme le requiert l'arrêt *W. (D.)*. Dans cet arrêt, notre Cour a suggéré une démarche permettant de déterminer si une preuve hors de tout doute

cases where credibility is in question. That clarification was needed because the trial judge had told the jurors that, to reach a verdict, they had to decide whether they believed the defence evidence or the Crown's evidence. This charge was incorrect because it excluded a third possibility: that the jury could still have a reasonable doubt either because of the accused's testimony or in light of the evidence as a whole (p. 757). The instructions proposed in that case were as follows (at p. 758):

(1) if the testimony of the accused is believed, the accused must be acquitted;

(2) if the testimony of the accused is not believed but there is still a reasonable doubt, the accused must be acquitted;

(3) even if the testimony does not raise any doubt, the jurors must still ask themselves whether, on the basis of all the evidence that they do accept, they are convinced beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused.

26 In the case at bar, the trier of fact did not believe the respondent and found that he had adduced no evidence to the contrary. The Superior Court judge reversed the trial judgment, not on the basis of credibility, as he had been asked to do, but because he found that the judge had erred with respect to the standard of proof required to rebut the presumption. He was of the opinion that the evidence as a whole could raise a reasonable doubt about whether the accused's blood alcohol level exceeded the permissible limit at the time of the arrest (para. 23). I myself do not think that the trier of fact committed an error that warrants intervention.

27 In assessing the consequences of rejecting Mr. Boucher's testimony, I will begin by accepting the trier of fact's finding on credibility, and will then explain why there is no reason to intervene on the question of credibility.

2.1 *Consequences of Rejecting Mr. Boucher's Testimony*

28 What are the consequences of rejecting Mr. Boucher's testimony? According to *Proudlock*, "if

raisonnable a été présentée dans les cas où la crédibilité est mise en doute. Cette précision était nécessaire parce que le juge du procès avait dit aux jurés que, pour arriver à un verdict, ils devaient décider s'ils ajoutaient foi à la preuve de la défense ou à celle de la poursuite. Cet exposé était erroné puisqu'il écartait une troisième possibilité : celle que les jurés puissent encore avoir un doute raisonnable soit en raison du témoignage de l'accusé, soit en tenant compte de l'ensemble de la preuve (p. 757). Suivant la directive préconisée dans cet arrêt (p. 758) :

(1) si le témoignage de l'accusé est cru, il doit être acquitté;

(2) si le témoignage de l'accusé n'est pas cru mais qu'il subsiste un doute raisonnable, il doit être acquitté;

(3) même si le témoignage ne suscite aucun doute, les jurés doivent tout de même se demander si, en raison de l'ensemble de la preuve acceptée, ils sont convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.

Dans la présente affaire, la juge des faits n'a pas cru l'intimé et a conclu qu'il n'avait pas apporté de preuve contraire. Le juge de la Cour supérieure a infirmé ce jugement, non pas sur le fondement de la crédibilité comme il était invité à le faire, mais parce qu'il a conclu que la juge s'était trompée quant à la norme de preuve nécessaire pour réfuter la présomption. Il a estimé que l'ensemble de la preuve pouvait susciter un doute raisonnable quant à la présence d'alcool dans le sang au-delà de la limite permise lors de l'arrestation (par. 23). Pour ma part, je suis d'avis que la juge des faits n'a pas commis d'erreur justifiant une intervention.

Dans l'évaluation des conséquences du rejet du témoignage de M. Boucher, je tiendrai pour acquise la conclusion de la juge des faits sur la crédibilité, puis j'expliquerai pourquoi il n'y a pas lieu d'intervenir sur la question de la crédibilité.

2.1 *Conséquences du rejet du témoignage de M. Boucher*

Quelles sont les conséquences du rejet du témoignage de M. Boucher? Aux termes de

the trier of fact does not believe the evidence so tendered, the statutory presumption operates" in the absence of any other evidence (p. 542). Or as Fish J.A., as he then was, stated in *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.):

"Evidence to the contrary" that is *disbelieved* will, of course, fail to neutralize, or to render inoperative, the presumption created by s. 258(1)(*c*) of the *Code*. [Emphasis in original; p. 92.]

With respect, the case at bar was not one to which *W. (D.)* applied. To neutralize the presumption, the judge needed only to have a reasonable doubt about the accuracy of the breathalyzer result. The approach set out in *W. (D.)* is not a sacrosanct formula that serves as a straitjacket for trial courts. Trial judges deliver oral judgments every day and often limit their reasons to the essential points. It would be wrong to require them to explain in detail the process they followed to reach a verdict. They need only give reasons that the parties can understand and that permit appellate review: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, and *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656. In the instant case, the judge, by stating that she did not believe Mr. Boucher, was implicitly addressing the first two steps in *W. (D.)*.

What evidence other than Mr. Boucher's testimony, which was rejected, could have been taken into consideration? The expert's evidence could have been, according to the Superior Court judge and Rothman J.A. of the Court of Appeal.

The expert's opinion about the blood alcohol level the breathalyzer test should have shown was based on Mr. Boucher's testimony. The expert did not evaluate Mr. Boucher's resistance to alcohol. He simply provided average figures relating to the blood alcohol level of a 28-year-old man who weighs 175 pounds and is 5'11" tall and who consumes 44 ounces of beer containing five percent alcohol over a period of two to three hours. If a judge does not believe that an accused consumed

l'arrêt *Proudlock*, « si le juge du fond n'ajoute pas foi à la preuve ainsi présentée, la présomption légale joue » en l'absence de toute autre preuve (p. 542). Ou, comme le dit le juge Fish, alors membre de la Cour d'appel du Québec, dans *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 :

[TRADUCTION] Une « preuve contraire » qui *n'est pas retenue* n'a évidemment pas pour effet de neutraliser la présomption créée par l'al. 258(1)*c*) du *Code* ou de la rendre inopérante. [En italique dans l'original; p. 92.]

29 Avec égards pour l'opinion contraire, il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas d'application de l'arrêt *W. (D.)*. Pour neutraliser la présomption, la juge devait seulement avoir un doute raisonnable quant à l'exactitude du résultat de l'alcootest. La démarche énoncée dans *W. (D.)* ne constitue pas une formule sacro-sainte emprisonnant les tribunaux d'instance dans un carcan. Les juges d'instances rendent quotidiennement des jugements oraux et limitent souvent leurs motifs à l'essentiel. Ce serait une erreur de leur imposer l'obligation d'expliquer par le menu le cheminement qu'ils ont suivi pour arriver au verdict. Il leur suffit de motiver leur jugement de façon à en permettre la compréhension par les parties et l'examen par les tribunaux d'appel : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, et *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656. En l'espèce, en déclarant qu'elle ne croyait pas M. Boucher, la juge s'exprimait implicitement sur les deux premières étapes de *W. (D.)*.

30 Mis à part le témoignage de M. Boucher, qui a été écarté, quelle autre preuve pouvait être prise en considération? Le témoignage de l'expert, disent le juge de la Cour supérieure et le juge Rothman de la Cour d'appel.

31 L'opinion de l'expert sur le taux d'alcoolémie qu'aurait dû indiquer l'alcootest reposait sur le témoignage de M. Boucher. L'expert n'a pas évalué la résistance de M. Boucher à l'alcool. Il a simplement fourni des données moyennes concernant l'alcoolémie d'un homme de 28 ans pesant 175 livres et mesurant 5 pieds 11 pouces, qui aurait consommé, durant une période de deux à trois heures, 44 onces de bière contenant cinq pour cent d'alcool. Si le juge ne croit pas qu'un accusé a consommé 44 onces de

44 ounces of beer, the expert's calculation is of no help. Such evidence merely provides theoretical information that differs from the facts on which judgment was based. If the expert evidence is based on the accused's testimony and the accused's testimony is not believed, the expert's evidence cannot assist the court or constitute evidence to the contrary. What else is left?

32 The Superior Court judge and Rothman J.A. were of the opinion that the absence of symptoms other than the smell of alcohol was also a factor that could raise a reasonable doubt. Forget J.A., on the other hand, was of the opinion that this was a neutral factor. He was correct, in my view.

33 Evidence that there are no symptoms is indeed very relevant to the charge of impaired driving. In fact, this explains why, when the prosecution closed its case, it asked the judge to acquit Mr. Boucher on that charge. The situation is quite different for the charge of driving with a blood alcohol level over 80 mg. The offence of driving with a level exceeding 80 mg does not require proof of impairment. The absence of symptoms of impairment is generally not sufficient to constitute evidence to the contrary that can be used to rebut the presumption of accuracy. This is because a lack of evidence of the usual symptoms of impairment, such as staggering and slurred speech, does not provide information about the actual blood alcohol level. Symptoms such as these usually accompany extremely high blood alcohol levels. Conversely, very low levels are generally consistent with an absence of symptoms. An absence of symptoms is therefore not significant in itself if the court does not know the accused's level of alcohol tolerance.

34 The expert who testified in this case has not enlightened the Court about Mr. Boucher's alcohol tolerance. He relied on statistical averages. By definition, the reason there are averages is that not everyone who consumes alcohol reacts in the same way. The level of alcohol tolerance is not a matter

bière, le calcul fait par l'expert n'est d'aucune utilité. Ce témoignage ne fait qu'apporter des données théoriques qui diffèrent des faits servant d'assise au jugement. Si le témoignage de l'expert est fondé sur le témoignage de l'accusé et que celui-ci n'est pas cru, le témoignage du premier ne saurait éclairer le tribunal et constituer une preuve contraire. Que reste-t-il d'autre?

Le juge de la Cour supérieure et le juge Rothman sont d'avis que l'absence de symptômes autres que l'odeur d'alcool est aussi un élément qui peut susciter un doute raisonnable. Le juge Forget est plutôt d'opinion que cet élément est neutre. Il a, à mon avis, raison.

La preuve d'absence de symptômes est certes très pertinente à l'égard de l'accusation d'avoir conduit avec les facultés affaiblies. C'est d'ailleurs ce qui explique que la poursuite, à la clôture de sa preuve, ait demandé à la juge d'acquitter M. Boucher sur le chef de conduite avec les facultés affaiblies. Il en va tout autrement de l'accusation d'avoir conduit avec un taux supérieur à 80 mg d'alcool. L'infraction de conduite avec un taux supérieur à 80 mg ne requiert pas la preuve que les facultés sont affaiblies. L'absence de symptômes de l'affaiblissement des facultés n'est généralement pas suffisante pour constituer une preuve contraire permettant de repousser la présomption d'exactitude. En effet, l'absence de preuve des symptômes habituels de facultés affaiblies comme la démarche chancelante et la bouche pâteuse ne fournit pas d'information sur le taux réel d'alcoolémie. Des niveaux extrêmes d'alcoolémie sont habituellement accompagnés de tels symptômes, mais, à l'opposé, des niveaux infimes sont généralement compatibles avec l'absence de symptômes. L'absence de symptômes ne constitue donc pas, en soi, un fait significatif si le tribunal ne connaît pas le niveau de la tolérance de l'accusé à l'alcool.

Sur cet aspect, l'expert entendu dans la présente affaire n'éclaire pas la Cour sur la tolérance de M. Boucher à l'alcool. Il s'appuie sur des moyennes statistiques. Par définition, s'il s'agit de moyennes, c'est que toutes les personnes qui consomment de l'alcool ne réagissent pas de la même façon. Le degré

for judicial notice, particularly when the case does not involve extremely high levels. The difference of opinion between two judges of the Court of Appeal on this point is certainly indicative of a need to rely on the usual methods of proof in this regard. Like Forget J.A., I agree with the following statement by Charron J.A., as she then was, in *Latour*:

> Second, and more importantly, this evidence is not capable of constituting "evidence to the contrary". Even accepting as a fact that a "normal, average" person with the same breathalyser readings should exhibit stronger indicia of impairment than that observed in the respondent, this fact is of no consequence in the absence of evidence on the respondent's tolerance to alcohol. This opinion evidence, as presented, without any connection to the respondent, is merely speculative and of no evidentiary value. [para. 14]

Mr. Boucher's testimony, the expert evidence and the absence of the usual symptoms of intoxication (except the smell of alcohol) were not evidence to the contrary. What other evidence constituted evidence to the contrary? In the opinion of Rothman J.A., the low level recorded by the breathalyzer test was another factor that could raise a reasonable doubt. But I find it difficult to see how the fact that the alcohol levels were 93 mg and 92 mg (which Rothman J.A. characterized as low) could constitute evidence that the breathalyzer result was inaccurate. How can the results of 93 mg and 92 mg show that the result itself was inaccurate? The result is precisely the figure that the accused claimed was inaccurate. To achieve his goal, he should logically have tried to discredit that figure, not to use it. The result cannot be both evidence and evidence contrary to that evidence.

The Municipal Court judge stated that, because she did not believe Mr. Boucher, the expert evidence was not evidence to the contrary. This statement implied that, of all the evidence she had heard, only the expert evidence would have been capable of constituting evidence to the contrary if it had had any basis. To reach that conclusion, she must necessarily have assessed the evidence as a

de tolérance à l'alcool ne relève pas de la connaissance d'office, particulièrement lorsqu'il ne s'agit pas de niveaux extrêmes. La divergence de vues de deux juges de la Cour d'appel sur ce point est assurément indicative du besoin de recourir aux modes habituels de preuve pour cet élément. Tout comme le juge Forget, je suis d'accord avec l'énoncé suivant fait par la juge Charron, alors qu'elle siégeait à la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Latour* :

> [TRADUCTION] Deuxièmement, point plus important, la preuve en question ne saurait constituer une « preuve contraire ». Même en admettant qu'une personne « moyenne normale », présentant des résultats identiques d'alcootest, devrait manifester des signes plus marqués d'affaiblissement des facultés que ceux observés chez l'intimé, ce fait n'a aucune incidence en l'absence de preuve quant à la tolérance de celui-ci à l'alcool. Ce témoignage d'opinion, tel qu'il a été présenté, sans être rattaché à l'intimé, a un caractère purement spéculatif et n'a aucune valeur probante. [par. 14]

35 Ni le témoignage de M. Boucher, ni le témoignage de l'expert, ni l'absence des symptômes habituels d'ébriété (sauf l'odeur) ne constituent une preuve contraire. Quel autre élément constitue une preuve contraire? Pour le juge Rothman, le faible taux relevé par l'alcootest constitue un autre élément susceptible de soulever un doute raisonnable. Cependant, je vois difficilement comment la prise en considération des niveaux d'alcool de 93 mg et 92 mg (que le juge Rothman qualifie de bas) peut constituer une preuve que le résultat de l'alcootest serait inexact. Comment les résultats de 93 mg et 92 mg peuvent-ils démontrer que le résultat lui-même est inexact? Le résultat est justement la donnée que l'accusé prétend inexacte. Pour atteindre son but, l'accusé devrait logiquement chercher à discréditer cette donnée, pas à l'utiliser. Le résultat ne peut constituer à la fois la preuve et son contraire.

36 La juge de la Cour municipale dit que, parce qu'elle ne croit pas M. Boucher, le témoignage de l'expert ne constitue pas une preuve contraire. Par ces remarques, elle indique que, de la preuve qu'elle a entendue, seul le témoignage de l'expert serait susceptible de constituer une preuve contraire s'il avait une quelconque assise. Pour tirer cette conclusion, elle doit nécessairement avoir évalué la preuve dans

whole. In my opinion, the Superior Court judge and Rothman J.A. could not reproach her for failing to consider the evidence as a whole.

37 In short, unless Mr. Boucher's testimony is reassessed and given a different weight than the trial judge gave it, I see nothing that the trial judge rejected that she should have taken into consideration to find that there was a reasonable doubt.

38 I will make one further comment on the expert's testimony about the difference in the levels, attributable to the absorption time, between the time when the offence was alleged to have been committed and the time of the test. This evidence was adduced as evidence to the contrary in relation to the presumption of identity. It is relevant to recall that the argument to which the expert alluded is not a new one. It was made in *St. Pierre*, and this Court rejected it:

> If any evidence of difference between the accused's blood alcohol level at the time of the testing and at the time of the driving could be considered "evidence to the contrary" within the meaning of s. 258(1)(*c*) so as to rebut the presumption, then the presumption could be rebutted in every case. The simple reason for this is that an intoxicated person's blood alcohol level is constantly changing as a result of absorption and elimination of alcohol into and out of the blood. A person charged with "over 80" could simply show that his blood alcohol level changed between driving and being stopped because some of the alcohol had been metabolized in the interim, and suddenly the presumption in s. 258(1)(*c*) would be gone. . . . If this normal process of absorption and elimination were considered to be "evidence to the contrary", then the presumption would be useless, since it could always be rebutted.

. . .

The effect of normal biological processes of absorption and elimination of alcohol cannot of and by itself constitute "evidence to the contrary", because Parliament can be assumed to have known that blood alcohol levels constantly change, yet it saw fit to implement the presumption. Therefore, as Arbour J.A. states, to permit this to become "evidence to the contrary"

son ensemble. À mon avis, le juge de la Cour supérieure et le juge Rothman ne pouvaient lui reprocher de ne pas avoir tenu compte de l'ensemble de la preuve.

En somme, à moins de réévaluer le témoignage de M. Boucher et de lui accorder un poids différent de celui que la juge d'instance lui a donné, je ne vois aucun élément que celle-ci aurait écarté alors qu'elle aurait dû le prendre en considération et conclure à l'existence d'un doute raisonnable.

J'ajouterai un commentaire additionnel sur le témoignage de l'expert au sujet de la différence de taux, attribuable au délai d'absorption, entre le moment où l'infraction aurait été commise et celui du test. Ce témoignage est présenté comme une preuve contraire relativement à la présomption d'identité. Il est pertinent de rappeler que l'argument auquel l'expert a fait allusion n'est pas nouveau. Il a été avancé dans l'affaire *St. Pierre*, et notre Cour l'a rejeté :

> Si toute preuve d'un écart entre l'alcoolémie de l'accusé au moment de l'alcootest et son alcoolémie lorsqu'elle était au volant pouvait être tenue pour une « preuve contraire » au sens de l'al. 258(1)*c*), et pouvait donc réfuter la présomption, alors la présomption pourrait être réfutée dans tous les cas. C'est tout simplement que l'alcoolémie d'une personne ivre change constamment par suite de l'absorption ou de l'élimination de l'alcool dans son sang. Une personne accusée d'une infraction de conduite avec une alcoolémie de « plus de 80 » pourrait simplement montrer que son alcoolémie a changé entre le moment de l'infraction et le moment de l'interpellation, parce qu'une partie de l'alcool a été assimilée entre temps et, ipso facto, la présomption énoncée à l'al. 258(1)*c*) serait privée d'effet. [. . .] Si ce processus normal d'absorption et d'élimination était considéré comme une « preuve contraire », alors la présomption serait inutile, car elle pourrait être réfutée dans tous les cas.

. . .

L'effet du processus biologique normal de la transformation de l'alcool par le métabolisme ne saurait en soi constituer une « preuve contraire », parce qu'il faut présumer que le législateur savait que l'alcoolémie variait continuellement et qu'il a néanmoins jugé bon d'établir cette présomption. Par conséquent, comme le dit le juge Arbour, ériger cela en « preuve contraire »

would, in effect, be nothing more than an attack on the presumption itself by showing that it is a legal fiction and therefore should never be applied. In my view, such an attack on the presumption should not be allowed. [Emphasis added; paras. 59 and 61.]

In light of this passage from *St. Pierre*, the evidence regarding absorption time presented by the expert in the case at bar was inadmissible. The expert's evidence was based not on the accused's personal reaction to alcohol but rather on the absorption process in general and the fictional nature of the presumption itself.

2.2 *Questioning of Credibility*

In this Court, Mr. Boucher is again arguing that the Municipal Court judge should not have rejected his testimony.

There is no need to refer to all this Court's decisions relating to the standard of intervention that applies to a trial judge's findings on the credibility of witnesses. Appellate courts exercise great restraint in dealing with this issue. In the instant case, I agree with my colleagues that the Municipal Court judge erred in law in stating the principles that guided her analysis of Mr. Boucher's credibility. However, her errors were not fatal. I said above that this is not a case to which *W. (D.)* applies, and I am also of the opinion that it is not a case to which *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320, applies.

The Municipal Court judge correctly identified the applicable standard, namely reasonable doubt. It is true that she erred when she said that the evidence must not merely be reasonably true: *R. v. Duguay*, [1993] Q.J. No. 58 (QL) (C.A.). However, since that comment was made immediately after she identified the standard, I do not believe that the error warrants intervention. The reasonable doubt standard is applied by trial judges on a daily basis. In this case, the erroneous comment was not part of an instruction to a jury. The error reflects a problem with the wording she used more than a misconception of the applicable law.

équivaudrait tout au plus à attaquer la présomption elle-même en démontrant qu'elle n'est qu'une fiction juridique et qu'elle ne devrait jamais être appliquée. À mon avis, une telle attaque contre la présomption ne doit pas être admise. [Je souligne; par. 59 et 61.]

39 Cet extrait de l'arrêt *St. Pierre* démontre l'inadmissibilité de la preuve présentée par l'expert en l'espèce au sujet du délai d'absorption. Le témoignage de l'expert n'est pas fondé sur la réaction à l'alcool de l'accusé personnellement mais plutôt sur le processus d'absorption en général et le caractère fictif de la présomption elle-même.

2.2 *Mise en doute de la crédibilité*

40 M. Boucher reprend devant notre Cour l'argument suivant lequel la juge de la Cour municipale n'aurait pas dû écarter son témoignage.

41 Il n'est pas nécessaire de rappeler tous les arrêts de notre Cour traitant de la norme d'intervention concernant les conclusions du juge d'instance sur la crédibilité des témoins. C'est avec une très grande réserve que les tribunaux d'appel abordent cette question. En l'espèce, tout comme mes collègues, j'estime que la juge de la Cour municipale a commis des erreurs de droit lorsqu'elle a énoncé les principes guidant l'analyse de la crédibilité de M. Boucher. Ces erreurs ne sont cependant pas fatales. J'ai dit plus tôt qu'il ne s'agit pas d'un cas d'application de l'arrêt *W. (D.)*, et je suis d'avis qu'il ne s'agit pas non plus d'un cas d'application de l'arrêt *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

42 La juge de la Cour municipale fait correctement état de la norme applicable, soit le doute raisonnable. Il est vrai qu'elle fait erreur lorsqu'elle mentionne que la preuve ne doit pas seulement être raisonnablement vraie : *R. c. Duguay*, [1993] A.Q. n° 58 (QL) (C.A.). Cependant, comme ce commentaire suit immédiatement celui dans lequel elle formule la norme, j'estime que l'erreur ne justifie pas une intervention. La norme du doute raisonnable est appliquée quotidiennement par les juges d'instance. En l'espèce, le commentaire erroné ne faisait pas partie d'une directive à un jury. L'erreur relève davantage d'un problème de formulation que de l'expression d'une conception erronée du droit applicable.

43 The judge also erred when she stated that the credibility of the accused and his witnesses could be assessed in light of the results of the breathalyzer tests before applying the presumption. She relied for this on the decisions of the Quebec and Ontario Courts of Appeal in *R. v. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412, and *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266, which should not be followed on this point. Breathalyzer results cannot be used to assess the credibility of a witness. As I explained earlier, it would be circular to rely on the test results to determine whether there is evidence that could raise a doubt regarding those very results. However, despite the reference to this principle, which is incorrect in law, the judge did not rely on the test results at all in her analysis of the evidence. Since the judge gave detailed reasons with respect to Mr. Boucher's credibility and did not refer to the results, it would be speculative to claim that her mistaken wording influenced her analysis. Her statements about the law, like the reasons she gave for rejecting Mr. Boucher's testimony, must be considered in their context and assessed as a whole.

La juge fait aussi erreur lorsqu'elle précise que la crédibilité de l'accusé et de ses témoins peut être appréciée au regard des résultats des alcootests avant l'application de la présomption. Elle se fondait alors sur les arrêts de la Cour d'appel du Québec et de celle de l'Ontario dans *R. c. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412, et *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266, lesquels ne devraient pas être suivis sur cette question. Les résultats de l'alcootest ne peuvent être utilisés pour évaluer la crédibilité d'un témoin. Comme je l'ai expliqué précédemment, constituerait un raisonnement circulaire le fait de se reporter aux résultats du test pour déterminer s'il existe une preuve permettant de mettre en doute ces mêmes résultats. Cependant, malgré la mention de ce principe erroné en droit, la juge ne se reporte aucunement aux résultats des tests dans son analyse de la preuve. Comme elle expose des motifs détaillés sur la crédibilité de M. Boucher et ne fait aucune allusion aux résultats, prétendre que la formulation erronée a influencé l'analyse ne serait que spéculation. Les énoncés de la juge sur le droit, tout comme les motifs qu'elle donne pour rejeter le témoignage de M. Boucher, doivent être replacés dans leur contexte et être évalués dans leur ensemble.

44 The main reasons given by the Municipal Court judge for rejecting Mr. Boucher's testimony are grounded purely in fact. They relate to the route he took on the night of his arrest.

Les principaux motifs invoqués par la juge de la Cour municipale pour rejeter le témoignage de M. Boucher ont un fondement purement factuel. Ils sont liés au parcours emprunté par celui-ci le soir de l'arrestation.

45 Eric Lambert, a police officer, testified that a main roadblock had been set up on Boulevard La Vérendrye north of the Lachine Canal to stop drivers who had been drinking. The vehicles targeted were travelling from east to west. A main roadblock with flashing lights was set up at 2:00 a.m. in a place where there was not much traffic. Since the blue and red flashing lights were visible from a considerable distance, any streets that could be used to bypass the main roadblock were blocked by secondary roadblocks. Mr. Boucher was seen driving on La Vérendrye and turning onto such a street, where he was stopped.

Selon le témoignage du policier Eric Lambert, un barrage principal est érigé sur le boulevard La Vérendrye, au nord du canal Lachine, pour intercepter les conducteurs ayant consommé de l'alcool. Les véhicules visés circulaient d'est en ouest. Un barrage principal est dressé, avec gyrophares, à 2 h du matin, dans un endroit peu achalandé. Comme les gyrophares bleu et rouge sont visibles de loin, les voies permettant d'éviter le barrage principal sont bloquées par des barrages secondaires. On a vu M. Boucher rouler sur La Vérendrye et tourner dans une voie d'évitement, où il a été intercepté.

46 Dany Godin, also a police officer, explained that the secondary roadblock had been set up to

Le policier Dany Godin explique à son tour que le barrage secondaire a été dressé pour intercepter

intercept drivers who saw the main roadblock and tried to bypass it. Le Caron, the street where the secondary roadblock was set up, was the only street vehicles could take to leave the area. Only one car was stopped there, namely Mr. Boucher's. The officer testified that he had asked Mr. Boucher why he had gotten off La Vérendrye, on which he had been driving toward Ville La Salle, where he lived, to take Le Caron but that he had received no answer.

On cross-examination, Mr. Boucher testified that his usual route was to take St-Patrick, a street on the other side of the canal, and admitted that the "logical" route would have been to take La Vérendrye to Ville La Salle. He gave no explanation for his change of direction. He first claimed not to have seen the flashing lights but then said that they [TRANSLATION] "were farther off":

[TRANSLATION]

Q. Fine. You didn't see the roadblocks?

A. No.

Q. So, I understand that you didn't see the flashing lights or anything ahead of you at all . . .

A. Well, they were farther off, it . . .

Q. That's what people say, but you are familiar with the southwest.

A. Yes, I'm familiar with the southwest.

Q. Right, you . . . you heard the police officers testify about the place where the . . .

A. Yes.

Q. . . . main roadblock was set up, you'll agree with me that it wasn't far . . .

A. No.

Q. . . . from the intersection of Le Caron and the main roadblock?

A. That's right.

Q. It wasn't 200 metres away?

A. I have no idea . . .

Q. O.K.

A. . . . of the distance.

les automobilistes qui voient le barrage principal et qui veulent l'éviter. La rue Le Caron, où ce barrage était placé, est la seule par laquelle les voitures pouvaient sortir du secteur. Une seule voiture y a été interceptée, celle de M. Boucher. Le policier témoigne avoir demandé à ce dernier pourquoi il avait quitté le boulevard La Vérendrye, alors qu'il roulait en direction de Ville La Salle où était située sa résidence, pour emprunter la rue Le Caron, mais dit n'avoir obtenu aucune réponse.

47 M. Boucher témoigne, en contre-interrogatoire, que son parcours habituel emprunte la rue St-Patrick, de l'autre côté du canal, et admet que le trajet « logique » aurait été de suivre le boulevard La Vérendrye jusqu'à Ville La Salle. Il ne donne pas d'explication sur son changement de direction. Il prétend d'abord n'avoir pas vu les gyrophares, mais dit ensuite qu'ils « étaient plus loin » :

Q. Ça va. Vous n'avez pas vu les barrages routiers?

R. Non.

Q. Donc, je comprends que vous n'avez pas vu du tout les gyrophares ou quoi que ce soit qui était devant vous. . .

R. Bien, ils étaient plus loin là, c'est. . .

Q. C'est ce qu'on dit, mais vous connaissez le sud/ouest là.

R. Oui, je connais le sud/ouest.

Q. D'accord, vous l'avez. . . vous avez entendu les policiers témoigner sur l'endroit où était installé. . .

R. Oui.

Q. . . . le barrage principal, vous admettez avec moi là que ce n'est pas loin. . .

R. Non.

Q. . . . de l'intersection Le Caron et le barrage principal?

R. C'est vrai.

Q. Ça ne fait pas 200 mètres?

R. J'ai aucune idée. . .

Q. D'accord.

R. . . . de la distance.

48 Mr. Boucher was certainly entitled not to answer the police officer's questions. However, the judge could take into consideration the fact that he had not followed his usual route, or a logical one, the night of the arrest. No explanation for this change of route could be found in the evidence. It constituted circumstantial evidence that the judge could interpret in light of the reticence Mr. Boucher showed at various points in his testimony. Presumptions of fact could operate where pure logic could not explain Mr. Boucher's conduct before his arrest. The following extract from the oral judgment is revealing:

[TRANSLATION] I find that in your testimony, right from your examination in chief, you tried to justify, among other things, why you took Le Caron, but the only explanation you gave was: I took La Vérendrye to take Le Caron. In light of the evidence that usually you at least take St-Patrick, otherwise La Vérendrye all the way to La Salle, and that that evening it was La Vérendrye to Ville La Salle, this makes me doubt your credibility.

. . .

And then, with regard to . . . the evidence with regard to the roadblock, I have evidence from the prosecution that it was impossible not to see it. And you are telling me: look, I didn't see anything! I cannot accept your version.

49 The Court's role is not to reassess the evidence but to determine whether the reasons given by the judge reveal errors of law that may have influenced her assessment of the evidence. I find that they reveal no such errors. The judge was in a position to assess the demeanour of the witness, the content of his testimony and what he omitted, and this is not a case in which a new trial should be ordered.

3. Conclusion

50 For all these reasons, I would allow the appeal, set aside the decisions of the Court of Appeal and the Superior Court and restore the Municipal Court's judgment convicting the respondent of driving with a blood alcohol level exceeding the legal limit.

M. Boucher avait certes le droit de ne pas répondre aux questions du policier. La juge pouvait cependant prendre en considération le fait qu'il n'avait pas, la nuit de l'arrestation, suivi son chemin habituel ou un trajet logique. Ce changement du parcours n'était pas expliqué par la preuve et constituait un élément de preuve circonstancielle. La juge pouvait interpréter ce fait sous l'éclairage des réticences qui se dégageaient de son témoignage. Les présomptions de fait pouvaient jouer, là où la « logique » ne pouvait expliquer le comportement de M. Boucher avant son arrestation. L'extrait suivant du jugement oral est révélateur :

Lors de votre témoignage, je considère que vous avez essayé de justifier entre autres, dès l'interrogatoire en chef, pourquoi vous avez pris Le Caron, mais sans expliquer plus que ça, j'ai pris La Vérendrye pour prendre Le Caron. Compte tenu de la preuve à l'effet que habituellement, on prend au moins St-Patrick sinon et La Vérendrye jusqu'à La Salle et que ce soir-là, c'était La Vérendrye jusqu'à Ville La Salle, ça me met en doute votre crédibilité.

. . .

Ensuite, quant au [. . .] la preuve quant au barrage routier, j'ai en preuve que c'était impossible de ne pas le voir de la part de la poursuite. Vous me dites, écoutez, je n'ai rien vu! Je ne peux pas retenir votre version.

Il ne s'agit pas pour la Cour de réévaluer la preuve, mais de déterminer si l'exposé des motifs de la juge révèle que les erreurs de droit ont pu influencer son appréciation de la preuve. Je conclus par la négative. La juge a pu apprécier le comportement du témoin, le contenu de son témoignage et ses omissions; il ne s'agit pas d'un cas où un nouveau procès devrait être ordonné.

3. Conclusion

Pour toutes ces raisons, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure et de rétablir le jugement de la Cour municipale déclarant l'intimé coupable d'avoir conduit avec un taux d'alcool supérieur à la limite permise.

English version of the reasons of Binnie, LeBel, Fish and Charron JJ. delivered by

CHARRON J. (dissenting in part) — I have read the reasons of Deschamps J., and I too believe that we must set aside the acquittal entered by Rothman and Beauregard JJ.A. of the Court of Appeal (each for different reasons): [2004] R.J.Q. 423. However, for the reasons that follow, I disagree with the analysis by Deschamps J. of the trial judge's assessment of Mr. Boucher's credibility. As found by Downs J. of the Superior Court ([2001] Q.J. No. 4670 (QL)) and the majority of the Court of Appeal, the trier of fact made a fatal error in principle on this question: Judge Baribeau considered only whether she *believed* the accused, without determining whether his testimony, even though she did not believe it, raised a reasonable doubt in her mind about his consumption of alcohol on the evening in question. This is one of the reasons why I cannot agree that the trial judgment convicting Mr. Boucher should be restored. Rather, I am of the opinion that we should order a new trial.

When all is said and done, Mr. Boucher's credibility is the issue on which this case turns. I will explain why.

Mr. Boucher was charged with operating a motor vehicle with a blood alcohol level of 93 mg per 100 ml of blood according to the first breathalyzer test and 92 mg according to the second. At paragraphs 3 and 4, my colleague summarizes Mr. Boucher's testimony about his alcohol consumption as well as the expert evidence. As she notes, Mr. Boucher testified that he had drunk two large beers in a tavern during the two to three hours prior to his arrest. Based on that consumption, the defence's expert witness said that, in his opinion, a man of Mr. Boucher's age, weight and height should in fact have had a blood alcohol level of between 45 and 60 mg. The expert also expressed the following opinion concerning the possibility that the quantity

Les motifs des juges Binnie, LeBel, Fish et Charron ont été rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente en partie) — J'ai pris connaissance des motifs de la juge Deschamps et je suis d'accord que nous devons infirmer l'acquittement prononcé par les juges Rothman et Beauregard de la Cour d'appel (chacun pour des motifs différents) : [2004] R.J.Q. 423. Toutefois, pour les raisons qui suivent, je suis en désaccord avec l'analyse de la juge Deschamps en ce qui a trait à l'appréciation de la crédibilité de M. Boucher par la juge de première instance. Comme ont conclu le juge Downs de la Cour supérieure ([2001] J.Q. nº 4670 (QL)) et la majorité de la Cour d'appel, la juge des faits a commis une erreur de principe fatale sur cette question — la juge Baribeau s'étant interrogée uniquement sur la question de savoir si elle *croyait* l'accusé sans déterminer si, malgré le fait qu'elle ne le croyait pas, le témoignage de M. Boucher soulevait néanmoins un doute raisonnable dans son esprit quant à la consommation d'alcool de ce dernier le soir en question. Pour ce motif, entre autres, je ne peux souscrire au rétablissement du jugement de première instance déclarant M. Boucher coupable. Je suis plutôt d'avis que nous devons ordonner un nouveau procès. 51

La crédibilité de M. Boucher constitue, en définitive, la question déterminante dans la présente affaire. J'explique pourquoi. 52

M. Boucher est accusé d'avoir conduit une automobile avec une alcoolémie de 93 mg par 100 ml de sang suivant un premier alcootest et de 92 mg suivant un deuxième. Ma collègue résume le témoignage de M. Boucher quant à sa consommation d'alcool et la preuve d'expert aux par. 3 et 4. Comme elle le note, M. Boucher a témoigné avoir consommé deux bières grand format dans une brasserie au cours des deux à trois heures ayant précédé son arrestation. Se fondant sur cette consommation, le témoin expert de la défense dit être d'avis que, pour un homme de l'âge, du poids et de la grandeur de M. Boucher, l'alcoolémie devrait plutôt se situer entre 45 et 60 mg. S'appuyant sur une hypothèse de consommation différente de la consommation 53

Mr. Boucher consumed differed from the amount he said he had consumed:

[TRANSLATION] In other words, if he isn't telling us the truth and he did in fact drink four large beers, if we believe that he finished them ten minutes before he was stopped, even if that is true it might be . . . it is entirely possible to think he wouldn't have gone over, but once he got to the police station he reached a plateau and had the levels put in evidence before the court.

54 First, if Mr. Boucher's testimony about the alcohol he consumed had not been rejected, the expert evidence could have rebutted the presumption of accuracy in s. 258(1)(*g*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, since the expert in the case at bar was of the opinion that the breathalyzer results would not have exceeded 60 mg. However, without a factual basis, the opinion of the expert witness had no evidentiary value: *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24. In the instant case, only Mr. Boucher's testimony about the alcohol he consumed was capable of providing that factual basis. Since there is nothing to suggest that the expert evidence was not credible in itself, the case therefore turned on the assessment of Mr. Boucher's credibility. I will come back to this point.

55 Second, regarding the possibility that Mr. Boucher had consumed more alcohol than he stated (namely four large beers, leading to the results of 93 mg and 92 mg obtained in this case), the expert evidence, as summarized in the above passage, was offered as evidence to the contrary to rebut the presumption of identity in s. 258(1)(*c*), which is a presumption that the breathalyzer results correspond to the blood alcohol level at the time of the offence. In this respect, I am entirely in agreement with my colleague (at para. 39) that the expert's testimony was nothing more than an allusion to the fact that blood alcohol levels constantly change as a result of the absorption and elimination of alcohol into and from the blood. That testimony could not be evidence to the contrary within the meaning of s. 258(1)(*c*): *R. v. St. Pierre*, [1995] 1 S.C.R. 791. Thus, Downs J. of the Superior Court and Rothman J.A. of the Court of Appeal both erred when they relied in part on this aspect of the expert evidence to find

déclarée par M. Boucher, l'expert exprime aussi l'opinion suivante :

En d'autres termes, si monsieur ne nous dit pas la vérité et qu'il a effectivement pris les 4 grosses bières, si on croit qu'elles se sont terminées dix minutes avant l'interception, même dans cette hypothèse-là, il pourrait être [. . .] il est tout à fait envisageable qu'il n'aurait pas dépassé, mais rendu au poste de police, il va atteindre un plateau et avoir les taux mis en preuve devant le tribunal.

Dans un premier temps, si le témoignage de M. Boucher quant à sa consommation d'alcool n'avait pas été écarté, la preuve d'expert aurait été susceptible de réfuter la présomption d'exactitude prévue à l'al. 258(1)*g*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, puisque, dans le présent cas, l'expert était d'avis que les résultats de l'alcootest n'auraient pas excédé 60 mg. Par contre, sans son fondement factuel, l'opinion du témoin expert n'avait aucune valeur probante : *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24. En l'espèce, seul le témoignage de M. Boucher sur sa consommation d'alcool pouvait fournir ce fondement. Comme rien n'indique que la preuve d'expert n'était pas, en soi, digne de foi, l'appréciation de la crédibilité de M. Boucher devenait donc décisive. J'y reviendrai.

Dans un deuxième temps, dans l'hypothèse d'une consommation supérieure à celle déclarée par M. Boucher (soit quatre grosses bières menant aux résultats de 93 mg et 92 mg obtenus en l'espèce), la preuve d'expert, telle que résumée dans l'extrait précité, était offerte comme preuve contraire pour réfuter la présomption d'identité prévue à l'al. 258(1)*c*) qui précise que les résultats de l'alcootest correspondent au taux d'alcoolémie au moment de l'infraction. Sur cet aspect, je partage entièrement l'opinion de ma collègue (par. 39) selon laquelle le témoignage de l'expert n'était rien de plus qu'une allusion au fait que l'alcoolémie change constamment par suite de l'absorption ou de l'élimination de l'alcool dans le sang. Ce témoignage ne pouvait constituer une preuve contraire au sens de l'al. 258(1)*c*) : *R. c. St. Pierre*, [1995] 1 R.C.S. 791. En conséquence, le juge Downs de la Cour supérieure et le juge Rothman de la Cour d'appel ont tous deux fait erreur en se fondant en partie sur cet aspect de la preuve d'expert

that there was evidence to the contrary. Moreover, without expert evidence about Mr. Boucher's level of alcohol tolerance, the fact that he had no symptoms of intoxication other than the smell of alcohol was merely speculative evidence, which was also of no evidentiary value: *R. v. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279 (Ont. C.A.).

Accordingly, since there was nothing apart from the expert evidence based on Mr. Boucher's testimony that could constitute evidence to the contrary, the correctness of the trial judge's verdict ultimately depends on her assessment of Mr. Boucher's credibility. I will therefore review that assessment.

It is important to begin by noting, as my colleague does at para. 15, that the standard of proof that must be met to rebut the presumptions of identity and accuracy is *reasonable doubt*. Mr. Boucher did not have to satisfy the trial judge that he had drunk only two large beers; he had only to raise a reasonable doubt about this in the judge's mind. The judge could very well not have believed that Mr. Boucher had consumed only two large beers while nevertheless continuing to doubt the accuracy of the breathalyzer results as a result of his testimony. My colleague quotes, at para. 28, passages from this Court's decision in *R. v. Proudlock*, [1979] 1 S.C.R. 525, and from the reasons of Fish J.A., as he then was, in *R. v. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90 (Que. C.A.), in support of her assertion, at para. 29, that the case at bar was not one to which *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, applied. With respect for my colleague's opinion, the passages quoted from *Proudlock* and *Dubois* cannot be read in this way. A judge who does not believe an accused as regards the amount of alcohol consumed but who nonetheless has a reasonable doubt in this respect cannot convict the accused. In *Dubois*, Fish J.A. explicitly said this more than once in his judgment:

> If the trier of fact considers that the "evidence to the contrary" raises a reasonable doubt or, as is sometimes said, that it might reasonably be true, then the incriminating breathalyzer result will no longer support a conviction. . . .

. . .

pour conclure à l'existence d'une preuve contraire. De plus, l'absence de symptômes d'ébriété à part l'odeur d'alcool, sans preuve d'expert quant au degré de tolérance de M. Boucher à l'alcool, ne constituait qu'un élément de preuve théorique qui, lui aussi, n'avait aucune valeur probante : *R. c. Latour* (1997), 116 C.C.C. (3d) 279 (C.A. Ont.).

56 Par conséquent, puisque la preuve d'expert fondée sur le témoignage de M. Boucher était le seul élément pouvant constituer une preuve contraire, le bien-fondé du verdict de la juge d'instance repose, en définitive, sur son appréciation de la crédibilité de M. Boucher. J'en fais donc l'analyse.

57 Il est important de souligner d'abord, comme le fait ma collègue au par. 15, que la norme de preuve requise pour réfuter les présomptions d'identité et d'exactitude est le *doute raisonnable*. M. Boucher n'avait pas à convaincre la juge d'instance qu'il n'avait bu que deux grosses bières; il lui suffisait de soulever un doute raisonnable dans l'esprit de la juge à cet égard. Cette dernière pouvait très bien ne pas croire que M. Boucher avait consommé seulement deux grosses bières, mais continuer toutefois de nourrir un doute quant à l'exactitude des résultats de l'alcootest par suite du témoignage de celui-ci. Ma collègue cite, au par. 28, des extraits de l'arrêt *R. c. Proudlock*, [1979] 1 R.C.S. 525, de notre Cour et des motifs du juge Fish, alors à la Cour d'appel du Québec, dans *R. c. Dubois* (1990), 62 C.C.C. (3d) 90, à l'appui de son affirmation au par. 29 qu'il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas d'application de l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Avec égards pour l'opinion de ma collègue, les extraits dans *Proudlock* et *Dubois* ne peuvent être lus ainsi. Le juge qui ne croit pas l'accusé quant à la quantité d'alcool qu'il a consommée mais qui a quand même un doute raisonnable à cet égard ne peut le condamner. Dans *Dubois*, le juge Fish le dit expressément à plusieurs reprises dans son jugement :

> [TRADUCTION] Si le juge des faits considère que la « preuve contraire » soulève un doute raisonnable ou, selon la formule utilisée à l'occasion, que cette preuve pourrait raisonnablement être vraie, l'alcootest incriminant ne peut plus étayer une déclaration de culpabilité. . .

. . .

In my respectful view, then, a breathalyzer result cannot support a conviction under s. 253 if there is contrary evidence which *raises a reasonable doubt* or *suggests a reasonable possibility of innocence* or *might reasonably be true*. [Emphasis in original; p. 92.]

In *Proudlock*, Pigeon J., writing for Martland, Ritchie, Dickson, Beetz and Pratte JJ., said that there is no persuasive burden on the accused in providing evidence to the contrary and that "it will be sufficient if, at the conclusion of the case on both sides, the trier of fact has a reasonable doubt" (p. 549). In *W. (D.)*, this Court pointed out that there is a very real and significant difference between believing the accused (which implies that the balance of probabilities favours the accused) and giving the accused the benefit of a reasonable doubt. Thus, the judge had to so instruct the jury. There is no question that these principles apply equally to a trial before a judge alone.

58 Downs J. of the Superior Court and Rothman and Beauregard JJ.A. of the Court of Appeal (Forget J.A., dissenting, expressed no opinion on this issue) all concluded that the trier of fact had erred in principle by considering only whether she *believed* the accused without determining whether Mr. Boucher's testimony, even though she did not believe it, raised a reasonable doubt in her mind. As I will explain, I agree that the trial judge made this error. Deschamps J. acknowledges that the trial judge erred but finds that the error reflects a problem in the wording she used in relation to the applicable standard more than a misconception of the applicable law. With respect, I do not share that view.

59 I agree with Deschamps J. that a ritual incantation is not required in every case. The trial judge did not have to repeat the formula set out in *W. (D.)* to demonstrate that she had relied on correct legal principles in assessing the accused's credibility. Moreover, she is presumed to know those principles. Thus, when a trial judge states that he or she "rejects" an accused's testimony, it can generally

À mon humble avis, par conséquent, un résultat d'alcootest ne saurait étayer une déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 253 s'il existe une preuve contraire *qui soulève un doute raisonnable, qui dénote une possibilité raisonnable que l'accusé soit innocent* ou *qui pourrait raisonnablement être vraie*. [En italique dans l'original; p. 92.]

Dans *Proudlock*, écrivant pour les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz et Pratte, le juge Pigeon précise que l'accusé n'a pas à persuader pour établir une preuve contraire, « il suffit qu'à la fin du procès, le juge du fond ait un doute raisonnable » (p. 549). Dans *W. (D.)*, notre Cour a rappelé qu'il existe une différence bien réelle et importante entre, d'une part, donner foi à l'accusé (ce qui suppose que la prépondérance des probabilités le favorise) et, d'autre part, lui accorder le bénéfice du doute raisonnable. En conséquence, le juge devait instruire le jury à cet effet. Il ne fait nul doute que ces principes s'appliquent tout aussi bien au procès devant juge seul.

Le juge Downs de la Cour supérieure et les juges Rothman et Beauregard de la Cour d'appel (le juge Forget, dissident, n'exprime pas d'opinion sur cette question) ont tous conclu que la juge des faits avait commis une erreur de principe en s'interrogeant uniquement sur la question de savoir si elle *croyait* l'accusé, sans déterminer si, malgré le fait qu'elle ne le croyait pas, le témoignage de M. Boucher soulevait néanmoins un doute raisonnable dans son esprit. Comme je l'expliquerai, je suis d'accord que la juge d'instance a commis cette erreur. La juge Deschamps reconnaît que la juge d'instance a fait erreur, mais elle estime que l'erreur relève davantage d'un problème de formulation de la norme applicable que d'une conception erronée du droit applicable. Avec égards pour l'opinion de ma collègue, je ne partage pas cet avis.

Je conviens avec la juge Deschamps qu'il ne s'agit pas d'exiger une incantation rituelle dans tous les cas. La juge d'instance n'a pas à répéter la formule énoncée dans *W. (D.)* pour démontrer qu'elle s'est fondée sur des principes de droit corrects dans son appréciation de la crédibilité de l'accusé. De plus, la juge est présumée connaître ces principes. Ainsi, lorsqu'un juge d'instance déclare qu'il « rejette » le

be concluded that the testimony failed to raise a reasonable doubt in the judge's mind. Here, however, it is apparent from the whole of the trier of fact's reasons that she imposed too heavy a burden of proof on the accused.

At the beginning of her judgment, Judge Baribeau defined the parameters of her reasoning, stating that she had to ask herself [TRANSLATION] "whether I believe the defendant as regards the amount of alcohol he drank during the period of time he stated". Dealing more specifically with the rebuttal of the presumption of accuracy by evidence to the contrary, she stated that such evidence [TRANSLATION] "must raise a reasonable doubt and not merely be reasonably true" (emphasis added). This is a clear error of law. As stated by this Court in *Proudlock* and by the Quebec Court of Appeal in *Dubois*, a reasonable doubt may be raised in the mind of the trier of fact if the accused adduces evidence that might reasonably be true. Once again, the trial judge stated that [TRANSLATION] "if the judge does not believe the defendant as to the quantity of alcohol consumed, there is no evidence to the contrary", and she concluded as follows: "since I cannot accept your version, I have no evidence to the contrary and I have no choice but to find you guilty of the offence charged". It is apparent from these passages that, throughout her judgment, Judge Baribeau thought she had to believe the accused's version of the facts to find that there was evidence to the contrary that rebutted the presumption of accuracy. Given that this error was repeated throughout the reasons, I am unable to conclude that it was a mere flaw in the wording she chose.

Having found that this error was fatal to the judgment convicting Mr. Boucher, Rothman J.A. expressed his agreement with Downs J. of the Superior Court by finding that there was evidence to the contrary even apart from the accused's testimony and that Mr. Boucher should have been given the benefit of that evidence. As I explained earlier, that finding cannot be accepted, and an acquittal cannot be entered based on those reasons.

témoignage de l'accusé, il est généralement permis de conclure que le témoignage n'a pas soulevé de doute raisonnable dans son esprit. Par contre, ici, il ressort de l'ensemble des motifs de la juge des faits qu'elle a imposé un fardeau de preuve trop lourd à l'accusé.

60 Dès le début de son jugement, la juge Baribeau définit les paramètres de son raisonnement, affirmant devoir se demander : « est-ce que je crois le défendeur quant à la quantité d'alcool bue dans la période de temps qu'il le déclare ». Abordant plus précisément le renversement de la présomption d'exactitude par la preuve contraire, elle affirme que celle-ci « doit soulever un doute raisonnable et non pas seulement être raisonnablement vraie » (je souligne). Il s'agit ici d'une flagrante erreur de droit. Comme l'ont énoncé notre Cour dans *Proudlock*, et la Cour d'appel du Québec dans *Dubois*, un doute raisonnable peut être soulevé dans l'esprit du juge des faits si l'accusé présente une preuve qui est raisonnablement vraie. Derechef, la juge d'instance affirme que « si le juge ne croit pas le défendeur quant à sa consommation d'alcool, il n'y a pas de preuve contraire » et conclut enfin ainsi : « compte tenu que je ne peux pas retenir votre version, je n'ai pas de preuve contraire et je n'ai pas le choix que de vous déclarer coupable de l'infraction reprochée ». Il ressort de ces extraits que, tout au long de son jugement, la juge Baribeau considère qu'elle doit croire la version des faits de l'accusé pour conclure à l'existence d'une preuve contraire réfutant la présomption d'exactitude. Compte tenu de la répétition de l'erreur dans l'ensemble des motifs, je suis incapable de conclure à un simple défaut de formulation.

61 Ayant constaté que cette erreur était fatale au jugement condamnant M. Boucher, le juge Rothman a exprimé son accord avec le juge Downs de la Cour supérieure en concluant que, outre le témoignage de l'accusé, il existait quand même une preuve contraire dont aurait dû bénéficier M. Boucher. Comme je l'ai expliqué plus tôt, cette conclusion ne peut être retenue et un acquittement ne peut être prononcé en se fondant sur ces motifs.

62 The second majority judge, Beauregard J.A., did not rely on that evidence to acquit Mr. Boucher. He began by deciding, as I mentioned above, that the trial judge had erred in principle in thinking that she had to believe the accused's version of the facts to find that there was evidence to the contrary that rebutted the presumption of accuracy. In light of that error, Beauregard J.A. said that he was tempted to allow the appeal and order a new trial. However, after more closely examining the reasons of the trier of fact and the supporting evidence, he instead decided, for the following reasons, to subscribe to Rothman J.A.'s view and acquit Mr. Boucher:

> [TRANSLATION] However, the more I reread the judgment of the Municipal Court of Montréal, the more I see that the judge's reasons for not believing the accused have little weight. In fact, the judge erred in law with respect to two of these reasons, since she reproached the accused for having twice remained silent. In addition, the judge saw contradictions in the accused's testimony that are not there.
>
> In short, the testimony of the accused was plausible. It was plausible not only in theory but also in light of the evidence as a whole and the fact that none of that evidence tended to show that he was not telling the truth.
>
> In the circumstances, I agree with the conclusion of Rothman J.A. [paras. 63-65]

63 As I will explain below, I agree with Beauregard J.A.'s conclusion that the reasons given by the trier of fact for rejecting the accused's testimony have little weight. On the other hand, and with the utmost respect, Beauregard J.A. exceeded his powers when he entered an acquittal based on his own assessment of Mr. Boucher's credibility. In this case, the verdict of the trier of fact, which was wrong because it was erroneous in law, was nonetheless not unreasonable. Beauregard J.A. should instead have ordered that a new trial be held.

64 Before I explain why the trial judge's reasons for rejecting Mr. Boucher's testimony have little weight, a second error in principle made by the trial judge should be noted. Judge Baribeau relied

Le second juge de la majorité, le juge Beauregard, ne s'est pas appuyé sur ces éléments de preuve pour acquitter M. Boucher. Il a d'abord décidé, tel que je l'ai indiqué plus tôt, que la juge d'instance avait commis une erreur de principe en considérant qu'elle devait croire la version des faits de l'accusé pour conclure à l'existence d'une preuve contraire réfutant la présomption d'exactitude. Compte tenu de cette erreur, le juge Beauregard s'est dit tenté d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Mais, suite à une étude plus approfondie des motifs de la juge des faits et de la preuve à l'appui, il a plutôt décidé, pour les motifs qui suivent, de se rallier au juge Rothman et d'acquitter M. Boucher :

> Mais, plus je relis le jugement de la Cour municipale de Montréal, plus je constate que les motifs [de la] juge pour ne pas croire l'accusé ont peu de poids. De fait, la juge a erré en droit quant à deux des motifs : elle reproche à l'accusé d'avoir à deux occasions gardé le silence. La juge voit par ailleurs dans le témoignage de l'accusé des contradictions qui n'en sont pas.
>
> Bref, le témoignage de l'accusé était plausible. Pas seulement plausible en théorie, mais plausible sous l'éclairage de l'ensemble des éléments de preuve et du fait qu'aucun de ces éléments ne tendait à montrer qu'il était mensonger.
>
> Dans les circonstances, je suis d'accord avec la conclusion du juge Rothman. [par. 63-65]

Comme je l'expliquerai plus loin, je partage la conclusion du juge Beauregard selon laquelle les motifs invoqués par la juge des faits pour rejeter le témoignage de l'accusé ont peu de poids. Par contre, sauf tout le respect que je dois au juge Beauregard, ce dernier a outrepassé ses fonctions lorsqu'il a prononcé un acquittement en se fondant sur sa propre appréciation de la crédibilité de M. Boucher. En l'espèce, le verdict de la juge des faits, erroné puisque mal fondé en droit, n'était quand même pas déraisonnable. Le juge Beauregard devait plutôt ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Avant que j'explique pourquoi les motifs exposés par la juge d'instance pour rejeter le témoignage de M. Boucher ont peu de poids, il y a lieu de noter une deuxième erreur de principe commise

on *R. v. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412 (Que. C.A.), and *R. v. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266 (Ont. C.A.), in saying that [TRANSLATION] "[t]he judge can weigh the credibility of the accused and the accused's witnesses, *inter alia* as regards the consumption of alcohol, in light of the breathalyzer results before applying the statutory presumption and also in light of the evidence as a whole." Like Deschamps J., I am of the opinion that those decisions should not be followed with respect to the rebuttal of the presumption that the breathalyzer result is *accurate*. As my colleague states: "it would be circular to rely on the test results to determine whether there is evidence that could raise a doubt regarding those very results" (para. 43). In other words, the trial judge could not rely, as a ground for rejecting Mr. Boucher's assertion in his testimony that he had drunk only two beers, on the fact that the breathalyzer result itself indicated that he had drunk more than that.

par cette dernière. La juge Baribeau s'est appuyée sur les arrêts *R. c. Bernard* (1999), 140 C.C.C. (3d) 412 (C.A. Qué.), et *R. c. Gilbert* (1994), 92 C.C.C. (3d) 266 (C.A. Ont.), pour affirmer que « [l]e juge peut soupeser la crédibilité de l'accusé et de ses témoins, entre autres quant à la consommation d'alcool en regard des résultats obtenus [aux] tests d'alcoolémie avant l'application de la présomption statutaire et également eu égard à l'ensemble de la preuve. » À l'instar de la juge Deschamps, je suis d'avis que ces décisions ne devraient pas être suivies en ce qui a trait au renversement de la présomption d'*exactitude* du résultat de l'alcootest. Comme le dit ma collègue : « constituerait un raisonnement circulaire le fait de se reporter aux résultats du test pour déterminer s'il existe une preuve permettant de mettre en doute ces mêmes résultats » (par. 43). Autrement dit, la juge d'instance ne pouvait pas invoquer le fait que le résultat même de l'alcootest indiquait une consommation plus élevée pour rejeter le témoignage de M. Boucher quand il a affirmé avoir bu seulement deux bières.

It is important to note, however, that the situation is not the same when it is clear that the defence is challenging only the presumption of identity, for example where an accused testifies that he consumed eight ounces of alcohol between the time he was arrested and the time the breath samples were taken. In such a case, the trier of fact can properly consider the breathalyzer result in assessing the evidence to the contrary adduced by the accused, since what is disputed is not the accuracy of that result but only the fact that it reflects the accused's blood alcohol level at the time the offence was committed. In this way, even if the trier of fact accepts the accused's testimony that he drank alcohol between the time he was arrested and the time he took the breathalyzer test, the trier can take into account an especially high breathalyzer result, among other factors, to find that, notwithstanding the alcohol consumed subsequently, the accused's blood alcohol level already exceeded the legal limit when he was arrested, and accordingly to reject the accused's evidence to the contrary.

65

Il est toutefois important de souligner qu'il en va autrement dans les cas où il est clair que la défense attaque seulement la présomption d'identité, par exemple, lorsqu'un accusé témoigne qu'il a consommé huit onces d'alcool entre le moment de son arrestation et la prise d'échantillons d'haleine. Dans un tel cas, le juge des faits peut légitimement considérer le résultat de l'alcootest dans son appréciation de la preuve contraire présentée par l'accusé, puisque ce n'est pas l'exactitude de ce résultat qui est contestée, mais seulement le fait qu'il reflète le taux d'alcool dans le sang de l'accusé lorsque l'infraction a été commise. Ainsi, même si le juge des faits accepte le témoignage de l'accusé voulant qu'il ait bu de l'alcool entre le moment où il a été arrêté et le moment où il s'est soumis à l'alcootest, il peut considérer, entre autres facteurs, un résultat d'alcootest particulièrement élevé pour conclure que, malgré l'ingestion subséquente d'alcool, le taux d'alcool dans le sang de l'accusé dépassait déjà la limite permise lorsqu'il a été arrêté, et en conséquence rejeter sa preuve contraire.

66 I agree with Deschamps J. that, despite this incorrect reference to *Bernard* and *Gilbert*, the trial judge does not seem to have relied on the breathalyzer results to reject the accused's testimony. On the other hand, I agree with Beauregard J.A. that Judge Baribeau erred in law in some of the reasons she gave for rejecting that testimony. She found fault with the accused for remaining silent when the police officer [TRANSLATION] "asked him why he had taken Le Caron" and said that "this is the first factor that prevents me from accepting your version". The right to remain silent is a principle of fundamental justice of which Mr. Boucher was entitled to avail himself, and the trier of fact could not draw any inference against him for having exercised that right: *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50. In addition, the trier of fact found that the accused's testimony contained a number of contradictions, which, after carefully reading the transcript of the evidence, I do not consider to be contradictions. Given the errors of law already mentioned and my conclusion that it is necessary to order a new trial, I see no purpose in reviewing those supposed contradictions in further detail.

Conclusion

67 In view of the fact that the trial judge imposed too heavy a burden of proof on the respondent, that she committed a number of errors in assessing his testimony and that it is impossible to determine the extent to which those errors contributed to her rejection of that testimony, but given that the Court of Appeal did not have the power to enter an acquittal, I would allow the appeal and order a new trial.

APPENDIX

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

258. (1) In any proceedings under subsection 255(1) in respect of an offence committed under section 253 or in any proceedings under subsection 255(2) or (3),

. . .

Je conviens toutefois avec la juge Deschamps que, malgré cette référence erronée aux arrêts *Bernard* et *Gilbert*, la juge d'instance ne semble pas s'être fondée sur les résultats de l'alcootest pour rejeter le témoignage de l'accusé. En revanche, je partage l'opinion du juge Beauregard selon laquelle la juge Baribeau a fait erreur en droit quant à certains des motifs qu'elle a invoqués pour rejeter ce témoignage. Elle reproche à l'accusé d'avoir gardé le silence lorsque le policier « lui a demandé pourquoi il a pris Le Caron » et affirme que « ça, c'est un premier élément qui fait que je ne peux pas retenir votre version ». Le droit de garder le silence est un principe de justice fondamentale dont M. Boucher était en droit de se prévaloir et la juge des faits ne pouvait tirer une conclusion défavorable de son exercice : *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50. De plus, la juge des faits voit, dans le témoignage de l'accusé, plusieurs contradictions qui, après une lecture attentive de la transcription de la preuve, n'en sont pas, à mon avis. Vu les erreurs de droit déjà mentionnées et ma conclusion qu'il est nécessaire d'ordonner un nouveau procès, je ne vois pas l'utilité de revoir plus en détail ces supposées contradictions.

Conclusion

Étant donné que la juge du procès a imposé un fardeau de preuve trop lourd à l'intimé, qu'elle a commis plusieurs erreurs dans l'appréciation du témoignage de ce dernier et qu'il est impossible de déterminer jusqu'à quel point ces erreurs ont contribué à lui faire rejeter ce témoignage, étant donné toutefois que la Cour d'appel n'était pas habilitée à prononcer un acquittement, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

ANNEXE

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

258. (1) Dans des poursuites engagées en vertu du paragraphe 255(1) à l'égard d'une infraction prévue à l'article 253 ou dans des poursuites engagées en vertu des paragraphes 255(2) ou (3) :

. . .

(*c*) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), if

. . .

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and, in the case of the first sample, not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) an analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,

evidence of the results of the analyses so made is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses;

(*d*) where a sample of the blood of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3) or otherwise with the consent of the accused or pursuant to a warrant issued under section 256, if

(i) at the time the sample was taken, the person taking the sample took an additional sample of the blood of the accused and one of the samples was retained, to permit an analysis thereof to be made by or on behalf of the accused and, in the case where the accused makes a request within six months from the taking of the samples, one of the samples was ordered to be released pursuant to subsection (4),

(ii) both samples referred to in subparagraph (i) were taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time,

c) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), la preuve des résultats des analyses fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

. . .

(ii) chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction aurait été commise et, dans le cas du premier échantillon, pas plus de deux heures après ce moment, les autres l'ayant été à des intervalles d'au moins quinze minutes,

(iii) chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié,

(iv) une analyse de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un alcootest approuvé, manipulé par un technicien qualifié;

d) lorsqu'un échantillon de sang de l'accusé a été prélevé conformément à un ordre donné en vertu du paragraphe 254(3), conformément à un mandat décerné en vertu de l'article 256 ou autrement avec le consentement de l'accusé, la preuve du résultat des analyses ainsi faites fait foi, en l'absence de toute preuve contraire, de l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents, si les conditions suivantes sont réunies :

(i) au moment où l'échantillon a été prélevé, la personne qui le prélevait a pris un échantillon supplémentaire du sang de l'accusé et un échantillon a été gardé pour en permettre l'analyse à la demande de l'accusé et, si celui-ci fait la demande visée au paragraphe (4) dans les six mois du prélèvement, une ordonnance de remise de l'échantillon a été rendue en conformité avec ce paragraphe,

(iii) both samples referred to in subparagraph (i) were taken by a qualified medical practitioner or a qualified technician under the direction of a qualified medical practitioner,

(iv) both samples referred to in subparagraph (i) were received from the accused directly into, or placed directly into, approved containers that were subsequently sealed, and

(v) an analysis was made by an analyst of at least one of the samples that was contained in a sealed approved container,

evidence of the result of the analysis is, in the absence of evidence to the contrary, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was the concentration determined by the analysis or, where more than one sample was analyzed and the results of the analyses are the same, the concentration determined by the analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the concentrations determined by the analyses;

(*d*.1) where samples of the breath of the accused or a sample of the blood of the accused have been taken as described in paragraph (*c*) or (*d*) under the conditions described therein and the results of the analyses show a concentration of alcohol in blood exceeding eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood, evidence of the result of the analyses is, in the absence of evidence tending to show that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed did not exceed eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood, proof that the concentration of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed exceeded eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood;

. . .

(*g*) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 254(3), a certificate of a qualified technician stating

(i) that the analysis of each of the samples has been made by means of an approved instrument operated by the technician and ascertained by the technician to be in proper working order by means of an alcohol standard, identified in

(ii) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été prélevés le plus tôt possible après le moment de la commission de l'infraction alléguée et dans tous les cas au plus tard deux heures après,

(iii) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été prélevés par un médecin qualifié ou un technicien qualifié sous la direction d'un médecin qualifié,

(iv) les échantillons mentionnés au sous-alinéa (i) ont été reçus de l'accusé directement, ou ont été placés directement, dans des contenants approuvés et scellés,

(v) l'analyse d'un échantillon placé dans un contenant approuvé a été faite;

d.1) si les analyses visées aux alinéas *c*) ou *d*) montrent une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, le résultat de l'analyse fait foi, en l'absence de preuve tendant à démontrer que l'alcoolémie de l'accusé au moment où l'infraction aurait été commise ne dépassait pas quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang, d'une alcoolémie supérieure à quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang;

. . .

g) lorsque des échantillons de l'haleine de l'accusé ont été prélevés conformément à une demande faite en vertu du paragraphe 254(3), le certificat d'un technicien qualifié fait preuve des faits allégués dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du signataire, si le certificat du technicien qualifié contient :

(i) la mention que l'analyse de chacun des échantillons a été faite à l'aide d'un alcootest

the certificate, that is suitable for use with an approved instrument,

(ii) the results of the analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by the technician,

. . .

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the facts alleged in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate;

Appeal allowed, BINNIE, LEBEL, FISH *and* CHARRON JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: Gaétan Plouffe and Germain Tremblay, Montréal.

Solicitors for the respondent: LaBrie, St-Onge, Boucher, Huet, Gariépy, Longueuil.

approuvé, manipulé par lui et dont il s'est assuré du bon fonctionnement au moyen d'un alcool type identifié dans le certificat, comme se prêtant bien à l'utilisation avec cet alcootest approuvé,

(ii) la mention des résultats des analyses ainsi faites,

(iii) la mention, dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons :

. . .

(B) du temps et du lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la division (A) ont été prélevés,

(C) que chaque échantillon a été reçu directement de l'accusé dans un contenant approuvé ou dans un alcootest approuvé, manipulé par lui;

Pourvoi accueilli, les juges BINNIE, LEBEL, FISH *et* CHARRON *sont dissidents en partie.*

Procureurs de l'appelante : Gaétan Plouffe et Germain Tremblay, Montréal.

Procureurs de l'intimé : LaBrie, St-Onge, Boucher, Huet, Gariépy, Longueuil.

Harry Dikranian *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

INDEXED AS: DIKRANIAN v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 73.

File No.: 30243.

2005: March 10; 2005: December 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Contracts — Student loans — Loan repayment terms — Vested rights — Clause of student loan contract incorporating by reference legislative provisions relating to exemption from paying interest during specified period — Legislative amendments reducing and then eliminating interest exemption period — Whether student having vested right with respect to duration of exemption period applicable to payment of interest — Whether legislative amendments having effect of limiting rights conferred on student in contract with financial institution — An Act respecting financial assistance for students, R.S.Q., c. A-13.3, s. 23 — An Act to amend the Act respecting financial assistance for students and the General and Vocational Colleges Act, S.Q. 1996, c. 79, s. 5 — An Act to amend the Act respecting financial assistance for students, S.Q. 1997, c. 90, ss. 4, 5, 13.

In Quebec, the repayment terms for student loans are set out in the *Act respecting financial assistance for students*. The appellant obtained student loans between 1990 and 1996 and completed his studies in January 1998. According to the loan certificate signed by the appellant with his financial institution in 1996, the appellant had to begin repaying the principal and paying the interest on the loan upon the expiration of the exemption period. However, as a result of amendments to the *Act respecting financial assistance for students* that came into force in 1997 and 1998, the financial institution charged the appellant interest on his loan that, under the certificate, was supposed to have been paid

Harry Dikranian *Appelant*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

RÉPERTORIÉ : DIKRANIAN c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 73.

N° du greffe : 30243.

2005 : 10 mars; 2005 : 2 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Prêts étudiants — Modalités de remboursement du prêt — Droits acquis — Clause d'un contrat de prêt étudiant incorporant par renvoi des dispositions législatives relatives à l'exemption du paiement des intérêts durant une période déterminée — Modifications législatives réduisant puis éliminant la période d'exemption du paiement des intérêts — L'étudiant bénéficie-t-il d'un droit acquis quant à la durée de la période d'exemption applicable au paiement des intérêts? — Les modifications législatives ont-elles eu pour effet de restreindre les droits conférés à l'étudiant par son contrat avec l'institution financière? — Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 23 — Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel, L.Q. 1996, ch. 79, art. 5 — Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.Q. 1997, ch. 90, art. 4, 5, 13.

Au Québec, les modalités de remboursement des prêts étudiants sont établies par la *Loi sur l'aide financière aux étudiants*. De 1990 à 1996, l'appelant a obtenu des prêts étudiants et il a terminé ses études en janvier 1998. Le certificat de prêt signé par l'appelant et son institution financière en 1996 indique que l'appelant devait commencer à rembourser le capital et à payer les intérêts sur le prêt à l'expiration d'une période d'exemption. Cependant, à cause de modifications apportées à la *Loi sur l'aide financière aux étudiants* et entrées en vigueur en 1997 et 1998, l'appelant s'est vu imputer sur son prêt par l'institution financière des intérêts qui, selon les conditions du certificat, devaient être payés par

by the government. The appellant was authorized to institute a class action against the government seeking reimbursement of the interest paid. The Superior Court and the majority of the Court of Appeal dismissed the action, concluding that the 1997 and 1998 legislative amendments covered all student loans contracted before and after the amendments came into force.

Held (Deschamps J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Abella and Charron JJ.: In 1996, the appellant and the financial institution signed a loan certificate provided by the government, thereby turning the certificate into a contract and crystallizing the parties' rights and obligations, including the interest payment terms. The appellant thus had a vested right with respect to the duration of the exemption period applicable when the contract was signed, since his legal situation (1) was tangible and concrete, and (2) was constituted at the time of the new statute's commencement. It is presumed, in the absence of a clear indication in a statute to the contrary in light of the entire context, that the legislature did not intend to violate the principle against interference with vested rights. [32] [36-37] [43] [49] [54]

In the instant case, this vested right was not affected by the 1997 amending legislation. That legislation does not contain any transitional provision that might justify a conclusion that the legislature clearly intended to apply the new provisions so as to limit the rights of borrowers. Just because the government argues for the immediate and future application of the legislation does not mean it is authorized to interfere with rights conferred on the appellant in his contract. Moreover, the 1997 legislation does not refer to contracts that have already been entered into and therefore cannot apply to them. Finally, there is no evidence in the record that justifies imputing to the legislature an intention to interfere with vested rights. [44] [54]

Nor does s. 13 of the 1998 amending legislation, according to which the provisions of the statute apply to "juridical situations in progress" at the time of their coming into force, clearly state the legislature's intention to change the terms of contracts of loan that had already been entered into. Section 13 does not provide that the amendments apply to contracts or "contractual situations". Furthermore, the appellant's rights and obligations were no longer "in progress", since they had been definitively concluded under the terms and conditions of the contract. In the general context of the plan, the expression "juridical situations in progress" applies to a student who has received a loan certificate but not

le gouvernement. L'appelant a été autorisé à intenter un recours collectif contre le gouvernement afin d'obtenir le remboursement des intérêts payés. La Cour supérieure et la Cour d'appel, à la majorité, ont rejeté l'action, concluant que les modifications législatives de 1997 et 1998 visaient tous les prêts étudiants conclus avant et après leur entrée en vigueur.

Arrêt (la juge Deschamps est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Abella et Charron : L'appelant et l'institution financière ont signé en 1996 le certificat de prêt fourni par le gouvernement, le transformant de ce fait en un contrat et cristallisant les droits et obligations des deux parties, y compris les modalités de paiement des intérêts. L'appelant bénéficiait donc d'un droit acquis quant à la durée de la période d'exemption applicable lors de la signature du contrat puisque sa situation juridique était (1) individualisée et concrète, et (2) constituée au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. À moins qu'une loi ne prévoit clairement le contraire compte tenu du contexte global, il est présumé que le législateur n'entend pas porter atteinte au principe du respect des droits acquis. [32] [36-37] [43] [49] [54]

En l'espèce, ce droit acquis n'est pas touché par la loi modificatrice de 1997. Cette loi ne contient aucune disposition transitoire permettant de conclure à l'intention claire du législateur d'appliquer les nouvelles dispositions de façon à réduire les droits des emprunteurs. Le seul fait de préconiser une application immédiate et future de cette loi n'autorise pas le gouvernement à porter atteinte aux droits conférés à l'appelant par son contrat. De plus, la loi de 1997 ne fait pas mention des contrats déjà conclus et ne saurait donc s'appliquer à eux. Enfin, aucun élément du dossier ne permet d'imputer au législateur la volonté de porter atteinte à des droits acquis. [44] [54]

L'article 13 de la loi modificatrice de 1998, qui dispose que les dispositions de la loi s'appliquent aux « situations juridiques en cours » lors de leur entrée en vigueur, n'énonce pas non plus clairement l'intention du législateur de changer les conditions des contrats de prêt déjà conclus. L'article 13 ne prévoit pas que les modifications s'appliquent aux contrats ou aux « situations contractuelles ». Par ailleurs, les droits et obligations de l'appelant n'étaient plus « en cours » puisqu'ils avaient été établis définitivement par le contrat. Dans le contexte général du régime, l'expression « situations juridiques en cours » s'entend d'un étudiant qui a reçu son certificat de prêt, mais ne l'a pas encore signé (non plus

yet signed it (nor has the financial institution done so). In light of the ambiguity of s. 13, it is necessary to apply the principle against interference with vested rights. [45-50]

The administrative grounds raised by the government do not justify disregarding the express wording of the private contract. It is perfectly normal for some students who completed their studies on the same date to be treated differently if they obtained their student loans at different times and signed different loan agreements on an informed basis. It is the very foundation of the individualized contractual right that leads to this result. [52]

Per Deschamps J. (dissenting): In declaring, in s. 13, that the 1998 amending legislation applied to "juridical situations in progress", the Quebec legislature clearly indicated that the statute applied with immediate effect to the exemption period for the payment of interest by the appellant to his financial institution. This expression applies not only to situations that are still being formed, but also to the effects of a given juridical situation. The *Act respecting financial assistance for students* thus applies to the contract between the appellant and his financial institution. An interpretation that denies that a juridical situation is still "in progress" when it has been formed, has not been extinguished and is producing effects is not consistent with the theory on which the legislature relied. Finally, the doctrine of vested rights should not be relied on to decide the instant case. Common law concepts that place a strong emphasis on this doctrine do not apply where an approach based on the immediate application of legislation and the concept of juridical situations in progress is adopted. [56-58] [64]

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Économos" v. Collin*, [2004] 3 S.C.R. 257, 2004 SCC 59; **referred to:** *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880; *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal*, [1986] 1 S.C.R. 732; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47; *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95

que l'institution financière). Vu l'ambiguïté de l'art. 13, il faut appliquer le principe du respect des droits acquis. [45-50]

Les raisons administratives invoquées par le gouvernement ne permettent pas de faire abstraction du libellé explicite du contrat privé. Le fait que plusieurs étudiants ayant terminé leurs études à la même date fassent l'objet d'un traitement différent est tout à fait normal si les étudiants en question ont obtenu leurs prêts étudiants à des moments différents et ont signé en pleine connaissance de cause des conventions de prêt différentes. C'est le fondement même du droit contractuel individualisé qui mène à ce résultat. [52]

La juge Deschamps (dissidente) : En déclarant à l'art. 13 que la loi modificatrice de 1998 s'appliquait aux « situations juridiques en cours », le législateur québécois a clairement indiqué que cette loi s'appliquait avec effet immédiat à la période d'exemption de paiement des intérêts payables par l'appelant à son institution financière. Cette expression vise non seulement les situations en cours de formation mais aussi les effets d'une situation juridique donnée. La *Loi sur l'aide financière aux étudiants* s'applique donc au contrat conclu par l'appelant et son institution financière. Une interprétation qui nie qu'une situation juridique est encore « en cours » lorsqu'elle est formée, non éteinte et produit des effets ne respecte pas la théorie sur laquelle le législateur s'est fondé. Enfin, le litige ne devrait pas être résolu en ayant recours à la théorie des droits acquis. Les concepts de common law qui font une large place à cette notion sont écartés dans le contexte de l'adoption de l'approche fondée sur l'application immédiate des lois et sur la notion de situation juridique en cours. [56-58] [64]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué : *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Économos » c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257, 2004 CSC 59; **arrêts mentionnés :** *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271; *Upper Canada College c. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413; *Acme Village School District (Board of Trustees of) c. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47; *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Scott c. College of Physicians and*

D.L.R. (4th) 706; *Abbott v. Minister for Lands*, [1895] A.C. 425; *Massey-Ferguson Finance Co. of Canada v. Kluz*, [1974] S.C.R. 474; *Marchand v. Duval*, [1973] C.A. 635; *Holomis v. Dubuc* (1974), 56 D.L.R. (3d) 351; *Ishida v. Itterman*, [1975] 2 W.W.R. 142; *Township of Nepean v. Leikin* (1971), 16 D.L.R. (3d) 113; *Location Triathlon Inc. v. Boucher-Forget*, [1994] R.J.Q. 1666.

By Deschamps J. (dissenting)

Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Économos" v. Collin, [2004] 3 S.C.R. 257, 2004 SCC 59; *Montréal (Ville) v. 9013-5286 Québec inc.*, [2002] Q.J. No. 2631 (QL); *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting financial assistance for students, R.S.Q., c. A-13.3, ss. 15, 23, 24, 27, 28, 29, 40, 41, 62.
Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, ss. 2, 3, 4.
Act to amend the Act respecting financial assistance for students, S.Q. 1997, c. 90, ss. 4, 5, 13.
Act to amend the Act respecting financial assistance for students and the General and Vocational Colleges Act, S.Q. 1996, c. 79, s. 5.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 625, 1372, 1385, 1387, 1457.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1.
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 12.
Regulation respecting financial assistance for students, R.R.Q., c. A-13.3, r. 1, 56.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil: Sources annotées*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Droit civil québécois, t. 8. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal: Publications Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).
Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 11e éd. par François Chabas. Paris: Montchrestien, 1996.
Roubier, Paul. *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1993.

Surgeons of Saskatchewan (1992), 95 D.L.R. (4th) 706; *Abbott c. Minister for Lands*, [1895] A.C. 425; *Massey-Ferguson Finance Co. of Canada c. Kluz*, [1974] R.C.S. 474; *Marchand c. Duval*, [1973] C.A. 635; *Holomis c. Dubuc* (1974), 56 D.L.R. (3d) 351; *Ishida c. Itterman*, [1975] 2 W.W.R. 142; *Township of Nepean c. Leikin* (1971), 16 D.L.R. (3d) 113; *Location Triathlon Inc. c. Boucher-Forget*, [1994] R.J.Q. 1666.

Citée par la juge Deschamps (dissidente)

Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Économos » c. Collin, [2004] 3 R.C.S. 257, 2004 CSC 59; *Montréal (Ville) c. 9013-5286 Québec inc.*, [2002] J.Q. nº 2631 (QL); *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 625, 1372, 1385, 1387, 1457.
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 12.
Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.Q. 1997, ch. 90, art. 4, 5, 13.
Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel, L.Q. 1996, ch. 79, art. 5.
Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 15, 23, 24, 27, 28, 29, 40, 41, 62.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 2, 3, 4.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1.
Règlement sur l'aide financière aux étudiants, R.R.Q., ch. A-13.3, r. 1, 56.

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Édition Thémis, 1999.
Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil : Sources annotées*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Droit civil québécois, t. 8. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal : Publications Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003).
Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 11e éd. par François Chabas. Paris : Montchrestien, 1996.
Roubier, Paul. *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993.

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

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Rothman and Forget JJ.A.), [2004] Q.J. No. 303 (QL), affirming a judgment of Journet J., [2002] R.J.Q. 969, [2001] Q.J. No. 6159 (QL), dismissing the appellant's action. Appeal allowed, Deschamps J. dissenting.

Leon J. Greenberg and *Guy St-Germain*, for the appellant.

Mario Normandin, for the respondent.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Abella and Charron JJ. delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

1 The class action giving rise to this appeal was instituted by Mr. Dikranian on behalf of approximately 70,000 students; it concerns the recovery of interest paid on student loans granted under the former *Act respecting financial assistance for students*, R.S.Q., c. A-13.3 ("*AFAS*"), and the *Regulation respecting financial assistance for students*, R.R.Q., c. A-13.3, r. 1 ("*RFAS*").

2 The problem in the case at bar stems from the fact that the loans were made under private contracts between individual financial institutions and students while the repayment terms have been set by the government in the *AFAS* and the *RFAS*. The Minister of Education ("Minister") has imposed these terms by incorporating them into a loan certificate that must be obtained to enter into a contract of loan, to which the Minister is not a direct party.

3 The instant case results from two amendments to the *AFAS* and the *RFAS* — one in 1997 and the other in 1998 — that reduced the period during which students are exempt from making interest payments and repayments on the principal. It

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Rothman et Forget), [2004] J.Q. nº 303 (QL), qui a confirmé la décision du juge Journet, [2002] R.J.Q. 969, [2001] J.Q. nº 6159 (QL), qui a rejeté l'action de l'appelant. Pourvoi accueilli, la juge Deschamps est dissidente.

Leon J. Greenberg et *Guy St-Germain*, pour l'appelant.

Mario Normandin, pour l'intimé.

Le jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Abella et Charron a été rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Le recours collectif qui est à l'origine du présent pourvoi a été formé par M. Dikranian au nom d'environ 70 000 étudiants; il a pour objet la récupération d'intérêts payés sur des prêts étudiants octroyés sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'aide financière aux étudiants*, L.R.Q., ch. A-13.3 (« *LAFE* »), et du *Règlement sur l'aide financière aux étudiants*, R.R.Q., ch. A-13.3, r. 1 (« *RAFE* »).

Le problème posé en l'espèce provient du fait que les prêts ont pour origine des contrats privés entre des institutions financières et des étudiants, alors que les modalités de remboursement sont établies par le gouvernement dans la *LAFE* et le *RAFE*. Le ministre de l'Éducation (« ministre ») impose ces conditions en les incorporant au certificat de prêt dont l'obtention est essentielle à la conclusion du contrat de prêt auquel le ministre n'est pas directement partie.

Le présent litige résulte de deux modifications apportées à la *LAFE* et au *RAFE*, l'une en 1997 et l'autre en 1998, afin de réduire la période d'exemption du paiement des intérêts et du remboursement du capital. Dans un premier temps, il s'agit de

must first be established whether, considering that the first amendment contained no transitional provisions, that amendment applied to loans that had already been granted. It will then be necessary to determine the meaning and scope of the transitional provision in the second legislative amendment, according to which the new provisions apply to "juridical situations in progress".

The student aid plan in place prior to the *AFAS* was based on administrative contracts (see the Web site of Quebec's Aide financière aux études, www.afe.gouv.qc.ca/english); under that plan, the government set the terms of the contract and could amend them as it saw fit at any time. Under the current plan, however, a certificate is issued in which the Minister guarantees the loan should the student default on it (*AFAS*, ss. 27, 28 and 29) (see Appendix) and pays the interest during the exemption period (*AFAS*, s. 24) (see Appendix). After the certificate is issued, the student enters into a private contract with a financial institution. Although the government dictates some of the terms of the contract by incorporating them in the certificate it issues, it is not a party to the contract. The government neither grants the loan nor approves it. The government makes parallel commitments in accordance with the *AFAS*. The issue here is whether, in the instant case, the changes to these legal obligations have had the effect of limiting the rights conferred on the student in his or her contract with the financial institution.

This means that there is no need for me to consider the exact nature of the legal relationship between the government and the student. The substantive issue is whether the National Assembly can alter the private law relationship between the financial institution and the student and, if so, whether the legislative amendments of 1997 and 1998 satisfy the conditions under which it may do so.

2. Origin of the Case

Student loans in Quebec are governed by the *AFAS* and the *RFAS*. The Minister issues, to a student who is entitled to it under the *RFAS*, a loan certificate authorizing the student to contract a

déterminer si, en l'absence de dispositions transitoires, la première modification s'appliquait aux prêts déjà consentis. Dans un deuxième temps, il sera nécessaire de déterminer le sens et la portée de la disposition transitoire incluse dans la deuxième modification législative prévoyant l'application des nouvelles dispositions aux « situations juridiques en cours ».

4 Le régime antérieur à la *LAFE* était celui du contrat administratif (voir le site Web de l'Aide financière aux études du Québec, www.afe.gouv.qc.ca); le gouvernement déterminait alors les modalités du contrat, qu'il pouvait modifier à son gré, en tout temps. Le régime actuel prévoit au contraire la délivrance d'un certificat dans lequel le ministre garantit le prêt en cas de défaut de paiement par l'étudiant (*LAFE*, art. 27, 28 et 29) (voir l'annexe) et prend à sa charge le paiement des intérêts pendant la période d'exemption (*LAFE*, art. 24) (voir l'annexe). Le certificat est toutefois suivi d'un contrat privé entre une institution financière et l'étudiant. Bien que le gouvernement dicte certaines modalités du contrat en les incorporant au certificat qu'il délivre, il n'est pas partie au contrat. Ce n'est pas le gouvernement qui accorde le prêt ou l'approuve. Il prend des engagements parallèles conformément à la *LAFE*. La question est de savoir si, en l'espèce, les changements apportés à ces obligations légales ont eu pour effet de restreindre les droits conférés à l'étudiant par son contrat avec l'institution financière.

5 Il n'est donc pas nécessaire que je me penche sur la nature précise des rapports juridiques entre le gouvernement et l'étudiant. La question de fond est de savoir si l'Assemblée nationale peut modifier les rapports de droit privé entre l'institution financière et l'étudiant et, dans l'affirmative, si les modifications législatives de 1997 et de 1998 satisfont aux conditions auxquelles il lui est permis de le faire.

2. L'origine du litige

6 Au Québec, la *LAFE* et le *RAFE* régissent les prêts étudiants. Le ministre délivre un certificat de prêt à l'étudiant qui y a droit suivant le *RAFE*, l'autorisant à contracter un emprunt dans les 90

loan with a financial institution recognized by the Minister within 90 days. The government pays the interest (*AFAS*, s. 24) and guarantees the repayment of the principal. Before 1997, the legislation exempted students who had completed their studies from paying interest on their loans for a period specified in the loan certificate.

7 On July 1, 1997 (the day the first amending statute came into force), the National Assembly reduced the period during which student borrowers were exempt from making interest payments and repayments on the principal by one month: *An Act to amend the Act respecting financial assistance for students and the General and Vocational Colleges Act*, S.Q. 1996, c. 79 ("*Amending Act, 1997*"), s. 5. For students who, like the appellant, completed their studies during the winter trimester, the date on which interest payments and repayments on the principal were to begin was brought forward from January 1, 1999 to December 1, 1998. Effective May 1, 1998 (the day the second amending statute came into force), students had to begin paying the interest as soon as they completed their studies: *An Act to amend the Act respecting financial assistance for students*, S.Q. 1997, c. 90 ("*Amending Act, 1998*"), ss. 4 and 5.

8 The appellant obtained student loans between 1990 and 1996. He signed the last loan certificate with his financial institution, the Royal Bank of Canada, on November 15, 1996. The certificate issued by the Minister stated that the appellant could borrow an additional $4,255, which, after the amounts were consolidated, increased the total of his student loans from $22,510 to $26,765. The appellant completed his studies on about January 31, 1998, in the winter trimester. According to clause 10 of the loan certificate, he had to begin repaying the principal and paying the interest on the loan upon the expiration of the exemption period, that is, on January 1, 1999.

9 Around July 21, 1998, the appellant inquired about the repayment of his loan. A Royal Bank representative informed him verbally that interest on the loan had been debited since June 1, 1998 and that the principal would be repayable as of

jours auprès d'une institution financière reconnue par le ministre. L'État assume le paiement des intérêts (*LAFE*, art. 24) et garantit le remboursement du capital. Avant 1997, la loi exemptait l'étudiant qui terminait ses études du paiement des intérêts sur son prêt durant une période stipulée dans le certificat de prêt.

Le 1er juillet 1997 (date d'entrée en vigueur de la première loi modificatrice), l'Assemblée nationale a raccourci d'un mois la période d'exemption du paiement des intérêts et du remboursement du capital par l'étudiant-emprunteur (*Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, L.Q. 1996, ch. 79 (« *Loi modificatrice de 1997* »), art. 5). Pour un étudiant qui, comme l'appelant, avait terminé ses études au trimestre d'hiver, la date du paiement des intérêts et du remboursement du capital était devancée, passant du 1er janvier 1999 au 1er décembre 1998. À compter du 1er mai 1998 (date d'entrée en vigueur de la deuxième loi modificatrice), l'étudiant devait payer les intérêts dès la fin de ses études (*Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants*, L.Q. 1997, ch. 90 (« *Loi modificatrice de 1998* »), art. 4 et 5).

De 1990 à 1996, l'appelant a obtenu des prêts étudiants. Le dernier certificat de prêt le liant à son institution financière, la Banque Royale du Canada, a été signé le 15 novembre 1996. Le certificat délivré par le ministre stipule que l'appelant pourra emprunter une somme supplémentaire de 4 255 $ qui, après consolidation, portera son prêt étudiant de 22 510 $ à 26 765 $. L'appelant a terminé ses études vers le 31 janvier 1998, au trimestre d'hiver. Selon la clause 10 du certificat de prêt, il devait commencer à rembourser le capital et à payer les intérêts sur le prêt à l'expiration de la période d'exemption, soit le 1er janvier 1999.

Vers le 21 juillet 1998, l'appelant s'est renseigné au sujet du remboursement de son prêt. Un représentant de la Banque Royale l'a informé verbalement que les intérêts sur le prêt étaient débités depuis le 1er juin 1998 et que le capital serait

December 1, 1998, in accordance with the directives issued by Aide financière aux étudiants. As a result of the 1997 and 1998 legislative amendments, the appellant was being charged interest on his loan that, under the certificate signed in 1996, was supposed to have been paid by the Minister.

On August 7, 1998, the appellant repaid the principal of the loan and paid, without prejudice, $308.53 for the interest accrued from June 1 to August 6, 1998.

The appellant was authorized to institute, on behalf of himself and other students forming a specific group, a class action against the respondent, the Attorney General of Quebec, seeking reimbursement of the interest paid on the loans that had been granted (*Dikranian v. Québec (Ministère de l'Éducation)*, [1999] Q.J. No. 2086 (QL) (Sup. Ct.), *per* Lévesque J.). He argued that Quebec's Ministère de l'Éducation had to pay that interest in accordance with the loan certificate issued before the legislative amendments were passed.

3. Judicial History

On December 13, 2001, Journet J. of the Superior Court dismissed the appellant's action. On January 27, 2004, a majority of the Court of Appeal dismissed his appeal, Rothman J.A. dissenting.

3.1 *Superior Court* ([2002] R.J.Q. 969)

Journet J. began by rejecting the appellant's arguments based on the provisions of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 ("*C.C.Q.*"), concerning contracts of adhesion as well as his arguments relating to the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1. He found that the rights and obligations of the financial institution and the student were governed by the statute and the regulation, and not by the loan certificate. The rights and obligations were not imposed by one of the parties to the contract, as is the case with a contract of adhesion. They simply flowed from the exercise of statutory or regulatory powers. In his view, a mandatory provision of a statute or regulation cannot be nullified pursuant to

exigible à compter du 1er décembre 1998, le tout en conformité avec les directives de l'Aide financière aux étudiants. À cause des modifications législatives de 1997 et de 1998, l'appelant se voyait imputer sur son prêt des intérêts qui, selon les conditions du certificat signé en 1996, devaient être payés par le ministre.

10 Le 7 août 1998, l'appelant a remboursé le capital du prêt et payé, sous toutes réserves, 308,53 $ pour l'intérêt couru du 1er juin au 6 août 1998.

11 L'appelant a été autorisé à intenter, en son nom personnel et au nom d'autres étudiants et étudiantes compris dans un groupe particulier, un recours collectif contre l'intimé, le procureur général du Québec, afin d'obtenir le remboursement des intérêts payés sur les prêts consentis (*Dikranian c. Québec (Ministère de l'Éducation)*, [1999] J.Q. nº 2086 (QL) (C.S.), le juge Lévesque). Il allègue que le paiement des intérêts en question devait être assumé par le ministère de l'Éducation du Québec suivant le certificat de prêt délivré avant les modifications législatives.

3. L'historique judiciaire

12 Le 13 décembre 2001, la Cour supérieure, sous la plume du juge Journet, a rejeté l'action de l'appelant. Le 27 janvier 2004, la Cour d'appel l'a déboutée à la majorité, le juge Rothman étant dissident.

3.1 *En Cour supérieure* ([2002] R.J.Q. 969)

13 Le juge Journet rejette d'abord les prétentions de l'appelant fondées sur les dispositions du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* »), relatives au contrat d'adhésion ainsi que celles liées à *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1. Il estime que ce sont les dispositions de la loi et du règlement qui régissent les droits et les obligations de l'institution financière et de l'étudiant, et non celles du certificat de prêt. Les droits et les obligations ne sont pas dictés par l'une des parties au contrat, comme dans le cas du contrat d'adhésion. Ils sont simplement issus de l'exercice de pouvoirs législatifs ou réglementaires. Selon lui, une disposition législative ou réglementaire

the *C.C.Q.* on the ground that, because it is incorporated into a contract, it is contractual in nature. This would be [TRANSLATION] "to confuse and distort concepts of nullity that were incompatible with each other — the rules of nullity applicable to contracts on the one hand and the rules of nullity and invalidity applicable to statutes and regulations on the other" (para. 76). Journet J. was of the opinion that the loan certificate was not in itself a contract but rather a juridical act issued pursuant to an enactment governing the rights and obligations of the parties referred to therein.

14 Journet J. then addressed the question of the retroactivity of the legislation. In his view, the issue was the immediate applicability of the legislation, not its retroactive application. He noted that the two amending statutes did not state that their provisions would take effect before they came into force. He added the following:

> [TRANSLATION] Section 13 of the 1997 statute states that the new provisions of the Act are applicable to the juridical situations in progress at the time of their coming into force. This statutory provision shows that the legislature intended the new legislation to apply immediately to all existing and future loans.
>
> The Court does not see how it could conclude that the two new statutes created different juridical situations for loans made before and after their enactment. In the absence of a provision to the contrary, every statute must apply immediately, both to contracts entered into before and to those entered into after it comes into force.
>
> The Court notes that there cannot be multiple sets of repayment terms for students completing their studies in the same trimester unless specific legislative provisions so indicate.
>
> The Court must favour an interpretation that results in the uniform application of one legislative scheme rather than a multiplicity of schemes.
>
> The interpretation suggested by [the appellant] for dealing with the temporal effect of the 1996 and 1997 statutes on the [*AFAS*] leads to unfair and different treatment of students who are nonetheless in the same situation, that is, who complete their studies in the same trimester and with the same loan amount to repay. If we accept the argument of [the appellant], only some of these students, he being one of them, would have to pay less interest on their loans and would thus obtain

obligatoire ne peut être annulée en application du *C.c.Q.* au motif que son incorporation dans un contrat lui confère un caractère contractuel. Cela équivaudrait en effet « à confondre et à dénaturer des concepts de nullité incompatibles entre eux — d'un côté les règles de nullité applicables aux contrats, de l'autre les règles de nullité et d'invalidité applicables aux lois et règlements » (par. 76). Pour le juge, le certificat de prêt ne constitue pas un contrat en soi, mais plutôt un acte juridique délivré en application d'un texte de loi régissant les droits et les obligations des parties mentionnées.

Le juge Journet aborde ensuite la question de la rétroactivité de la loi. Selon lui, le litige a pour objet l'applicabilité immédiate de la loi, et non sa rétroactivité. Il note que les deux lois modificatrices ne prévoient pas que leurs dispositions prendront effet avant leur entrée en vigueur. Il ajoute :

> L'article 13 de la loi de 1997 prévoit que les nouvelles dispositions de la loi seront applicables aux situations juridiques en cours lors de leur entrée en vigueur. Il s'agit d'une disposition législative démontrant que le législateur veut que la loi nouvelle s'applique de façon immédiate à tous les prêts existants ou futurs.
>
> Le tribunal ne voit pas comment il pourrait conclure que les deux nouvelles lois ont créé des situations juridiques distinctes, que l'on se situe avant ou après leur adoption. En l'absence de stipulation contraire, toute loi doit recevoir une application immédiate tant pour les contrats conclus avant qu'après leur entrée en vigueur.
>
> Le tribunal souligne qu'il ne peut y avoir plusieurs modalités de remboursement pour les étudiants terminant leurs études à un même trimestre sans dispositions législatives spécifiques.
>
> L'interprétation que doit favoriser le tribunal en est une conduisant à l'application uniforme d'un régime législatif plutôt qu'à une pluralité de régime[s].
>
> L'interprétation suggérée par [l'appelant] afin de régler l'effet dans le temps de la loi de 1996 et de la loi de 1997 sur la [*LAFE*] a pour conséquence de traiter différemment et de façon inéquitable des étudiants placés pourtant dans la même situation, c'est-à-dire des étudiants qui terminent leurs études au même trimestre et qui ont le même montant de prêt à rembourser. Suivant la thèse [de l'appelant], certains de ces étudiants seulement, dont il fait partie, devraient payer moins d'intérêts sur

benefits not granted to others. [Emphasis deleted; paras. 88-92.]

Finally, on the issue of vested rights, Journet J. noted that none of the students concerned, the appellant included, had completed their studies at the time the two statutes giving rise to the conflicting interpretations were enacted. The appellant had accordingly not taken advantage of the exemptions provided for in the original statute as of the time when the new provisions were enacted. He could not therefore claim to have vested rights.

3.2 *Court of Appeal* ([2004] Q.J. No. 303 (QL))

The appellant appealed from this judgment but was unsuccessful.

3.2.1 Forget J.A.

Forget J.A., Beauregard J.A. concurring, was of the opinion that the appeal should be dismissed. His brief reasons for judgment read as follows:

[TRANSLATION] With due respect for the opinion of Rothman J.A., I am of the view that the trial judgment was correct.

While the relationship between the student and the financial institution can be characterized as contractual, the same cannot be said of the relationship between the student and the government under the *Act respecting financial assistance for students*, which implements a public program to facilitate access to education.

The amendments introduced by the 1996 and 1997 statutes applied immediately and governed active loans.

I would dismiss the appeal with costs. [paras. 48-51]

3.2.2 Rothman J.A.

Rothman J.A. accepted the appellant's arguments. To begin with, he found that the loan certificate imposed obligations on the appellant that were clearly contractual in nature. He wrote the following:

While it is true, as the trial judge indicates, that the financial assistance programs created under the Act are

leur prêt et bénéficier ainsi d'avantages qui ne seraient pas accordés à d'autres. [Italiques supprimés; par. 88-92.]

15 En ce qui a trait à la question des droits acquis, enfin, le juge note que ni les étudiants en cause ni l'appelant n'avaient terminé leurs études au moment de l'adoption des deux lois à l'origine du conflit d'interprétation. L'appelant ne s'était donc pas prévalu des exemptions prévues par la loi initiale lors de l'adoption des nouvelles dispositions. Il ne pouvait donc prétendre avoir de droits acquis.

3.2 *À la Cour d'appel* ([2004] J.Q. nº 303 (QL))

16 L'appelant porte en appel ce jugement; il est débouté.

3.2.1 Le juge Forget

17 Le juge Forget, avec l'appui du juge Beauregard, est d'avis qu'il faut rejeter l'appel. Voici le texte de ses courts motifs :

Avec égards pour l'opinion du juge Rothman, je suis d'avis que le jugement de première instance est bien fondé.

Si la relation entre l'étudiant et l'institution financière peut être qualifiée de contractuelle, il n'en va pas de même pour celle entre l'étudiant et l'État dans le cadre de la *Loi sur l'aide financière aux étudiants* qui met en œuvre un programme public pour faciliter l'accès aux études.

Les modifications apportées par les lois de 1996 et 1997 étaient d'application immédiate et régissaient les prêts en cours.

Je propose de rejeter le pourvoi avec dépens. [par. 48-51]

3.2.2 Le juge Rothman

18 Pour sa part, le juge Rothman accepte les prétentions de l'appelant. Il estime d'abord que le certificat de prêt confère à l'appelant des obligations clairement contractuelles. Il écrit :

[TRADUCTION] Il est vrai, comme le dit le juge de première instance, que les programmes d'aide financière

worthy social programs designed to encourage equal accessibility to education for all Quebec students, the program of student loans contemplated in the Act did nevertheless impose contractual obligations upon students who obtained these loans, contractual obligations which included conditions as to the repayment of the capital of the loans as well as conditions concerning the payment of interest. One of the conditions in this contract stipulated the period of the loans during which the student was to be exempt from the payment of interest.

The certificate of loan, issued by the Department and signed by the student as well as the financial institution, is in the form of a contract and the clauses setting out the conditions of the loan contain numerous references to "this contract". Any reasonable borrower or lender reading the document would consider himself bound by a contract.

And while it is true that the Department did not itself sign the document, it was the Department that issued it to the student and it was the Department that had stipulated the conditions of repayment of capital and the exempt period for the payment of interest by the student. The Department was, moreover, itself contractually involved in the loan made to the student in that it guaranteed the repayment of the capital of the loan as well as the payment of interest to the financial institution, including the payment of interest for the period during which the student was exempt from interest payment.

In sum, while the programs created under the Act can fairly be characterized as social and educational, the obligations and the rights of students under their loan agreements with the lenders were substantially contractual.

I do not wish to suggest, of course, that the *Financial Assistance for Education Expenses Act* did not govern the relationship between the lending banks and the students and the relationship between the Banks and the Government.

. . .

But that being said, once it has been concluded that the contractual rights and obligations of a student borrower and a lender bank satisfy the requirements of the statute and the regulations, we must logically look to the contract concluded and the law that then existed to determine the rights and obligations of the borrowing student.

Unless the subsequent amendments to the law are expressly stipulated to be retroactive or are retroactive by necessary implication, I can see no basis for

créés en vertu de la Loi sont socialement valables en ce qu'ils favorisent l'accès de tous les Québécois à l'éducation. Cependant, le programme de prêts étudiants prévu dans la Loi imposait à l'étudiant des obligations contractuelles, notamment au chapitre du remboursement du capital et du paiement de l'intérêt. Le contrat ainsi conclu prévoyait entre autres la période pendant laquelle l'étudiant était exempté du paiement de l'intérêt.

Délivré par le Ministère et signé par l'étudiant ainsi que l'institution financière, le certificat de prêt revêt la forme d'un contrat, et les clauses précisant les conditions du prêt emploient souvent l'expression « le présent contrat ». Tout emprunteur ou prêteur raisonnable prenant connaissance du document s'estimerait lié par un contrat.

Et même si le Ministère n'a pas signé le document, c'est lui qui l'a délivré à l'étudiant et qui a stipulé les conditions de remboursement du capital et fixé la durée du congé d'intérêts. En outre, le Ministère était lui-même partie au prêt consenti à l'étudiant puisqu'il garantissait le remboursement du capital et le paiement de l'intérêt à l'institution financière, y compris le paiement de l'intérêt couru pendant la durée du congé.

En somme, les programmes créés en vertu de la Loi ont certes une vocation sociale et éducationnelle, mais les obligations et les droits des étudiants suivant les ententes de prêt conclues avec les prêteurs avaient essentiellement un caractère contractuel.

Je ne laisse évidemment pas entendre que la *Loi sur l'aide financière aux études* ne régissait pas la relation entre, d'une part, l'institution prêteuse et l'étudiant et, d'autre part, l'institution financière et l'État.

. . .

Mais cela dit, une fois établi que les obligations et les droits contractuels d'un étudiant emprunteur et d'une institution prêteuse satisfont aux exigences de la loi et du règlement, il nous faut en toute logique s'en rapporter au contrat intervenu et au droit alors en vigueur pour déterminer les obligations et les droits de l'étudiant emprunteur.

À moins que les modifications subséquentes de la loi ne prévoient leur rétroactivité, expressément ou par déduction nécessaire, je ne vois aucune raison

applying provisions in the amendments in conflict with the rights of the parties under their contract and the law which was applicable when it was concluded . . . . On signing the contract of loan, the student had no reason to believe that the Government might, by simple legislative amendment, rewrite his contract with the bank and modify his interest obligation. Nor, in the absence of an intention, expressed or tacit, to impair the rights of the student under his loan contract, do I see any basis for interpreting the amendments in a manner that would have that effect. [paras. 21-27]

Rothman J.A. pointed out that the 1997 and 1998 amendments, if applicable, would have had the effect of retroactively reducing the interest exemption period provided in the appellant's loan certificate. Yet this would have offended the principle against the retroactivity of legislation. He stated: "I can see no necessary implication that would require this interpretation" (para. 33). He added the following:

Nor can I easily accept that the phrase "[. . . juridical situations in progress . . .]" was intended to make the 1997 and 1998 amendments applicable so as to reduce the interest exemption period provided in the previously existing statute and in the contract signed by the borrowing student and the lending bank. In my respectful opinion, once the loan was approved by the Department and the contract of loan was signed by the student and the bank, appellant's obligation to pay interest and his exemption from the payment of interest were not "[juridical situations in progress]". They were rights and obligations which were no longer "in progress". They were crystallized, finalized and definitively concluded under the terms and conditions of the contract.

There is no suggestion in the law or the contract that the obligations of the student or the bank as regards the payment of interest by the student or the duration of the exemption period were subject to discussion or change. These were matters definitively concluded in the contract insofar as appellant and the Bank were concerned. Appellant had no right to demand that the exemption period be extended and the Bank had no right to demand that the exemption be reduced. The Government had no right to demand that its guarantee in favour of the bank be reduced. What "[juridical situations]" remained "[in progress]"? Absolutely none. [paras. 34-35]

Rothman J.A. then noted that, in the absence of an express or tacit intention to do so, a new law should not be read as impairing vested rights. He wrote:

d'appliquer les nouvelles dispositions contraires aux droits des parties découlant de leur contrat et du droit applicable lors de sa conclusion [. . .] À la signature du contrat de prêt, l'étudiant n'avait aucun motif de croire que le gouvernement pouvait, par simple modification législative, réécrire le contrat le liant à la banque et modifier son obligation relative à l'intérêt. Faute de l'intention expresse ou tacite de porter atteinte aux droits de l'étudiant suivant son contrat de prêt, rien ne justifie une interprétation des modifications qui irait dans ce sens. [par. 21-27]

19 Le juge Rothman fait observer que si les modifications de 1997 et de 1998 avaient été applicables, elles auraient eu pour effet de réduire de façon rétroactive la durée du congé d'intérêts prévu dans le certificat de prêt de l'appelant. Or cela aurait contrevenu au principe de la non-rétroactivité des lois. Selon le juge, [TRADUCTION] « aucune déduction nécessaire ne commanderait une telle interprétation » (par. 33). Il ajoute :

[TRADUCTION] Je ne suis pas non plus enclin à croire que l'emploi de l'expression « . . . situations juridiques en cours . . . » visait à faire en sorte que les modifications de 1997 et de 1998 s'appliquent de façon à réduire la durée du congé d'intérêts prévu par les dispositions antérieures et le contrat intervenu entre l'étudiant emprunteur et la banque prêteuse. À mon humble avis, une fois le prêt approuvé par le Ministère et le contrat de prêt signé par l'étudiant et la banque, l'obligation de l'appelant de payer les intérêts et l'exemption dont il bénéficiait à cet égard n'étaient plus des « situations juridiques en cours ». Ces droits et ces obligations n'étaient plus « en cours ». Ils étaient cristallisés, arrêtés et établis définitivement par le contrat.

Le libellé de la loi ou du contrat ne permet pas de conclure que les obligations de l'étudiant ou de la banque concernant le paiement de l'intérêt par l'étudiant ou la durée du congé d'intérêts étaient susceptibles de négociations ou de modifications. Elles avaient été définitivement circonscrites par le contrat vis-à-vis de l'appelant et de la banque. L'appelant ne pouvait exiger la prolongation du congé d'intérêts et la banque ne pouvait exiger son raccourcissement. Le gouvernement ne pouvait exiger la réduction de la garantie donnée à la banque. Quelles « situations juridiques » demeuraient « en cours »? Absolument aucune. [par. 34-35]

20 Le juge Rothman rappelle ensuite qu'à défaut d'une intention expresse ou tacite en ce sens, une nouvelle loi ne doit pas être interprétée de façon à porter atteinte à des droits acquis. Il écrit :

In the 1998 amendment, Sec. 13 provided that the amending provisions would apply to "[. . . juridical situations in progress at the time of their coming into force]."

While it is true that when the 1998 amendment came into force, appellant had not yet ended the period of exemption provided in his contract, I find it hard to imagine that the Legislature intended, in adopting the 1998 amendment, to change the interest exemption period of a contract of loan that had previously been concluded merely on the basis that the period of exemption had not yet expired.

When appellant undertook the loan, he did so under specific conditions for repayment of capital and payment of interest. There was no suggestion in the certificate of loan issued by the Department or in the contract that these conditions might be changed at any time. Nor is an interest exemption period, by its nature, of a kind that would be subject to periodic change. Appellant had every right to expect that his obligations for the repayment of capital and the payment of interest were those set out in the contract and that these conditions would be respected. Appellant fulfilled his obligations in repaying the loan and paying the interest on the loan under the terms required under his contract.

In the absence of very clear terms in the amending statutes establishing that the Legislature intended to impair appellant's rights under his existing contract, I can see no reason why the Government should not respect the rights and obligations existing under that contract. If that means the payment of interest by the Government for the period of exemption in the contract, so be it. That was the basis on which the certificate was issued and the contract was signed.

I would find it very difficult to interpret the words "[. . . juridical situations in progress . . .]" as evidence of an intention on the part of the Legislature to vary the terms of a loan contract that was concluded prior to the coming into force of the new law. [paras. 39-43]

4. Analysis

21 Simply put, the Court must answer the following questions: whether the version of the *AFAS* in force on November 15, 1996, when the certificate was signed, governs the interest exemption period applicable upon the completion of studies; and whether the new legislative provisions altered the terms of the contract of loan that had been entered into before they came into force.

[TRADUCTION] Selon l'article 13 des modifications de 1998, les dispositions modificatives s'appliquaient aux « . . . situations juridiques en cours lors de leur entrée en vigueur. »

Il est vrai que lors de l'entrée en vigueur des modifications de 1998, l'appelant n'avait pas encore mis fin au congé d'intérêts prévu dans son contrat, mais il est difficile de concevoir que le législateur ait voulu, par l'adoption de ces modifications, modifier la durée du congé d'intérêts déjà stipulé dans un contrat de prêt pour le seul motif que le congé n'avait pas encore pris fin.

Lorsque l'appelant a contracté le prêt, il l'a fait à certaines conditions concernant le remboursement du capital et le paiement de l'intérêt. Aucune mention du certificat de prêt délivré par le Ministère ou stipulation du contrat ne laissait entendre que ces conditions pouvaient être modifiées à tout moment. Par essence, un congé d'intérêts n'est pas susceptible de rajustement périodique. L'appelant était en droit de s'attendre à ce que ses obligations de remboursement du capital et de paiement des intérêts soient respectées. L'appelant a rempli ses obligations en remboursant le prêt et en payant l'intérêt couru conformément au contrat.

À défaut d'un libellé très clair selon lequel le législateur entendait porter atteinte aux droits de l'appelant suivant le contrat, je ne vois pas pourquoi le gouvernement ne serait pas tenu de respecter les droits et les obligations découlant de ce contrat. Si, de ce fait, le gouvernement doit payer l'intérêt pendant la durée du congé prévu dans le contrat, qu'il le paie. C'est ce que prévoient le certificat et le contrat.

J'ai bien du mal à voir dans l'expression « . . . situations juridiques en cours . . . » la preuve de l'intention du législateur de modifier les conditions d'un contrat de prêt conclu avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. [par. 39-43]

4. Analyse

En termes simples, voici les questions auxquelles la Cour doit répondre. La *LAFE*, dans sa version en vigueur le 15 novembre 1996, à la signature du certificat, régit-elle la période d'exemption d'intérêts applicable à la fin des études? Les nouvelles dispositions législatives ont-elles modifié les conditions du contrat de prêt conclu avant leur entrée en vigueur?

As a preliminary matter, I would like to make it clear that the plan set up by the *AFAS* and the *RFAS* is a complete one. This appeal does not concern the application of either the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57 ("*Implementation Act*"), or the transitional provisions set out in that Act. Nor is it either helpful or necessary to refer to the rules relating to consumer protection.

4.1 *Legal Nature of the Relationship Between the Parties*

4.1.1 Contractual Relationship

The starting point for this analysis is the observation that there is a private law contract between the student and the financial institution, and the terms of the contract leave no doubt in this regard (arts. 1372, 1385 and 1387 *C.C.Q.*). The two parties signed the loan certificate and made specific undertakings. There is no question that the contractual relationship between the student and the financial institution has a special feature, as the Minister, who is not a signatory, has unilaterally undertaken to guarantee the loan and pay the interest for a certain time.

It appears that the *AFAS* implicitly recognizes the contractual relationship established between the student and the financial institution. The version of s. 15 that was in force at the time of the events that led to the dispute provided as follows:

15. The Minister shall issue, to a student who is entitled to it and who is enrolled or deemed to be enrolled within the meaning of the regulation, a loan certificate authorizing him to contract a loan with a financial institution recognized by the Minister. The modalities of presentation of the certificate and payment of the loan shall be determined by regulation.

Before the amendments, the verb "contract" was also used in ss. 40, 41 and 62 of the *AFAS* and in s. 56 of the *RFAS*.

In short, any reasonable borrower or lender reading the document would consider himself or herself bound by a contract, as Rothman J.A. stated. It also appears that all the parties involved in this case

22 De façon préliminaire, j'aimerais préciser que le régime mis en place par la *LAFE* et le *RAFE* est complet. Il n'est pas question ici de la mise en œuvre de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57 (« *Loi d'application* »); aussi n'est-il pas question de faire appel aux dispositions transitoires prévues par cette loi. Il n'est pas non plus utile ou nécessaire de faire référence aux règles relatives à la protection du consommateur.

4.1 *La nature juridique de la relation entre les parties*

4.1.1 La relation contractuelle

23 Le point de départ de l'analyse est l'existence d'un contrat de droit privé liant l'étudiant et l'institution financière dont les conditions ne laissent subsister aucun doute à cet égard (art. 1372, 1385 et 1387 *C.c.Q.*). Les deux parties ont signé le certificat de prêt et ont pris des engagements spécifiques. Sans contredit, la relation contractuelle entre l'étudiant et l'institution financière est marquée par une particularité, le ministre, un non-signataire, s'étant engagé unilatéralement à garantir le prêt et à payer les intérêts pendant une certaine période.

24 Il semble que la *LAFE* reconnaisse implicitement le lien contractuel établi entre l'étudiant et l'institution financière. Dans sa version en vigueur au moment des faits à l'origine du litige, l'art. 15 prévoyait :

15. Le ministre délivre, à l'étudiant qui y a droit et qui est inscrit ou réputé inscrit au sens du règlement, un certificat de prêt dont les modalités de présentation et celles de versement du prêt sont déterminées par règlement, l'autorisant à contracter un emprunt auprès d'un établissement financier reconnu par le ministre.

Le verbe « contracter » était aussi employé aux art. 40, 41 et 62 de la *LAFE*, ainsi qu'à l'art. 56 du *RAFE*, avant les modifications.

25 Bref, tout emprunteur ou prêteur raisonnable prenant connaissance du document s'estimerait lié par un contrat, comme l'a dit le juge Rothman. Il appert aussi que toutes les parties au présent litige

recognize the contractual relationship between the student and the financial institution.

4.1.2 Contract of Loan: Loan Certificate

26 The contract of loan signed by the student and the financial institution on November 15, 1996 contains the following clauses:

This contract is signed in accordance with the prescriptions of the Act respecting financial assistance for students (R.S.Q., c. A-13.3), the Regulation thereunder (A-13.3, r. 1) and the prescriptions of the Loan Guaranty Program for the Purchase of a Microcomputer, if applicable.

Without restricting the scope of the above, the parties also agree to the following:

LOAN UNDER THE ACT RESPECTING FINANCIAL ASSISTANCE FOR STUDENTS

5. The student is exempt from payment of interest on the principal loaned by the financial institution, under the Act respecting financial assistance for students, for the exemption period defined in section 23 of the Act, which is cited in clause 10 of this contract.

. . .

10. Exemption period "means the period beginning on the date on which the borrower obtains a first loan or on which he becomes a full-time student again after having ceased to be so, and ending

1° on 1 April, for a borrower who completes or abandons his full-time studies during or at the end of the preceding summer trimester;

2° on 1 August, for a borrower who completes or abandons his full-time studies during or at the end of the preceding autumn trimester;

3° on 1 January, for a borrower who completes or abandons his full-time studies during or at the end of the preceding winter trimester" (R.S.Q., c. A-13.3, s. 23).

Under the contract of loan, the appellant, who completed his studies on January 31, 1998 (winter trimester), was therefore obliged to repay the principal and assume the interest payments on his loan as of the expiration of the exemption period, that is, on January 1, 1999.

reconnaissent la relation contractuelle entre l'étudiant et l'institution financière.

4.1.2 Le contrat de prêt : le certificat de prêt

Le contrat de prêt signé le 15 novembre 1996 par l'étudiant et l'institution financière contient les clauses suivantes :

[TRADUCTION] Le présent contrat intervient conformément aux exigences de la Loi sur l'aide financière aux étudiants (L.R.Q., ch. A-13.3) et de son règlement d'application (A-13.3, art. 1) et aux exigences du Programme de garantie de prêt pour l'achat d'un micro-ordinateur, le cas échéant.

Sans restreindre la portée de ce qui précède, les parties conviennent également de ce qui suit :

PRÊT CONFORME À LA LOI SUR L'AIDE FINANCIÈRE AUX ÉTUDIANTS

5. Conformément à la Loi sur l'aide financière aux étudiants, l'étudiant est exempté du paiement de l'intérêt sur le capital du prêt consenti par l'institution financière pour la période prévue à l'art. 23 de la Loi, lequel est cité en partie à l'article 10 du présent contrat.

. . .

10. Période d'exemption « signifie la période qui débute à la date à laquelle l'emprunteur obtient un premier prêt ou redevient étudiant à temps plein après avoir cessé de l'être et se termine :

1° le 1er avril, pour l'emprunteur qui termine ou abandonne ses études à temps plein au cours ou à la fin du trimestre d'été précédent;

2° le 1er août, pour l'emprunteur qui termine ou abandonne ses études à temps plein au cours ou à la fin du trimestre d'automne précédent;

3° le 1er janvier, pour l'emprunteur qui termine ou abandonne ses études à temps plein au cours ou à la fin du trimestre d'hiver précédent » (L.R.Q., ch. A-13.3, art. 23).

Suivant le contrat de prêt, l'appelant, qui avait terminé ses études le 31 janvier 1998 (trimestre d'hiver), avait donc l'obligation de rembourser le capital et de prendre à sa charge les intérêts sur le prêt dès l'expiration de la période d'exemption, soit le 1er janvier 1999.

The reference to the *AFAS* has the effect of incorporating the relevant provisions of the *AFAS*. Moreover, this reference relates specifically to the juridical situation that existed when the certificate was signed, that is, before the legislative amendments. Rothman J.A. shared this view:

> But that being said, once it has been concluded that the contractual rights and obligations of a student borrower and a lender bank satisfy the requirements of the statute and the regulations, we must logically look to the contract concluded and the law that then existed to determine the rights and obligations of the borrowing student. [para. 26]

Thus, the substantive issue is whether the rights conferred by the contract of loan can be unilaterally modified by the legislature, which is not a signatory to the contract.

4.2 *Vested Rights*

Before considering the question of vested rights, I would like to note that a distinction must be drawn between the principle of vested rights and the principle against retroactivity. This issue is of great importance here. The Attorney General of Quebec submits that the principle of the retroactivity of legislation is not in issue and asks the Court to apply the principle of the retrospectivity of legislation that was recently reiterated in *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Écongros" v. Collin*, [2004] 3 S.C.R. 257, 2004 SCC 59. However, it should be noted right away that *Épiciers Unis* dealt with the application of the *Implementation Act*, ss. 2 and 3 of which indicate that "the recent reform of the *Civil Code* is based not on the principles established at common law, principles which give great importance to vested rights. Rather, it is a system essentially based on the ideas of the French jurist Paul Roubier, a system which clearly dispenses with the notion of vested rights" (P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 118). This appeal does not concern a dispute resulting from the coming into force of the *C.C.Q.* We must therefore apply the *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, which gives effect to the principle of "acquired rights" in s. 12.

Le renvoi à la *LAFE* a pour effet d'incorporer ses dispositions pertinentes. Plus encore, ce renvoi vise spécifiquement la situation juridique qui existait lors de la signature du certificat, soit la période antérieure aux modifications législatives. Le juge Rothman partage ce point de vue : 27

> [TRADUCTION] Mais cela dit, une fois établi que les obligations et les droits contractuels d'un étudiant emprunteur et d'une institution prêteuse satisfont aux exigences de la loi et du règlement, il nous faut en toute logique s'en rapporter au contrat intervenu et au droit alors en vigueur pour déterminer les obligations et les droits de l'étudiant emprunteur. [par. 26]

La question de fond est donc de savoir si les droits conférés par le contrat de prêt peuvent être unilatéralement modifiés par le législateur, qui n'est pas signataire de ce contrat. 28

4.2 *Les droits acquis*

Avant d'analyser la question des droits acquis, je signale qu'il faut faire une distinction entre le principe des droits acquis et celui de la rétroactivité. Cette distinction revêt une grande importance en l'espèce. En fait, le procureur général du Québec soutient que le principe de la rétroactivité des lois n'est pas en cause et demande à la Cour d'appliquer le principe de la rétrospectivité des lois, réitéré récemment dans *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Écongros » c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257, 2004 CSC 59. Il faut cependant rappeler tout de suite que *Épiciers Unis* traitait de l'application de la *Loi d'application*, dont les art. 2 et 3 indiquent que « la récente réforme du Code civil est fondé[e] non pas sur les conceptions qui prévalent en common law, conceptions qui font une large place à la notion de droit acquis, mais sur un système fondé, pour l'essentiel, sur les travaux du juriste français Paul Roubier, ce système écartant nettement toute référence à la notion de droit acquis » (P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 147). Or ici il n'est pas question de régler un conflit résultant de l'entrée en vigueur du *C.c.Q.* Il faut donc appliquer la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, qui consacre le principe des « droits acquis » à l'art. 12. 29

4.2.1 Distinctions Between Vested Rights and Retroactivity

30 Vested rights result from the crystallization of a party's rights and obligations and the possibility of enforcing them in the future. Professor Côté writes that, "[w]ithout being retroactive, a statute can affect vested rights; correspondingly, a statute can have a retroactive effect and yet not interfere with vested rights" (p. 156). In general, it will be purely prospective statutes that will threaten the future exercise of rights that were vested before their commencement: Côté, at p. 137.

31 Although the courts have in the past analysed the same question from the perspective of either the presumption against interference with vested rights or the presumption against retroactive legislation, there remains, as the submissions of the parties in the instant case demonstrate, a clear distinction between these two rules of construction: *Venne v. Quebec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 S.C.R. 880, at p. 906; *Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal*, [1986] 1 S.C.R. 732, at pp. 741 and 744; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at pp. 279 and 282.

4.2.2 Statement of Principle

32 The principle against interference with vested rights has long been accepted in Canadian law. It is one of the many intentions attributed to Parliament and the provincial legislatures. As E. A. Driedger states in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 183, these presumptions

> were designed as protection against interference by the state with the liberty or property of the subject. Hence, it was "presumed", in the absence of a clear indication in the statute to the contrary, that Parliament did not intend prejudicially to affect the liberty or property of the subject.

This had already been accepted by Duff J. in *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, at p. 417:

4.2.1 Distinctions entre les droits acquis et la rétroactivité

Les droits acquis résultent de la cristallisation des droits et des obligations d'une partie, et de la possibilité de les faire respecter dans l'avenir. Le professeur Côté écrit qu'« [u]ne loi peut, sans rétroactivité, atteindre des droits acquis et elle peut même rétroagir tout en respectant les droits acquis » (p. 196). Ce seront généralement des lois de portée purement prospective qui mettront en péril l'exercice futur de droits acquis avant leur entrée en vigueur : Côté, p. 171.

Même si, dans le passé, des tribunaux ont analysé la même question au regard soit de la présomption de respect des droits acquis, soit de la présomption de non-rétroactivité des lois, tel qu'il appert des prétentions des parties au présent litige, une distinction claire subsiste entre ces deux règles d'interprétation : *Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)*, [1989] 1 R.C.S. 880, p. 906; *Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation*, [1986] 1 R.C.S. 732, p. 741 et 744; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, p. 279 et 282.

4.2.2 Énoncé de principe

Le principe du respect des droits acquis est reconnu en droit canadien depuis fort longtemps. Il fait partie des nombreuses intentions attribuées au Parlement et aux assemblées législatives. Ces présomptions, comme le dit E. A. Driedger dans son traité *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 183,

> [TRADUCTION] visaient à empêcher l'État d'empiéter sur la liberté ou la propriété du sujet. Ainsi, à moins que la loi n'ait prévu clairement le contraire, il était « présumé » que le législateur n'entendait pas porter atteinte à la liberté ou à la propriété du sujet.

Cela avait déjà été accepté par le juge Duff dans *Upper Canada College c. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413, p. 417 :

. . . speaking generally it would not only be widely inconvenient but "a flagrant violation of natural justice" to deprive people of rights acquired by transactions perfectly valid and regular according to the law of the time.

(See also *Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith*, [1933] S.C.R. 47, at p. 51; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 569-70.)

The leading case on this presumption is *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] S.C.R. 629, at p. 638, where this Court stated the principle in the following terms:

A legislative enactment is not to be read as prejudicially affecting accrued rights, or "an existing status" (*Main* v. *Stark* [(1890), 15 App. Cas. 384, at 388]), unless the language in which it is expressed requires such a construction. The rule is described by Coke as a "law of Parliament" (2 Inst. 292), meaning, no doubt, that it is a rule based on the practice of Parliament; the underlying assumption being that, when Parliament intends prejudicially to affect such rights or such a status, it declares its intention expressly, unless, at all events, that intention is plainly manifested by unavoidable inference.

The principle has since been codified in interpretation statutes. The *Interpretation Act* is no exception:

12. The repeal of an act or of regulations made under its authority shall not affect rights acquired . . . and the acquired rights may be exercised . . . notwithstanding such repeal.

4.2.2.1 *Rule of Construction*

In the past, this Court has stressed that the presumption against interference with vested rights could be applied only if the relevant legislation were ambiguous, that is, reasonably susceptible of two constructions (see *Gustavson Drilling*, at p. 282; *Acme Village School District*, at p. 51; *Venne*, at p. 907).

This statement must be qualified somewhat in light of this Court's recent decisions. As Professor

[TRADUCTION] . . . de façon générale, non seulement il serait extrêmement inopportun de priver des gens de droits acquis lors d'opérations parfaitement valides et régulières au regard du droit alors applicable, mais il s'agirait d'une violation flagrante de la justice naturelle.

(Voir aussi *Acme Village School District (Board of Trustees of) c. Steele-Smith*, [1933] R.C.S. 47, p. 51; R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 569-570.)

33 L'arrêt-clé qui a trait à cette présomption est *Spooner Oils Ltd. c. Turner Valley Gas Conservation Board*, [1933] R.C.S. 629, p. 638, où notre Cour a formulé le principe en ces mots :

[TRADUCTION] Un texte législatif ne doit pas être interprété de manière à porter atteinte à des droits acquis ou à une « situation juridique existante » (*Main* c. *Stark* [(1890), 15 App. Cas. 384, p. 388]), sauf si son libellé le commande. La règle est qualifiée par Coke de « loi du Parlement » (2 Inst. 292), ce qui veut dire sans aucun doute qu'elle se fonde sur la pratique du Parlement, l'hypothèse sous-jacente étant que, lorsqu'il compte porter atteinte à de tels droits ou situations juridiques, le législateur le dit expressément sauf si, de toute façon, cette intention se dégage clairement d'une déduction nécessaire.

34 Depuis, les lois d'interprétation ont codifié ce principe. La *Loi d'interprétation* ne fait pas exception :

12. L'abrogation d'une loi ou de règlements faits sous son autorité n'affecte pas les droits acquis [. . .]; les droits acquis peuvent être exercés [. . .] nonobstant l'abrogation.

4.2.2.1 *Une règle d'interprétation*

35 Notre Cour a souligné par le passé que la présomption contre l'atteinte aux droits acquis ne pouvait s'appliquer que si le texte législatif pertinent était ambigu, c'est-à-dire que la loi était logiquement susceptible de deux interprétations (voir *Gustavson Drilling*, p. 282; *Acme Village School District*, p. 51; *Venne*, p. 907).

36 Cet énoncé doit être quelque peu nuancé à la lumière de la jurisprudence récente de notre Cour.

Sullivan says, care must be taken not to get caught up in the last vestiges of the literal approach to interpreting legislation:

> In so far as this language echoes the plain meaning rule, it is misleading. The values embodied in the presumption against interfering with vested rights, namely avoiding unfairness and observing the rule of law, inform interpretation in every case, not just those in which the court purports to find ambiguity. The first effort of the court must be to determine what the legislature intended, and . . . for this purpose it must rely on all the principles of statutory interpretation, including the presumptions. [p. 576]

Since the adoption of the modern approach to statutory interpretation, this Court has stated time and time again that the "entire context" of a provision must be considered to determine if the provision is reasonably capable of multiple interpretations (see, for example, *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 29).

4.2.2.2 *Criteria for Recognizing Vested Rights*

37 Few authors have tried to define the concept of "vested rights". The appellant cites Professor Côté in support of his arguments. Côté maintains that an individual must meet two criteria to have a vested right: (1) the individual's legal (juridical) situation must be tangible and concrete rather than general and abstract; and (2) this legal situation must have been sufficiently constituted at the time of the new statute's commencement (Côté, at pp. 160-61). This analytical approach was used by, *inter alia*, the Saskatchewan Court of Appeal in *Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706, at p. 727.

38 I am satisfied from a review of the case law of this Court and the courts of the other provinces that the analytical framework proposed by the appellant is the correct one.

39 A court cannot therefore find that a vested right exists if the juridical situation under consideration is not tangible, concrete and distinctive. The mere possibility of availing oneself of a specific statute

Comme le dit la professeure Sullivan, il faut se garder de tomber dans le piège des derniers vestiges de l'interprétation littérale des lois :

> [TRADUCTION] Ces propos sont trompeurs dans la mesure où ils reprennent la règle du sens ordinaire. Les valeurs inhérentes à la présomption contre l'empiétement sur des droits acquis, soit éviter l'injustice et observer la règle de droit, guident l'interprétation dans tous les cas, pas seulement lorsque le tribunal dit constater une ambiguïté. Le tribunal doit d'abord déterminer l'intention du législateur et, [. . .] à cette fin, il doit s'appuyer sur tous les principes d'interprétation législative, y compris les présomptions. [p. 576]

Depuis l'adoption de la méthode moderne d'interprétation législative, notre Cour a maintes fois indiqué qu'il faut tenir compte du « contexte global » de la disposition pour déterminer si elle est raisonnablement susceptible de plusieurs interprétations (voir p. ex. *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 29).

4.2.2.2 *Les critères de reconnaissance des droits acquis*

Peu d'auteurs ont tenté de définir le concept de « droit acquis ». L'appelant cite le professeur Côté à l'appui de ses prétentions. Cet auteur soutient que le justiciable doit satisfaire à deux critères pour avoir un droit acquis : (1) sa situation juridique est individualisée et concrète, et non générale et abstraite, et (2) sa situation juridique était constituée au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (Côté, p. 201-202). Ce mode d'analyse a notamment été utilisé par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans *Scott c. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan* (1992), 95 D.L.R. (4th) 706, p. 727.

Un survol de la jurisprudence de notre Cour et des tribunaux des autres provinces me convainc de la justesse du cadre d'analyse proposé par l'appelant.

Un tribunal ne peut donc conclure à l'existence d'un droit acquis lorsque la situation juridique considérée n'est pas individualisée, concrète, singulière. La seule possibilité de se prévaloir d'une loi ne

is not a basis for arguing that a vested right exists: Côté, at p. 161. As Dickson J. (as he then was) clearly stated in *Gustavson Drilling*, at p. 283, the mere right existing in the members of the community or any class of them at the date of the repeal of a statute to take advantage of the repealed statute is not a right accrued (see also *Abbott v. Minister for Lands*, [1895] A.C. 425, at p. 431; *Attorney General of Quebec*, at p. 743; *Massey-Ferguson Finance Co. of Canada v. Kluz*, [1974] S.C.R. 474; *Scott*, at pp. 727-28). In other words, the right must be vested in a specific individual.

But there is more. The situation must also have materialized (Côté, at p. 163). When does a right become sufficiently concrete? This will vary depending on the juridical situation in question. I will come back to this point later. Suffice it to say for now that, just as the hopes or expectations of a person's heirs become rights the instant the person dies (see, for example, *Marchand v. Duval*, [1973] C.A. 635, at p. 637, and art. 625 *C.C.Q.*), and just as a tort or delict instantaneously gives rise to the right to compensation (see, for example, *Holomis v. Dubuc* (1974), 56 D.L.R. (3d) 351 (B.C.S.C.); *Ishida v. Itterman*, [1975] 2 W.W.R. 142 (B.C.S.C.); and arts. 1372 and 1457 *C.C.Q.*), rights and obligations resulting from a contract are usually created at the same time as the contract itself (see Côté, at p. 163).

4.2.3 Application to the Legislation at Issue

The government submits that the two amending statutes applied immediately and therefore necessarily had the effect of changing the repayment terms, since those terms concerned the future effects of the contract. According to the government, this result is justified by the rule relating to the retrospective application of legislation. It argues that repayment in accordance with the terms set out in the contract was merely an expectation. A contextual analysis favours this result, it submits, since the plan applies each year to a large number of students who, out of fairness, must be subject to the same repayment terms. The government adds that administering

saurait fonder une prétention de droits acquis : Côté, p. 202. Comme l'a clairement indiqué le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Gustavson Drilling*, p. 283, le simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d'entre eux à la date de l'abrogation d'une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis (voir aussi *Abbott c. Minister for Lands*, [1895] A.C. 425, p. 431; *Procureur général du Québec*, p. 743; *Massey-Ferguson Finance Co. of Canada c. Kluz*, [1974] R.C.S. 474; *Scott*, p. 727-728). En d'autres mots, le droit doit être acquis à une personne en particulier.

40 Mais ce n'est pas tout, il faut aussi que la situation se soit matérialisée (Côté, p. 204). Quand un droit devient-il assez concret? Le moment variera en fonction de la situation juridique en cause. J'y reviendrai. Il suffit de dire pour le moment que tel le décès du testateur qui transforme instantanément en droits les attentes des héritiers (voir p. ex. *Marchand c. Duval*, [1973] C.A. 635, p. 637, et art. 625 *C.c.Q.*), tel le délit qui fait naître sur-le-champ le droit à la réparation (voir p. ex. *Holomis c. Dubuc* (1974), 56 D.L.R. (3d) 351 (C.S.C.-B.); *Ishida c. Itterman*, [1975] 2 W.W.R. 142 (C.S.C.-B.), et art. 1372 et 1457 *C.c.Q.*), l'accord contractuel confère instantanément aux parties des droits et des obligations (voir Côté, p. 205).

4.2.3 Application aux lois en cause

41 Le gouvernement soutient que les deux lois modificatrices s'appliquent de façon immédiate et ont donc nécessairement pour effet de transformer les modalités de remboursement puisque celles-ci ont trait aux effets futurs du contrat. Selon lui, la règle de la rétrospectivité des lois justifie ce résultat. Il prétend que le remboursement suivant les modalités prévues au contrat ne constituait qu'une expectative. L'analyse du contexte appuierait ce résultat car, chaque année, le régime s'applique à un grand nombre d'étudiants devant, en toute équité, être assujettis aux mêmes modalités de remboursement. Le gouvernement ajoute que l'administration individualisée serait très problématique et porterait

loans on an individual basis would be problematic. Also, it would directly undermine the integrity of the plan, which must be uniform, and this is another indication that the legislature could not have intended that loans be administered on an individual basis.

42 The appellant submits that his situation is a tangible one governed by a private contract the administration of which is the responsibility of a financial institution, not the government. He points out that the certificate was amended in 1997 to require him to comply with the repayment terms that would be in effect at the time he had to begin repaying the loan. The appellant thus argues that the two statutes modifying the legal obligations that are assumed and must in all cases be performed by the parties are retroactive. However, since retroactivity is not specified, it cannot be imposed.

4.2.3.1 *Amending Act, 1997*

43 The basic fact remains that the appellant and the financial institution signed a loan certificate provided by the Minister, thereby turning the certificate into a contract and crystallizing the parties' rights and obligations.

44 The *Amending Act, 1997*, which shortened the interest exemption period by one month, does not contain any transitional provision that might reveal the legislature's intent. In short, there is nothing to justify a conclusion that the legislature clearly and unambiguously intended to apply the new provisions so as to limit the rights of borrowers. Moreover, it seems obvious to me that just because the government argues for the immediate and future application of the *Amending Act, 1997* does not mean it is authorized to interfere with rights conferred on the appellant in his contract. The *Amending Act, 1997* does not refer to contracts that have already been entered into and therefore cannot apply to them. Moreover, I can find no evidence in the record that justifies imputing to the legislature an intention to interfere with vested rights. Nevertheless, let us continue with the review of the amending statutes.

directement atteinte à l'intégrité du régime, qui doit être uniforme. Il s'agirait d'une autre indication que le législateur n'a pu vouloir individualiser l'administration des prêts.

Pour sa part, l'appelant prétend que sa situation est individualisée, régie par un contrat privé dont la gestion est confiée à une institution financière, et non au gouvernement. Il rappelle que le certificat a été modifié en 1997 pour le soumettre aux conditions de remboursement qui seraient en vigueur au moment où il devrait commencer à rembourser le prêt. L'appelant fait donc valoir que les deux lois modifiant les obligations juridiques assumées par les parties et qui doivent dans tous les cas être remplies sont rétroactives. Or, puisque la rétroactivité n'est pas spécifiée, elle ne peut être imposée.

4.2.3.1 *La Loi modificatrice de 1997*

Fondamentalement, il demeure que l'appelant et l'institution financière ont signé un certificat de prêt fourni par le ministre, le transformant de ce fait en un contrat et cristallisant les droits et obligations des parties.

La *Loi modificatrice de 1997* qui a eu pour effet de réduire d'un mois la période d'exemption d'intérêt ne contient aucune disposition transitoire pouvant révéler l'intention du législateur. Bref, rien ne permet de conclure à l'intention claire et non ambiguë du législateur d'appliquer les nouvelles dispositions de façon à réduire les droits des emprunteurs. Il me semble par ailleurs évident que le seul fait de préconiser une application immédiate et future de la *Loi modificatrice de 1997* n'autorise pas le gouvernement à porter atteinte aux droits conférés à l'appelant par son contrat. La *Loi modificatrice de 1997* ne fait pas mention des contrats déjà conclus et ne saurait donc s'appliquer à eux. Par ailleurs, je ne vois dans le dossier aucun élément permettant d'imputer au législateur la volonté de porter atteinte à des droits acquis. Poursuivons néanmoins l'examen des lois modificatrices.

4.2.3.2 *Amending Act, 1998*

In the *Amending Act, 1998*, the legislature provided for transitional measures in s. 13. It is the second paragraph of this section that interests us:

13. The provisions introduced by sections 2 and 3 of this Act are applicable in respect of the years of allocation subsequent to their coming into force.

The other provisions introduced by this Act and the first regulations made thereunder are applicable to the juridical situations in progress at the time of their coming into force.

The issue is therefore what the expression "juridical situations in progress" means. The majority of the Court of Appeal, as well as Journet J. of the Superior Court, found that the expression covered all student loans contracted before and after the coming into force of the new legislation. I do not agree.

First of all, it is necessary to determine the true scope of this section: does it clearly state the legislature's intention to change the terms of contracts of loan entered into prior to May 1, 1998? I do not think so.

It will be helpful at this point to set out the legal steps for obtaining a student loan. The following passage is from the appellant's factum (at para. 101):

We would submit that there are two legal steps required for the obtaining of a Student Loan: first, the issuance of the Loan Certificate by the Minister and second, the signing of the Loan Certificate by the student and the Financial Institution to conclude a contract. The first step, by which the student obtains his Loan Certificate, creates the student's right to proceed to the second step and receive his Student Loan in accordance with the specific terms and conditions indicated on the Loan Certificate. If a change in the law were to modify the terms and conditions of student loans, this change (in the absence of clear legislative language) would not apply to modify or amend Loan Certificates already issued, as long as the student who had received it, signed it within the stipulated delay (90 days as per section 60 of the *Regulation respecting financial assistance for education expenses*, R.R.Q., c. A-13.3, R-1). In other words, by the mere receipt of his Loan Certificate, a

4.2.3.2 *La Loi modificatrice de 1998*

Dans la *Loi modificatrice de 1998*, le législateur a prévu des mesures transitoires à l'art. 13. Le deuxième paragraphe est celui qui nous intéresse : 45

13. Les dispositions introduites par les articles 2 et 3 de la présente loi sont applicables à l'égard des années d'attribution postérieures à leur entrée en vigueur.

Les autres dispositions de la présente loi ainsi que les premiers règlements pris pour leur application sont applicables aux situations juridiques en cours lors de leur entrée en vigueur.

La question est donc de savoir ce que signifient les mots « situations juridiques en cours ». Les juges majoritaires de la Cour d'appel, ainsi que le juge Journet, de la Cour supérieure, ont conclu que l'expression visait tous les prêts étudiants conclus avant et après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. Je ne suis pas d'accord.

D'abord, nous devons nous interroger sur la portée réelle de cet article : énonce-t-il clairement l'intention du législateur de changer les conditions des contrats de prêt conclus préalablement au 1er mai 1998? Je ne le crois pas. 46

Il convient de rappeler ici les étapes juridiques qui mènent à l'obtention d'un prêt étudiant. Je cite un passage du mémoire de l'appelant (par. 101) : 47

[TRADUCTION] Nous soutenons que, légalement, deux étapes doivent être franchies pour l'obtention d'un prêt étudiant : la première, la délivrance d'un certificat de prêt par le Ministre et, la deuxième, la signature du certificat de prêt par l'étudiant et l'institution financière pour la formation d'un contrat. La première étape, où l'étudiant obtient le certificat de prêt, confère le droit de passer à la deuxième et d'obtenir un prêt aux conditions établies dans le certificat de prêt. Advenant la modification de ces conditions par la loi, à défaut de dispositions claires en ce sens, elle n'aura pas pour effet de modifier un certificat de prêt déjà délivré, à condition que l'étudiant qui l'a obtenu l'ait signé dans le délai imparti (90 jours suivant l'art. 60 du *Règlement sur l'aide financière aux études*, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 1). En d'autres termes, du seul fait d'avoir obtenu un certificat de prêt, l'étudiant aurait le droit de signer ce certificat et d'obtenir un prêt étudiant aux conditions précisées dans le

student would have a right to sign the Loan Certificate and obtain his Student Loan in accordance with the terms and conditions of the Loan Certificate, notwithstanding a change in the governing law.

In my opinion, the appellant is correct to submit that, in the general context of the plan, the expression "juridical situations in progress" applies to a student who has received a loan certificate but not yet signed it (nor has the financial institution done so).

48 Section 13 does not provide that the amendments apply to contracts or "contractual situations". Yet it appears that in the past the Quebec legislature has drawn a distinction between "legal (juridical) situations which exist" and contractual situations which exist", as it used both expressions in the *Implementation Act* (in the *Implementation Act*, the equivalent used for the words "*en cours*" was "which exist", while in the *Amending Act, 1998* the equivalent used for the same words was "in progress"). Section 3 of the *Implementation Act* contains the expression "legal situations which exist":

3. The new legislation is applicable to legal situations which exist when it comes into force.

Any hitherto unfulfilled conditions for the creation or extinction of situations in the course of being created or extinguished are therefore governed by the new legislation; it also governs the future effects of existing legal situations.

Section 4 of the same statute contains the expression "contractual situations which exist":

4. In contractual situations which exist when the new legislation comes into force, the former legislation subsists where supplementary rules are used to determine the extent and scope of the rights and obligations of the parties and the effects of the contract.

However, the provisions of the new legislation apply to the exercise of the rights and the performance of the obligations, and to their proof, transfer, alteration or extinction.

We need not, in the instant case, define these expressions in the context of the *Implementation Act*, which, as I mentioned above, is based on the ideas

certificat, malgré toute modification apportée au droit applicable.

À mon avis, l'appelant a raison de prétendre que, dans le contexte général du régime, « situations juridiques en cours » s'entend d'un étudiant qui a reçu son certificat de prêt, mais ne l'a pas encore signé (non plus que l'institution financière).

L'article 13 ne prévoit pas que les modifications s'appliquent aux contrats ou aux « situations contractuelles ». Or, il appert que, dans le passé, le législateur québécois a établi une distinction entre « situations juridiques en cours » et « situations juridiques contractuelles en cours », utilisant les deux expressions dans la *Loi d'application*. L'article 3 de cette loi contient en effet l'expression « situations juridiques en cours » :

3. La loi nouvelle est applicable aux situations juridiques en cours lors de son entrée en vigueur.

Ainsi, les situations en cours de création ou d'extinction sont, quant aux conditions de création ou d'extinction qui n'ont pas encore été remplies, régies par la loi nouvelle; celle-ci régit également les effets à venir des situations juridiques en cours.

L'article 4 de la même loi emploie pour sa part l'expression « situations juridiques contractuelles en cours » :

4. Dans les situations juridiques contractuelles en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la loi ancienne survit lorsqu'il s'agit de recourir à des règles supplétives pour déterminer la portée et l'étendue des droits et des obligations des parties, de même que les effets du contrat.

Cependant, les dispositions de la loi nouvelle s'appliquent à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations, à leur preuve, leur transmission, leur mutation ou leur extinction.

Il n'est pas question ici de définir la portée de ces expressions dans le contexte de la *Loi d'application* et dont la teneur est inspirée, comme j'ai noté, des

of P. Roubier (see P.-A. Côté and D. Jutras, *Le droit transitoire civil: Sources annotées* (1994)). It is nonetheless significant that both expressions have been used by the Quebec legislature, which means that they must refer to different realities.

In the case at bar, a contract was signed and entered into before new provisions came into force. The contract continued to produce its effects notwithstanding those provisions. The rights and obligations resulting from the contract were fixed and crystallized as soon as the contract was entered into (see P. Roubier, *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps* (2nd ed. 1993), at pp. 315-16; H., L. and J. Mazeaud and F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit* (11th ed. 1996), No. 147). Naturally, this included the repayment terms, which are essential clauses in any contract of loan. On this point, I adopt the following words of Rothman J.A.:

> Nor can I easily accept that the phrase "[. . . juridical situations in progress . . .]" was intended to make the 1997 and 1998 amendments applicable so as to reduce the interest exemption period provided in the previously existing statute and in the contract signed by the borrowing student and the lending bank. In my respectful opinion, once the loan was approved by the Department and the contract of loan was signed by the student and the bank, appellant's obligation to pay interest and his exemption from the payment of interest were not "[juridical situations in progress]". They were rights and obligations which were no longer "in progress". They were crystallized, finalized and definitively concluded under the terms and conditions of the contract. [para. 34]

In light of the ambiguity of s. 13 of the *Amending Act, 1998*, we must apply the principle against interference with vested rights.

The cases dealing with purely statutory rights that an individual did not exercise prior to a legislative amendment are of no help here (see *Gustavson Drilling*; *Attorney General of Quebec*; *Venne*). In the instant case, the right was provided for in legislation but was later incorporated into a private contract (between the student and the financial institution) in which the parties freely, and on an informed basis, defined their rights and obligations.

travaux de P. Roubier (voir P.-A. Côté et D. Jutras, *Le droit transitoire civil : Sources annotées* (1994)). Il est néanmoins significatif de noter que les deux expressions sont utilisées par le législateur québécois et doivent par conséquent se rapporter à des réalités différentes.

Dans la présente affaire, un contrat est signé et conclu avant l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions. Le contrat continue de produire ses effets malgré celles-ci. Les droits et les obligations découlant du contrat sont en effet fixés et cristallisés dès la conclusion du contrat (voir P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps* (2e éd. 1993), p. 315-316; H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit* (11e éd. 1996), nº 147). Bien entendu, cela comprend les modalités de remboursement, clauses essentielles de tout contrat de prêt. À cet égard, je fais miens les propos du juge Rothman : 49

> [TRADUCTION] Je ne suis pas non plus enclin à croire que l'emploi de l'expression « . . . situations juridiques en cours . . . » visait à faire en sorte que les modifications de 1997 et de 1998 s'appliquent de façon à réduire la durée du congé d'intérêts prévu par les dispositions antérieures et le contrat intervenu entre l'étudiant emprunteur et la banque prêteuse. À mon humble avis, une fois le prêt approuvé par le Ministère et le contrat de prêt signé par l'étudiant et la banque, l'obligation de l'appelant de payer les intérêts et l'exemption dont il bénéficiait à cet égard n'étaient plus des « situations juridiques en cours ». Ces droits et ces obligations n'étaient plus « en cours ». Ils étaient cristallisés, arrêtés et établis définitivement par le contrat. [par. 34]

Devant l'ambiguïté de l'art. 13 de la *Loi modificatrice de 1998*, nous devons appliquer le principe du respect des droits acquis. 50

La jurisprudence relative à des droits purement légaux dont le justiciable ne s'était pas prévalu avant une modification législative ne sont d'aucune utilité en l'espèce (voir *Gustavson Drilling*; *Procureur général du Québec*; *Venne*). Dans la présente affaire, le droit est prévu dans la loi, mais il est par la suite inséré dans un contrat privé (entre l'étudiant et l'institution financière) où les parties définissent librement et en toute connaissance de cause leurs 51

It was the contract (not the legislation) that created rights and obligations for the parties as soon as it was formed (see Côté, at p. 163; *Épiciers Unis*, at para. 48; *Township of Nepean v. Leikin* (1971), 16 D.L.R. (3d) 113 (Ont. C.A.); *Location Triathlon Inc. v. Boucher-Forget*, [1994] R.J.Q. 1666 (Sup. Ct.)). The right *not to pay more* interest than the contract specified was also acquired at that time.

52 With regard to the administrative grounds raised by the government, particularly the need for consistent and equal treatment of students who complete their studies at the same time, they cannot lead the Court to disregard the express wording of the private contract. On this point, Rothman J.A. wrote the following:

> With great respect, I do not think this is a question of treating students uniformly nor even treating all students equitably. It is rather a question of respecting the difference in contractual rights and obligations concluded prior to the amendments. I can see nothing equitable in impairing the contractual rights and obligations that were concluded prior to the amendments on the basis that all students should be treated uniformly in their conditions of loan repayment. There is nothing equitable in treating students less favourably than they were entitled to be treated under their contracts and under the law that was applicable when the contracts were concluded. [para. 46]

It is perfectly normal for some students who completed their studies on the same date to be treated differently if they obtained their student loans at different times and signed different loan agreements on an informed basis. It is the very foundation of the individualized contractual right that leads to this result. In determining the scope of the obligations of the parties to the contract, there is no reason to disregard the date the contract was entered into in favour of the date studies were completed; the government expressed its intention in the loan certificate.

5. Conclusion

53 The Quebec legislature's involvement in student loans clearly makes such loans one component of a

droits et leurs obligations. C'est l'accord contractuel qui, dès sa formation, confère les droits et les obligations aux parties (et non la loi) (voir Côté, p. 205; *Épiciers Unis*, par. 48; *Township of Nepean c. Leikin* (1971), 16 D.L.R. (3d) 113 (C.A. Ont.); *Location Triathlon Inc. c. Boucher-Forget*, [1994] R.J.Q. 1666 (C.S.)). Le droit de *ne pas payer plus* d'intérêts que ce que prévoit le contrat est aussi acquis à ce moment-là.

En ce qui concerne les raisons administratives invoquées par le gouvernement, notamment la nécessité d'un traitement uniforme et égal des étudiants qui terminent leurs études en même temps, elles ne peuvent amener la Cour à faire abstraction du libellé explicite du contrat privé. À ce sujet, le juge Rothman a dit ce qui suit :

> [TRADUCTION] En toute déférence, je ne crois pas qu'il s'agisse de traiter les étudiants uniformément ni même équitablement. Il s'agit plutôt de respecter des obligations et des droits différents issus d'un contrat antérieur à la modification. Je ne vois rien d'équitable dans l'atteinte à ces droits et à ces obligations déjà existants au motif que tous les étudiants devraient être traités de la même manière en ce qui à trait aux conditions de remboursement du prêt. Il n'y a rien d'équitable dans le fait de traiter un étudiant moins favorablement que ce que prévoyaient son contrat et le droit applicable lors de la formation de celui-ci. [par. 46]

Le fait que plusieurs étudiants ayant terminé leurs études à la même date fassent l'objet d'un traitement différent est tout à fait normal si les étudiants en question ont obtenu leurs prêts étudiants à des moments différents et ont signé en pleine connaissance de cause des conventions de prêt différentes. C'est le fondement même du droit contractuel individualisé qui mène à ce résultat. Il n'y a pas lieu d'écarter la date de la conclusion du contrat au bénéfice de celle de la fin des études pour déterminer l'étendue des obligations des parties au contrat; le gouvernement a exprimé sa volonté dans le certificat de prêt.

5. Conclusion

L'intervention du législateur québécois dans le domaine des prêts étudiants fait sans doute de

social program designed to improve access to education. However, it is impossible to disregard the fact that the legislature intended its program to be based on private contractual obligations, even though several terms of the contract were to be imposed on students. The contract of loan between the student and the financial institution, which arises out of the loan certificate issued by the Minister, creates rights and obligations as soon as the contract is entered into. This explains the need not to interfere with vested rights.

I would therefore allow the appellant's action: (1) student borrowers with student loans that were active on July 1, 1997 have a vested right with respect to the duration of the exemption period applicable when the contracts were signed, as this right was not affected by the *Amending Act, 1997*; and (2) students with loans that were active on May 1, 1998 have a vested right with respect to the duration of the exemption period applicable when the contracts were signed, as this right was not affected by the *Amending Act, 1998*. The case is remanded to the Superior Court to determine the method for making claims, the amounts owed by Quebec and the payment procedures.

For these reasons, the appeal is allowed and the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court are set aside, with costs throughout.

English version of the reasons delivered by

DESCHAMPS J. (dissenting) — In declaring, in s. 13, that the *Act to amend the Act respecting financial assistance for students*, S.Q. 1997, c. 90 ("*AFAS*"), applied to juridical situations in progress, the Quebec legislature clearly indicated that the statute applied with immediate effect to the exemption period for the payment of interest by the appellant to his financial institution.

As this Court held in *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Économgros" v. Collin*, [2004] 3 S.C.R. 257, 2004 SCC 59, common law concepts that place a strong emphasis on vested

ceux-ci un élément du programme social visant à promouvoir l'accessibilité aux études. Cependant, il est impossible de faire fi de la volonté du législateur que son programme se fonde sur les obligations contractuelles privées, même si plusieurs conditions du contrat devaient être imposées aux étudiants. Le contrat de prêt entre l'étudiant et l'institution financière, qui découle du certificat de prêt délivré par le ministre, crée des droits et des obligations dès sa conclusion. De là la nécessité de respecter les droits acquis.

54 J'accueillerais par conséquent l'action de l'appelant : (1) les étudiants emprunteurs dont le prêt étudiant était en cours au 1er juillet 1997 bénéficient d'un droit acquis quant à la durée de la période d'exemption applicable lors de la signature du contrat, ce droit n'étant pas touché par la *Loi modificatrice de 1997*; (2) les étudiants dont le prêt était en cours au 1er mai 1998 bénéficient d'un droit acquis quant à la durée de la période d'exemption applicable lors de la signature du contrat, ce droit n'étant pas touché par la *Loi modificatrice de 1998*. Le dossier est renvoyé à la Cour supérieure pour qu'elle détermine le mode de réclamation, les montants dus par Québec, ainsi que les modalités de paiement.

55 Pour ces motifs, le pourvoi est accueilli et les jugements de la Cour d'appel et de la Cour supérieure sont infirmés, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Les motifs suivants ont été rendus par

56 LA JUGE DESCHAMPS (dissidente) — En déclarant à l'art. 13 que la *Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants*, L.Q. 1997, ch. 90 (« *LAFE* »), s'appliquait aux situations juridiques en cours, le législateur québécois a clairement indiqué que cette loi s'appliquait avec effet immédiat à la période d'exemption de paiement des intérêts payables par l'appelant à son institution financière.

57 Comme l'a décidé la Cour dans *Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division « Économgros » c. Collin*, [2004] 3 R.C.S. 257, 2004 CSC 59, les concepts de common law qui font une large

rights do not apply where an approach based on the immediate application of legislation and the concept of juridical situations in progress is adopted. Thus, the doctrine of vested rights should not be relied on to decide the instant case.

58 Bastarache J. is of the opinion that the expression "juridical situations in progress" applies only to situations that are still being formed (para. 47) and that the effects of the contract continue to be governed by the legislation in force when the contract was entered into (para. 49). I myself believe that the expression includes both situations that are being formed and the effects of a given juridical situation.

59 In using the expression "*situations juridiques en cours*" (in English, "juridical situations in progress" in the *AFAS*, but "legal situations which exist" in the context of the transitional law relating to the implementation of the *Civil Code of Québec*), the Quebec legislature drew inspiration from jurist Paul Roubier's work on transitional law (*Droit civil québécois* (loose-leaf), vol. 8, at para. DT1 555, "Conflit de loi dans le temps"). Since transitional law is precisely what we are concerned with in the instant case, I consider it relevant to refer to his writings to determine the scope of the expression (P. Roubier, *Le droit transitoire: conflits des lois dans le temps* (2nd ed. 1993)):

> [TRANSLATION] The term "legal [juridical] situation" was chosen intentionally as being the most encompassing. We consider it better than "vested rights" because it is not subjective in nature . . . we also consider it better than "legal relationship" . . . which implies a direct relationship between two persons, whereas a legal situation can be unilateral and can be set up against any person whomsoever.
>
> . . .
>
> To understand the difficulties that may result from the temporal effect of a statute, one need only note that legal situations generally do not come about all at once; they develop over time, such that the new statute may come into effect at a certain point in this development . . . .

place à la notion de droits acquis sont écartés dans le contexte de l'adoption de l'approche fondée sur l'application immédiate des lois et sur la notion de situation juridique en cours. Le litige ne devrait donc pas être résolu en ayant recours à la théorie des droits acquis.

Le juge Bastarache est d'avis que l'expression « situations juridiques en cours » ne vise que les situations en cours de formation (par. 47) et que les effets du contrat continuent d'être régis par la loi qui était en vigueur lors de la conclusion du contrat (par. 49). Je crois plutôt que cette expression inclut tant les situations en cours de formation que les effets d'une situation juridique donnée.

En utilisant l'expression « situations juridiques en cours », le législateur québécois s'est inspiré des travaux du juriste Paul Roubier sur le droit transitoire (*Droit civil québécois* (feuilles mobiles), t. 8, par. DT1 555, « Conflit de loi dans le temps »). Comme le litige concerne justement le droit transitoire, je considère pertinent de me reporter à ses écrits pour cerner la portée de l'expression susmentionnée (P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps* (2e éd. 1993)) :

> Ce mot de situation juridique a été choisi à dessein comme le plus vaste de tous; nous le jugeons supérieur au terme de droits acquis, en ce qu'il n'a pas un caractère subjectif [. . .]; nous le jugeons également supérieur à celui de rapport juridique [. . .], [expression] qui implique une relation directe entre deux personnes, alors que la situation juridique peut être unilatérale et opposable à toute personne, quelle qu'elle soit.
>
> . . .
>
> Or, pour comprendre quelles difficultés peuvent résulter de l'action d'une loi dans le temps, il suffit de constater que ces situations juridiques ne se réalisent pas en général en un seul moment; elles ont un développement dans le temps, de telle manière que la loi nouvelle peut intervenir à un certain moment de ce développement . . .

However, this is where an essential distinction must be drawn as regards the development of the successive moments of a legal situation: there is a dynamic phase, which is the moment when the situation is created (and also when it is extinguished), and there is a static phase, which is the period when the situation produces its effects. [Emphasis added; pp. 181-82.]

If we rely on Roubier's use of the expression "legal situation", this concept encompasses at once the formation of the situation, its extinction and its effects. In light of this work, there is no reason to conclude that, when the legislature used the words "juridical situations in progress", it intended to refer to juridical situations in the process of being formed but not to juridical situations in the process of producing effects.

P.-A. Côté and D. Jutras (*Le droit transitoire civil: Sources annotées* (1994)), commenting on Roubier's theory, also include in the expression "legal situations which exist" not only to the dynamic phase, that is, the formation and extinction of a juridical situation, but also to the static phase, that is, its effects:

[TRANSLATION] In Roubier's system, once a rule has been tied to a given legal situation, a distinction must be drawn based on whether the rule relates to the situation's creation or extinction or determines its effects. There are two phases in the development of legal situations: the dynamic phase, which corresponds to their formation and extinction, and the static phase, which corresponds to their effects. This distinction between the dynamic (formation and extinction) phase and the static (effects) phase of a legal situation is echoed in the second paragraph of sections 2 and 3 of the *Implementation Act*. [para. 1.048]

It is true that these comments relate to the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57 ("*Implementation Act*"), and that we do not have to interpret that statute here. However, we cannot disregard the fact that the same legislature, in the same decade, used the same expression for a concept that originated in the same legal works.

Mais ici se place une distinction de toute première importance dans le développement des moments successifs d'une situation juridique : il y a une phase dynamique, qui correspond au moment de la constitution de cette situation (et aussi au moment de son extinction); il y a une phase statique, qui correspond au moment où cette situation produit ses effets. [Je souligne; p. 181-182.]

60 Suivant l'emploi que fait Roubier de l'expression « situation juridique », ce concept englobe tant la constitution de la situation que son extinction et ses effets. À la lumière de ces travaux, il n'y a pas de raison de conclure que, en utilisant l'expression « situations juridiques en cours », le législateur voulait désigner les « situations juridiques en cours de constitution » mais non les « situations juridiques en cours d'effet ».

61 Les auteurs P.-A. Côté et D. Jutras (*Le droit transitoire civil : Sources annotées* (1994)), qui commentent la théorie de Roubier, incluent eux aussi dans l'expression « situation juridique en cours » non seulement la phase dynamique, c'est-à-dire la formation et l'extinction de la situation juridique, mais aussi la phase statique, c'est-à-dire ses effets :

Une fois que l'on a rattaché une règle à une situation juridique donnée, il faut, dans le système de Roubier, distinguer les règles selon qu'elles se rapportent à la création ou à l'extinction de la situation juridique ou qu'elles en déterminent les effets. On distingue deux phases dans le développement des situations juridiques : la phase dynamique, qui correspond à leur formation et à leur extinction, et la phase statique, qui correspond à leurs effets. Le législateur, au second alinéa des articles 2 et 3 de la *Loi d'application*, fait d'ailleurs écho à cette distinction entre la phase dynamique (formation et extinction) et la phase statique (effets) des situations juridiques. [par. 1.048]

62 Il est vrai que ces commentaires se rapportent à la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57 (« *Loi d'application* »), et qu'il ne s'agit pas ici d'interpréter cette loi. Il n'est cependant pas possible de faire abstraction de l'utilisation qui est faite de la même expression par le même législateur dans la même décennie, d'un concept qui trouve sa source dans les mêmes travaux juridiques.

63 The Quebec Court of Appeal has also held that the expression "legal situation" includes effects:

> [TRANSLATION] Even where it is created unilaterally and there is no immediate legal relationship, the concept of "legal situation" applies to the existence of legal effects from the moment the situation arises. [Emphasis added.]

(*Montréal (Ville) v. 9013-5286 Québec inc.*, [2002] Q.J. No. 2361 (QL), at para. 18)

64 Thus, when a loan certificate is issued to a student, a juridical situation (a situation that produces legal effects) is created. This situation does not cease to be "in progress" when the student and the financial institution together sign the certificate, transforming it into a contract of loan. To adopt the approach suggested by Bastarache J. would mean that the legislature has split the concept into two parts: the formation of the contract and its effects (para. 47). I cannot accept this interpretation. An interpretation that denies that a juridical situation is still "in progress" when it has been formed, has not been extinguished and is producing effects is not consistent with the theory on which the legislature relied.

65 In the case at bar, the obligation to pay interest flowed from the contract, and the interest exemption period was clearly in progress. Since the duration of this exemption period was legislated, it could be modified by legislation of immediate application.

66 It is also strange to limit the scope of the expression by referring to s. 4 of the *Implementation Act*. This section establishes a specific rule for *contractual* situations governed by the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. In such situations, new legislation applies only "to the exercise of the rights and the performance of the obligations, and to their proof, transfer, alteration or extinction". The section does not say that effects are excluded from the expression "legal situations which exist". Moreover, the *Implementation Act* deals with the dynamic and static phases in the same way, regardless of whether the situation is a contractual

La Cour d'appel du Québec a elle aussi jugé que l'expression « situation juridique » incluait les effets :

> Même dans l'unilatéralité de sa constitution et en l'absence d'un rapport juridique immédiat, la notion de situation juridique se rattache à l'existence d'effets juridiques dès sa survenance. [Je souligne.]

(*Montréal (Ville) c. 9013-5286 Québec inc.*, [2002] J.Q. nº 2631 (QL), par. 18)

Or, dès que le certificat de prêt est accordé à l'étudiant, la situation juridique est créée (c'est-à-dire une situation qui produit des effets juridiques). Cette situation juridique ne cesse pas d'être « en cours » lorsque l'étudiant signe le certificat de prêt conjointement avec l'institution financière, transformant le certificat en contrat de prêt. Adopter l'approche suggérée par le juge Bastarache signifierait que le législateur a scindé le concept en deux : la formation du contrat et ses effets (par. 47). Je ne puis accepter cette interprétation. Une interprétation qui nie qu'une situation juridique est encore « en cours » lorsqu'elle est formée, non éteinte et produit des effets ne respecte pas la théorie sur laquelle le législateur s'est fondé.

En l'espèce, l'obligation de payer les intérêts découle du contrat et la période d'exemption du paiement des intérêts est clairement en cours. Comme la durée de cette période d'exemption est d'origine législative, elle peut être modifiée par une loi d'application immédiate.

Il est par ailleurs étrange de limiter la portée de l'expression en se reportant à l'art. 4 de la *Loi d'application*. Cet article énonce une règle particulière pour les situations juridiques *contractuelles* régies par le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Pour ces situations, la loi nouvelle s'applique seulement « à l'exercice des droits et à l'exécution des obligations, à leur preuve, leur transmission, leur mutation ou leur extinction ». Cet article ne dit nullement que les effets sont exclus de l'expression « situation juridique contractuelle ». D'ailleurs, dans la *Loi d'application*, les phases dynamique et statique sont traitées de la même façon, qu'il s'agisse

situation or any other legal situation. It is thus clear that effects are included in the legal situation concept.

Furthermore, an interpretation according to which the transitional provision applies to "a student who has received a loan certificate but not yet signed it (nor has the financial institution done so)" is so narrow that I cannot convince myself that the legislature could have intended to limit the scope of the *AFAS* in this way. In *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2. S.C.R. 539, 2005 SCC 51, at para. 43, the Court rejected an interpretation that limited the application of new legislation to a very limited number of cases. I believe that the same principle of interpretation applies in the instant case.

In *Épiciers Unis Métro-Richelieu*, the Court did not hesitate to recognize the retrospectivity of a provision of the *Civil Code of Québec*. Retrospective effect is but one aspect of the concept of the immediate effect of legislation. In *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 154, Professor P.-A. Côté says the following on this subject:

> Where a new statute is declared applicable, for the future, to situations underway, we say it has immediate effect. This notion is used here to describe a situation not only where the facts contemplated by the rule are underway at the moment the law is modified (what Héron calls the general effect of the new statute), but also to describe situations where it is the legal effects of the rule which are underway (what Héron calls the retrospective effect of the statute).

It is in fact the retrospective aspect of the legislation that is in issue in the instant case. The exemption period has been modified for the future.

The concept of the immediate effect of legislation has been recognized by the commentators and by the courts. In its terse majority judgment in the case at bar, the Court of Appeal merely applied a concept it was familiar with. The legislature is free to enact statutory provisions that may seem harsh. It is not the place of the courts to interfere in the legislative process.

d'une situation juridique contractuelle ou de toute autre situation juridique. Cela démontre clairement que les effets sont intégrés au concept de situation juridique.

67 Au surplus, l'interprétation voulant que la disposition transitoire s'applique à « un étudiant qui a reçu son certificat de prêt, mais ne l'a pas encore signé (non plus que l'institution financière) » est si étroite que je ne peux me convaincre que le législateur ait pu vouloir limiter ainsi la portée de la *LAFE*. Dans *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51, par. 43, la Cour a rejeté une interprétation qui limitait l'application d'une loi nouvelle à un nombre très limité de cas. Je crois que le même principe d'interprétation s'applique ici.

68 Dans *Épiciers Unis Métro-Richelieu*, la Cour n'a pas hésité à reconnaître le caractère rétrospectif d'une disposition du *Code civil du Québec*. L'effet rétrospectif n'est qu'une des facettes du concept de l'effet immédiat d'une loi. Dans son ouvrage, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 193, le professeur P.-A. Côté, s'exprime ainsi à ce sujet :

> Lorsque la loi nouvelle est déclarée applicable, pour l'avenir, à une situation en cours, on dit qu'elle a un effet immédiat. Le terme est ici employé pour désigner aussi bien le cas où les faits envisagés par la règle sont en train de se produire au moment de la modification du droit (ce que Jacques Héron appelle l'effet général de la loi) que le cas où ce sont les effets juridiques de la règle qui sont en cours (ce que Jacques Héron appelle l'effet rétrospectif de la loi).

C'est justement le volet rétrospectif de la loi qui est en cause ici. La période d'exemption est modifiée pour l'avenir.

69 Le concept de l'effet immédiat de la loi est reconnu par les auteurs et dans la jurisprudence. Dans son jugement majoritaire lapidaire dans la présente affaire, la Cour d'appel n'a fait qu'appliquer une notion avec laquelle elle était familière. Le législateur est libre d'énoncer dans ses lois des dispositions qui peuvent paraître dures. Il n'appartient pas aux tribunaux de s'immiscer dans le processus législatif.

70 For these reasons, I am of the opinion that the decision of the majority of the Court of Appeal was correct. I would dismiss the appeal.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le jugement majoritaire de la Cour d'appel était bien fondé. J'aurais rejeté l'appel.

APPENDIX

An Act respecting financial assistance for students, R.S.Q., c. A-13.3

15. The Minister shall issue, to a student who is entitled to it and who is enrolled or deemed to be enrolled within the meaning of the regulation, a loan certificate authorizing him to contract a loan with a financial institution recognized by the Minister. The modalities of presentation of the certificate and payment of the loan shall be determined by regulation.

23. For the purposes of this subdivision, "period of exemption" means the period beginning on the date on which the borrower obtains a first loan, or on which he becomes a full-time student again after having ceased to be so, and ending

(1) on 1 April, for a borrower who completes or abandons his full-time studies during or at the end of the preceding summer trimester;

(2) on 1 August, for a borrower who completes or abandons his full-time studies during or at the end of the preceding autumn trimester;

(3) on 1 January, for a borrower who completes or abandons his full-time studies during or at the end of the preceding winter trimester.

24. The Minister shall pay to any financial institution which has made an authorized loan the interest on the balance of such loan at the rate fixed by regulation, as long as the borrower is a full-time student and during his period of exemption.

. . .

27. In the event of the death of a borrower, the Minister shall reimburse the amount of the loan to the financial institution.

28. The Minister shall reimburse to any financial institution the losses in principal and interest resulting from an authorized loan.

29. The Minister is subrogated by operation of law in the rights of a financial institution to which he makes a repayment under section 27 or 28.

40. After having been notified in accordance with the provisions of paragraph 1 of section 39, or after

ANNEXE

Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.R.Q., ch. A-13.3

15. Le ministre délivre, à l'étudiant qui y a droit et qui est inscrit ou réputé inscrit au sens du règlement, un certificat de prêt dont les modalités de présentation et celles de versement du prêt sont déterminées par règlement, l'autorisant à contracter un emprunt auprès d'un établissement financier reconnu par le ministre.

23. Pour l'application de la présente sous-section, « période d'exemption » signifie la période qui débute à la date à laquelle l'emprunteur obtient un premier prêt ou redevient étudiant à temps plein après avoir cessé de l'être et se termine :

1° le 1er avril, pour l'emprunteur qui termine ou abandonne ses études à temps plein au cours ou à la fin du trimestre d'été précédent;

2° le 1er août, pour l'emprunteur qui termine ou abandonne ses études à temps plein au cours ou à la fin du trimestre d'automne précédent;

3° le 1er janvier, pour l'emprunteur qui termine ou abandonne ses études à temps plein au cours ou à la fin du trimestre d'hiver précédent.

24. Le ministre paie à tout établissement financier qui a consenti un prêt autorisé l'intérêt sur le solde de ce prêt au taux fixé par règlement pendant que l'emprunteur est étudiant à temps plein ainsi que pendant la période d'exemption de l'emprunteur.

. . .

27. Lors du décès d'un emprunteur, le ministre rembourse à l'établissement financier le montant du prêt.

28. Le ministre rembourse à tout établissement financier les pertes de capital et d'intérêt résultant d'un prêt autorisé.

29. Le ministre est subrogé de plein droit à tous les droits d'un établissement financier auquel il fait un remboursement en vertu des articles 27 et 28.

40. Après avoir été avisé conformément aux dispositions du paragraphe 1° de l'article 39 ou autrement

having been otherwise informed of a change which may affect the amount of financial assistance to be granted to a student, the Minister shall reconsider the duly completed file of the student and render his decision.

However, in no case may the decision reduce the amount of or cancel a loan which has already been contracted.

41. The Minister may, where an application is produced after the time prescribed or where the provisions of paragraph 2 of section 39 have been contravened, refuse an application, reduce the amount of or cancel the financial assistance, or demand the reimbursement of any financial assistance already paid in the form of a bursary.

However, in no case may the Minister reduce the amount of or cancel a loan which has already been contracted.

62. Any loan contracted under the Student Loans and Scholarships Act shall be deemed to have been contracted under the provisions of this Act.

. . .

An Act to amend the Act respecting financial assistance for students and the General and Vocational Colleges Act, S.Q. 1996, c. 79

5. Section 23 of the said Act is amended

(1) by replacing the word "April" in paragraph 1 by the word "March";

(2) by replacing the word "August" in paragraph 2 by the word "July";

(3) by replacing the word "January" in paragraph 3 by the word "December".

An Act to amend the Act respecting financial assistance for students, S.Q. 1997, c. 90

4. Section 23 of the said Act is replaced by the following section:

"**23.** For the purposes of this subdivision, "period of exemption" means the period beginning on the date on which the borrower obtains a first loan or on which the borrower resumes being a full-time student, and ending on the date determined in accordance with the regulations."

informé d'un changement qui est de nature à influer sur le montant de l'aide financière, le ministre procède à un réexamen du dossier dûment complété de l'étudiant et rend une décision.

Toutefois, la décision ne peut avoir pour effet de réduire ou annuler le montant d'un prêt déjà contracté.

41. Le ministre peut, lorsqu'une demande est produite après le délai prévu ou lorsqu'il y a violation des dispositions du paragraphe 2° de l'article 39, refuser une demande, réduire ou annuler le montant de l'aide financière ou demander un remboursement de l'aide financière déjà versée sous forme de bourse.

Toutefois, le ministre ne peut réduire ou annuler le montant d'un prêt déjà contracté.

62. Tout prêt contracté en vertu de la Loi sur les prêts et bourses aux étudiants est réputé avoir été contracté en vertu des dispositions de la présente loi.

. . .

Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel, L.Q. 1996, ch. 79

5. L'article 23 de cette loi est modifié :

1° par le remplacement, dans le paragraphe 1°, du mot « avril » par le mot « mars »;

2° par le remplacement, dans le paragraphe 2°, du mot « août » par le mot « juillet »;

3° par le remplacement, dans le paragraphe 3°, du mot « janvier » par le mot « décembre »;

Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.Q. 1997, ch. 90

4. L'article 23 de cette loi est remplacé par le suivant :

« **23.** Pour l'application de la présente sous-section, « période d'exemption » signifie la période qui débute à la date à laquelle l'emprunteur obtient un premier prêt ou redevient étudiant à temps plein après avoir cessé de l'être et se termine à la date déterminée selon les règlements. ».

5. Section 24 of the said Act is amended

(1) by replacing the words "his period of exemption" in the third and fourth lines of the first paragraph by the words "the additional period ending on the date determined by the regulation";

(2) by inserting the words "and provided the person is in a precarious financial situation within the meaning of the regulation" after the word "Minister" in the first line of subparagraph 2 of the second paragraph.

13. The provisions introduced by sections 2 and 3 of this Act are applicable in respect of the years of allocation subsequent to their coming into force.

The other provisions introduced by this Act and the first regulations made thereunder are applicable to the juridical situations in progress at the time of their coming into force.

Appeal allowed with costs, DESCHAMPS J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Sternthal Katznelson Montigny, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

5. L'article 24 de cette loi est modifié :

1° par le remplacement, dans la quatrième ligne du premier alinéa, des mots « d'exemption de l'emprunteur » par les mots « additionnelle se terminant à la date déterminée selon les règlements »;

2° par l'insertion, dans la première ligne du paragraphe 2° et après le mot « ministre », des mots « et à la condition qu'elles soient dans une situation financière précaire au sens du règlement ».

13. Les dispositions introduites par les articles 2 et 3 de la présente loi sont applicables à l'égard des années d'attribution postérieures à leur entrée en vigueur.

Les autres dispositions de la présente loi ainsi que les premiers règlements pris pour leur application sont applicables aux situations juridiques en cours lors de leur entrée en vigueur.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge DESCHAMPS *est dissidente.*

Procureurs de l'appelant : Sternthal Katznelson Montigny, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Mario Charlebois *Appellant*

v.

City of Saint John *Respondent*

- and -

Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick *Appellant*

v.

City of Saint John *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of New Brunswick, Union of Municipalities of New Brunswick, Commissioner of Official Languages of Canada and Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. *Interveners*

Mario Charlebois *Appelant*

c.

Ville de Saint John *Intimée*

- et -

Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick *Appelante*

c.

Ville de Saint John *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Nouveau-Brunswick, Union des municipalités du Nouveau-Brunswick, Commissaire aux langues officielles du Canada et Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. *Intervenants*

INDEXED AS: CHARLEBOIS *v.* SAINT JOHN (CITY)

Neutral citation: 2005 SCC 74.

File No.: 30467.

2005: October 20; 2005: December 15.

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

RÉPERTORIÉ : CHARLEBOIS *c.* SAINT JOHN (VILLE)

Référence neutre : 2005 CSC 74.

N° du greffe : 30467.

2005 : 20 octobre; 2005 : 15 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Official languages — Municipalities — Civil proceedings against municipality — Language obligations — New Brunswick legislation on official languages requiring "institution" party to civil proceedings to use official language chosen by other party — Whether word "institution" in legislation includes municipalities — Whether institution obligated to translate evidence and quotations from legal

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Langues officielles — Municipalités — Action civile contre une municipalité — Obligations linguistiques — Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick exigeant que, dans une affaire civile à laquelle elle est partie, une « institution » utilise la langue officielle choisie par l'autre partie — Le mot « institution » figurant dans cette loi englobe-t-il les municipalités? — Une institution est-elle tenue de traduire les éléments de

decisions — Official Languages Act, S.N.B. 2002, c. O-0.5, ss. 1 "institution", 22.

Statutes — Interpretation — Language rights.

C brought an application, in French, against the City of Saint John. The City and the Attorney General of New Brunswick moved to have the application struck. The City's pleadings were presented in English only. The Attorney General's pleadings were in French, but some citations were in English. C objected to receiving pleadings in English on the basis that s. 22 of the *Official Languages Act* ("*OLA*") of New Brunswick enacted in 2002 applied to the City and required it to adopt the language of proceedings chosen by him. Both the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal found that s. 22 of the *OLA* does not apply to municipalities and cities because that interpretation would create internal incoherence within the *OLA*.

Held (Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Major, Fish, Abella and Charron JJ.: The City was not obliged to adopt in its pleadings the official language chosen by C because the word "institution" in s. 22, as defined in s. 1 of the *OLA*, does not include municipalities. [4]

The Legislature has, in various parts of the *OLA*, imposed particular language obligations on the bodies comprised in the definition of "institution" in s. 1. By contrast, the specific language obligations under the heading "Municipalities" (ss. 35 to 38) are more circumscribed. Under s. 37, a municipality may also declare itself bound by the provisions of the *OLA*. As a matter of statutory interpretation, s. 22 should apply only to those bodies listed in the s. 1 definition of "institution", leaving it open to municipalities to opt under s. 37 to be bound by the broader language obligations imposed on institutions. This interpretation of the word "institution" is the only one that creates no illogical or incoherent consequences when read in the context of the statute as a whole. The fact that a municipality may have different language obligations depending on whether it is prosecuting under a by-law (s. 20(1)) or is a party to a civil proceeding (s. 22) is explained by the different nature of the proceedings. While the *OLA* is the province's legislative response to its obligations under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in relation to institutional bilingualism in New Brunswick, the "*Charter* values" interpretative principle can only receive application in circumstances of genuine

preuve et les extraits de jurisprudence? — Loi sur les langues officielles, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, art. 1 « institution », 22.

Législation — Interprétation — Droits linguistiques.

C a présenté une requête en français contre la Ville de Saint John. La Ville et le procureur général du Nouveau-Brunswick ont demandé par voie de motion la radiation de la requête. La Ville a présenté ses plaidoiries en anglais seulement. Quant au procureur général, il a présenté ses plaidoiries en français, mais certaines citations étaient en anglais. C s'est opposé à la réception des plaidoiries en anglais pour le motif que l'art. 22 de la *Loi sur les langues officielles* (« *LLO* ») du Nouveau-Brunswick, édictée en 2002, s'appliquait à la Ville et l'obligeait à adopter la langue qu'il avait choisie pour l'instance. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont toutes les deux conclu que l'art. 22 *LLO* ne s'applique pas aux municipalités et aux cités parce qu'il en résulterait une incohérence interne de la *LLO*.

Arrêt (les juges Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Fish, Abella et Charron : La Ville n'était pas tenue d'adopter pour ses plaidoiries la langue officielle choisie par C, parce que le mot « institution », utilisé à l'art. 22 et défini à l'art. 1 *LLO*, n'englobe pas les municipalités. [4]

Le législateur a, dans diverses parties de la *LLO*, imposé des obligations linguistiques particulières aux organismes inclus dans la définition du mot « institution » à l'art. 1. Par contre, les obligations linguistiques particulières figurant sous la rubrique « Municipalités » (art. 35 à 38) sont plus restreintes. Aux termes de l'art. 37, une municipalité peut également se déclarer liée par les dispositions de la *LLO*. Sur le plan de l'interprétation législative, l'art. 22 devrait s'appliquer aux seuls organismes énumérés dans la définition du mot « institution » à l'art. 1, laissant aux municipalités, conformément à l'art. 37, le choix de se déclarer liées par les obligations linguistiques générales imposées aux institutions. Cette interprétation du mot « institution » est la seule qui n'engendre aucune conséquence illogique ou incohérente lorsque la disposition est lue dans le contexte de la loi dans son ensemble. Le fait qu'une municipalité puisse avoir des obligations linguistiques différentes selon qu'elle engage des poursuites relatives à un arrêté (par. 20(1)) ou qu'elle est partie à une instance civile (art. 22) s'explique par la nature différente des instances. Bien que la *LLO* soit la réponse législative de la province aux obligations que la *Charte canadienne des droits et libertés* lui impose en matière

ambiguity. The contextual and purposive analysis of the *OLA* has removed all ambiguity surrounding the meaning of the word "institution". Absent any remaining ambiguity, *Charter* values have no role to play. Finally, the Court of Appeal's finding in a 2001 decision that municipalities are "institutions" for the purpose of s. 16(2) of the *Charter* was *obiter dictum*. This question is not before the Court, and no opinion is expressed on whether that interpretation is correct. [15-24]

The expression "oral or written pleadings" in s. 22 does not include evidence tendered in the course of the proceeding. Nor does s. 22 create an obligation to translate case law cited or incorporated in a book of authorities. [7]

Per Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting): In giving full effect to the internal consistency rule, the Court of Appeal adopted an approach that is too formalistic and is in conflict with the rules of interpretation applicable to language rights. Where, as here, a legislature is extending the protection of minority rights, a court must not adopt a restrictive interpretation in order to eliminate apparent inconsistencies in the law. It must, rather, search for a meaning consistent with the protection of minorities and the achievement of equal rights for the two official languages and language communities that can be reconciled with the wording of the legislation whenever possible. Ordinary rules of statutory interpretation continue to guide the court, but the legislative context and the presumption of *Charter* compliance are particularly important. [38-40] [49]

When the proper approach is adopted, s. 22 is applicable to municipalities and cities. Inconsistencies in the *OLA* can be resolved by reading the part of the *OLA* dealing with municipalities as providing for an exception to the general provisions creating obligations that are inconsistent with the ones that part creates. This approach accepts that the definition of "institution" in s. 1 of the *OLA* corresponds to the one given by the Court of Appeal in 2001, which reflects the constitutional obligations of New Brunswick under the *Charter* and the intention declared in the preamble of the *OLA*, but that general obligations and rights under the *OLA* are subject to the discrete rights described in sections dealing with specific institutions. Only where a conflict between the general and the specific is encountered would the general obligations be set aside. Under this approach, the

de bilinguisme institutionnel au Nouveau-Brunswick, le principe d'interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* » ne s'applique qu'en cas d'ambiguïté véritable. L'analyse contextuelle et téléologique de la *LLO* a dissipé toute ambiguïté quant au sens de l'expression « institution ». En l'absence de toute autre ambiguïté, les valeurs de la *Charte* n'ont aucun rôle à jouer. Enfin, la conclusion de la Cour d'appel, dans une décision de 2001, selon laquelle les municipalités sont des « institutions » pour l'application du par. 16(2) de la *Charte* était une opinion incidente. Cette question n'est pas soumise à la Cour et aucune opinion n'est exprimée sur la justesse de cette interprétation. [15-24]

L'expression « plaidoiries orales et écrites », à l'art. 22, n'inclut pas les éléments de preuve produits en cours d'instance. L'article 22 n'oblige pas non plus à traduire la jurisprudence citée ou incorporée dans un recueil de jurisprudence et de doctrine. [7]

Les juges Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps (dissidents) : En donnant plein effet à la règle de la cohérence interne, la Cour d'appel a adopté une approche trop formaliste qui entre en conflit avec les règles d'interprétation applicables aux droits linguistiques. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le législateur élargit la protection des droits des minorités, une cour ne doit pas recourir à une interprétation restrictive pour éliminer les incohérences manifestes de la loi. Elle doit plutôt chercher un sens qui soit compatible avec la protection des minorités et l'égalité des droits entre les deux langues officielles et les communautés linguistiques, et qui soit autant que possible conciliable avec le libellé de la mesure législative. Les règles ordinaires d'interprétation législative continuent de guider la cour, mais le contexte législatif et la présomption de respect de la *Charte* revêtent une importance particulière. [38-40] [49]

Interprété correctement, l'art. 22 s'applique aux municipalités et aux cités. Il est possible de remédier aux incohérences de la *LLO* en considérant que la partie de la *LLO* concernant les municipalités établit une exception aux dispositions générales qui créent des obligations incompatibles avec celles créées par cette partie. Cette approche reconnaît que la définition du mot « institution », à l'art. 1 *LLO*, correspond à celle donnée en 2001 par la Cour d'appel, et reflète les obligations constitutionnelles que la *Charte* impose au Nouveau-Brunswick et l'intention déclarée dans le préambule de la *LLO*, mais que les obligations générales et les droits prévus dans la *LLO* sont subordonnés aux droits distincts énoncés dans les dispositions touchant certaines institutions. Ce n'est qu'en cas de conflit entre la disposition générale et la disposition particulière que les

court should favour restricting the obligations of municipalities and cities with regard to communications and services to the public, as well as the publication of by-laws, to those set out in ss. 35 and 36 of the *OLA*. Furthermore, the normal rules of statutory interpretation provide for a contextual approach. One major factor to be considered in this case is the proposition that the Legislature's intention is to implement the *Charter* rights as interpreted by the Court of Appeal in 2001 and to extend the minimum constitutional protection in the spirit of s. 16(3) of the *Charter*. The Court must therefore favour the extension of rights and obligations and acknowledge that general obligations must be limited, for specific institutions, only where such limitations are clearly or implicitly spelled out. Reading down the definition of "institution" is not only unnecessary, it is also contrary to principle. [46-47] [50]

Lastly, as to the scope of s. 22 of the *OLA*, the words "oral or written pleadings" and "processes" in that section do not include evidence tendered in the course of a proceeding. There is also no obligation to translate case law cited or incorporated in a book of authorities. [53]

Cases Cited

By Charron J.

Considered: *Charlebois v. Moncton (City)* (2001), 242 N.B.R. (2d) 259, 2001 NBCA 117; **referred to:** *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42.

By Bastarache J. (dissenting)

Charlebois v. Moncton (City) (2001), 242 N.B.R. (2d) 259, 2001 NBCA 117; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031; *Sommers v. The Queen*, [1959] S.C.R. 678; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505; *R. v. Gautreau* (1989), 101 N.B.R. (2d) 1, rev'd (1990), 109 N.B.R. (2d) 54;

obligations générales seraient écartées. Suivant cette approche, les tribunaux devraient privilégier la restriction des obligations incombant aux municipalités et aux cités en matière de communication et de services au public, ainsi que de publication d'arrêtés municipaux, à celles prévues aux art. 35 et 36 *LLO*. En outre, les règles normales d'interprétation législative prescrivent une méthode contextuelle. Un élément important à considérer en l'espèce est la proposition selon laquelle le législateur entend mettre en œuvre les droits prévus par la *Charte*, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour d'appel en 2001, et élargir les garanties constitutionnelles minimales conformément à l'esprit du par. 16(3) de la *Charte*. La Cour doit donc favoriser l'élargissement des droits et obligations et reconnaître qu'en ce qui concerne certaines institutions les obligations générales ne doivent être limitées que si ces limites sont implicites ou clairement prescrites. Non seulement il n'est pas nécessaire d'interpréter de façon atténuante la définition du mot « institution », mais encore il serait contraire aux principes de le faire. [46-47] [50]

Enfin, en ce qui concerne la portée de l'art. 22 *LLO*, les expressions « plaidoiries orales et écrites » et « actes de procédure », utilisées dans cet article, n'incluent pas les éléments de preuve produits en cours d'instance. De même, rien n'oblige à traduire la jurisprudence citée ou incorporée dans un recueil de jurisprudence et de doctrine. [53]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêt examiné : *Charlebois c. Moncton (City)* (2001), 242 R.N.-B. (2e) 259, 2001 NBCA 117; **arrêts mentionnés :** *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Charlebois c. Moncton (City) (2001), 242 R.N.-B. (2e) 259, 2001 NBCA 117; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031; *Sommers c. The Queen*, [1959] R.C.S. 678; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577; *R. c. Gautreau* (1989), 101 R.N.-B. (2e) 1, inf. par (1990), 109 R.N.-B. (2e) 54; *R. c. Haché* (1993), 139

R. v. Haché (1993), 139 N.B.R. (2d) 81; *MacDonald v. Montreal (City)*, [1986] 1 S.C.R. 460; *R. v. Potvin* (2004), 69 O.R. (3d) 641; *R. v. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 116.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 16-20, 32(1)(*b*).
Municipalities Act, R.S.N.B. 1973, c. M-22, ss. 1 "municipality", 16.
Official Languages Act, S.N.B. 2002, c. O-0.5, preamble, ss. 1 "city", "institution", "municipality", 3(1), 4, 22, 15-33, 35-41.
Rules of Court of New Brunswick, N.B. Reg. 82-73, rule 27.06(1).
Services and Communications Regulation — Official Languages Act, N.B. Reg. 2002-63, s. 3, Schedule A.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 2004, "pleading", "process".
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004, "*plaidoirie*".
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of New Brunswick (Daigle, Larlee and Deschênes JJ.A.) (2004), 275 N.B.R. (2d) 203, 722 A.P.R. 203, 48 M.P.L.R. (3d) 153, [2004] N.B.J. No. 237 (QL), 2004 NBCA 49, affirming a decision of McLellan J. (2002), 255 N.B.R. (2d) 396, 668 A.P.R. 396, 35 M.P.L.R. (3d) 163, [2002] N.B.J. No. 412 (QL), 2002 NBQB 382. Appeal dismissed, Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. dissenting.

Mario Charlebois, appearing on his own behalf.

Michel Doucet and *Mark C. Power*, for the appellant Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick.

Mélanie C. Tompkins and *Marie-France Major*, for the respondent.

R.N.-B. (2e) 81; *MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460; *R. c. Potvin* (2004), 69 O.R. (3d) 654; *R. c. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 97.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 16-20, 32(1)*b*).
Loi sur les langues officielles, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, préambule, art. 1 « cité », « institution », « municipalité », 3(1), 4, 22, 15-33, 35-41.
Loi sur les municipalités, L.R.N.-B. 1973, ch. M-22, art. 1 « municipalité », 16.
Règlement sur les services et communications — Loi sur les langues officielles, Règl. du N.-B. 2002-63, art. 3, annexe A.
Règles de procédure du Nouveau-Brunswick, Règl. du N.-B. 82-73, art. 27.06(1).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 2004, « *pleading* », « *process* ».
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004, « plaidoirie ».
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Daigle, Larlee et Deschênes) (2004), 275 R.N.-B. (2e) 203, 722 A.P.R. 203, 48 M.P.L.R. (3d) 153, [2004] A.N.-B. nº 237 (QL), 2004 NBCA 49, qui a confirmé une décision du juge McLellan (2002), 255 R.N.-B. (2e) 396, 668 A.P.R. 396, 35 M.P.L.R. (3d) 163, [2002] A.N.-B. nº 412 (QL), 2002 NBBR 382. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps sont dissidents.

Mario Charlebois, en personne.

Michel Doucet et *Mark C. Power*, pour l'appelante l'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick.

Mélanie C. Tompkins et *Marie-France Major*, pour l'intimée.

Alain Préfontaine, for the intervener the Attorney General of Canada.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Chantal A. Thibodeau, for the intervener the Union of Municipalities of New Brunswick.

Johane Tremblay and *Christine Ruest*, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

Antoine F. Hacault and *Karine Pelletier*, for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.

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

CHARRON J. —

1. Introduction

1 The issue on this appeal is whether the City of Saint John is obliged to use, in any oral or written pleadings or any process issuing from a court, the official language chosen by the appellant Mario Charlebois in the civil proceedings brought by him against the City. Section 22 of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5 ("*OLA*"), imposes such a duty on "Her Majesty in right of the Province or an institution" who is a party to the civil proceedings. The issue turns on whether or not the word "institution" in s. 22 and defined under s. 1 of the *OLA* includes municipalities. Both courts below have concluded that it does not and that, consequently, s. 22 does not apply to the City of Saint John. I agree with that conclusion and would dismiss the appeal.

2. The Proceedings and the Issue Under Appeal

2 Mr. Charlebois brought an application against the City of Saint John ("City"), seeking an order

Alain Préfontaine, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Chantal A. Thibodeau, pour l'intervenante l'Union des municipalités du Nouveau-Brunswick.

Johane Tremblay et *Christine Ruest*, pour l'intervenante la Commissaire aux langues officielles du Canada.

Antoine F. Hacault et *Karine Pelletier*, pour l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.

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

LA JUGE CHARRON —

1. Introduction

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si, dans l'action civile que l'appelant Mario Charlebois a intentée contre elle, la Ville de Saint John est tenue d'utiliser, pour les plaidoiries orales et écrites et pour les actes de procédure qui en découlent, la langue officielle choisie par M. Charlebois. L'article 22 de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5 (« *LLO* »), assujettit à cette obligation « Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou une institution » dans une affaire civile à laquelle elle est partie. Le litige porte sur la question de savoir si le mot « institution », utilisé à l'art. 22 et défini à l'art. 1 *LLO*, englobe les municipalités. Les deux tribunaux d'instance inférieure ont répondu par la négative et ont conclu que, par conséquent, l'art. 22 ne s'applique pas à la Ville de Saint John. Je souscris à cette conclusion et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

2. Les procédures et la question soulevée en appel

Dans une requête présentée contre la Ville de Saint John (« Ville »), M. Charlebois a sollicité une

directing it to offer its services equally in both official languages and challenging the constitutional validity of a number of provisions of the *OLA*. His application was in French. The City and the Attorney General of New Brunswick, as intervener, moved to strike out the application. The issue that concerns us on this appeal arose at the hearing of these interlocutory motions.

The City's motion was drafted in English and its counsel used the English language in his pleadings. The Attorney General of New Brunswick's motion material was drafted in French. However, counsel for the Attorney General included in his pleadings some quotes from legal decisions in English and, by way of affidavit (drafted in French), introduced a document in English. At the hearing of the motions to strike out, Mr. Charlebois objected to the use of English in the motion material on the ground that it contravened s. 22 of the *OLA*. Section 22 reads as follows:

22 Where Her Majesty in right of the Province or an institution is a party to civil proceedings before a court, Her Majesty or the institution concerned shall use, in any oral or written pleadings or any process issuing from a court, the official language chosen by the other party.

Mr. Charlebois's objection raised two issues:

1. Is the City of Saint John an "institution" within the meaning of s. 22 and, as such, obliged to adopt the official language chosen by Mr. Charlebois in its pleadings or in any process issued by the court?

2. What is the scope of the obligation under s. 22? Must the party provide a translation of quotes from legal decisions included in its pleadings? Must the party provide a translation of the evidence?

The word "institution" is defined in s. 1 of the *OLA* as follows:

ordonnance enjoignant à celle-ci d'offrir ses services de façon égale dans les deux langues officielles et a contesté la constitutionnalité d'un certain nombre de dispositions de la *LLO*. Sa requête était rédigée en français. La Ville et le procureur général du Nouveau-Brunswick, en qualité d'intervenant, ont demandé par voie de motion la radiation de la requête. La question qui nous intéresse dans le présent pourvoi a été soulevée lors de l'audition de ces motions interlocutoires.

3 La motion présentée par la Ville était rédigée en anglais et son avocat a utilisé la langue anglaise pour ses plaidoiries. La documentation déposée à l'appui de la motion du procureur général du Nouveau-Brunswick était en français. Cependant, l'avocat du procureur général a cité dans ses plaidoiries des extraits de jurisprudence en langue anglaise et, au moyen d'un affidavit (rédigé en français), il a présenté un document rédigé en anglais. Lors de l'audition des motions en radiation, M. Charlebois s'est opposé à l'utilisation de l'anglais dans la documentation déposée à l'appui de la motion pour le motif que cela contrevenait à l'art. 22 *LLO*. L'article 22 est rédigé ainsi :

22 Dans une affaire civile dont est saisi un tribunal et à laquelle est partie Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou une institution, Sa Majesté ou l'institution utilise, pour les plaidoiries orales et écrites et pour les actes de procédure qui en découlent, la langue officielle choisie par la partie civile.

4 L'objection de M. Charlebois soulevait deux questions :

1. La Ville de Saint John est-elle une « institution » au sens de l'art. 22 et, à ce titre, est-elle tenue d'adopter la langue officielle choisie par M. Charlebois pour ses plaidoiries et pour les actes de procédure émanant du tribunal?

2. Quelle est la portée de l'obligation prévue à l'art. 22? La partie qui cite de la jurisprudence dans ses plaidoiries doit-elle en fournir une traduction? Doit-elle fournir une traduction de la preuve?

5 Le mot « institution » est défini de la façon suivante à l'art. 1 *LLO* :

"institution" means an institution of the Legislative Assembly or the Government of New Brunswick, the courts, any board, commission or council, or other body or office, established to perform a governmental function by or pursuant to an Act of the Legislature or by or under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, a department of the Government of New Brunswick, a Crown corporation established by or pursuant to an Act of the Legislature or any other body that is specified by an Act of the Legislature to be an agent of Her Majesty in right of the Province or to be subject to the direction of the Lieutenant-Governor in Council or a minister of the Crown; (« *institution* »)

« institution » désigne les institutions de l'Assemblée législative et du gouvernement du Nouveau-Brunswick, les tribunaux, tout organisme, bureau, commission, conseil, office ou autre créés afin d'exercer des fonctions de l'État sous le régime d'une loi provinciale ou en vertu des attributions du lieutenant gouverneur en conseil, les ministères, les Sociétés de la Couronne créées sous le régime d'une loi provinciale et tout autre organisme désigné à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou placé sous le contrôle du lieutenant-gouverneur en conseil ou d'un ministre provincial; ("*institution*")

The words "city" and "municipality" are also defined under s. 1:

Les mots « cité » et « municipalité » sont également définis à l'art. 1 :

"city" means a city within the meaning of section 16 of the *Municipalities Act*; (« *cité* »)

« cité » désigne une cité au sens de l'article 16 de la *Loi sur les municipalités*; ("*city*")

. . .

"municipality" means a municipality within the meaning of section 1 of the *Municipalities Act*; (« *municipalité* »)

« municipalité » désigne une municipalité au sens de l'article 1 de la *Loi sur les municipalités*; ("*municipality*")

The provisions incorporated from the *Municipalities Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-22, read as follows:

Les dispositions tirées de la *Loi sur les municipalités*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-22, sont ainsi rédigées :

1 In this Act,

1 Dans la présente loi

. . .

"municipality" means a city, town or village;

« municipalité » désigne une cité, une ville et un village;

. . .

16 The Lieutenant-Governor in Council may incorporate a town having a population of ten thousand or more as a city.

16 Le lieutenant-gouverneur en conseil peut constituer en cité une ville comptant au moins dix mille habitants.

6 In an interlocutory decision, the application judge held that the word "institution" as defined under s. 1 of the *OLA* does not include municipalities and, consequently, does not apply to the City ((2002), 255 N.B.R. (2d) 396, 2002 NBQB 382). Hence, he ruled that the City was entitled to use either or both official languages in the civil proceedings instituted by Mr. Charlebois. He also rejected Mr. Charlebois's objection as it related to the use of English in the Attorney General's motion material,

Dans une décision interlocutoire, le juge saisi de la requête a conclu que le mot « institution » défini à l'art. 1 *LLO* n'inclut pas les municipalités et que, par conséquent, il ne s'applique pas à la Ville ((2002), 255 R.N.-B. (2e) 396, 2002 NBBR 382). Il a donc statué que la Ville avait le droit d'utiliser l'une ou l'autre des langues officielles, ou les deux, dans l'action civile intentée par M. Charlebois. Il a aussi rejeté l'objection de M. Charlebois relative à l'utilisation de l'anglais dans la documentation

finding that s. 22 did not extend to legal quotes or to the evidence. In writing for a unanimous court, Daigle J.A. of the New Brunswick Court of Appeal upheld the application judge's decision ((2004), 275 N.B.R. (2d) 203, 2004 NBCA 49). Mr. Charlebois appeals from this decision and raises the same two issues before this Court.

déposée à l'appui de la motion du procureur général, concluant que l'art. 22 ne visait ni les extraits de jurisprudence ni les éléments de preuve. Dans les motifs unanimes qu'il a rédigés au nom de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, le juge Daigle a confirmé la décision du juge saisi de la requête ((2004), 275 R.N.-B. (2e) 203, 2004 NBCA 49). M. Charlebois se pourvoit contre cette décision et soulève les deux mêmes questions devant notre Cour.

The second issue can be readily disposed of. I agree with Bastarache J. that the Court of Appeal was correct in holding that "oral or written pleadings" do not include evidence tendered in the course of the proceeding. Nor does s. 22 create an obligation to translate case law cited or incorporated in a book of authorities. 7

Il est facile de répondre à la deuxième question. Je suis d'accord avec le juge Bastarache pour dire que la Cour d'appel a eu raison de conclure que les « plaidoiries orales et écrites » n'incluent pas les éléments de preuve produits en cours d'instance. L'article 22 n'oblige pas non plus à traduire la jurisprudence citée ou incorporée dans un recueil de jurisprudence et de doctrine.

Before proceeding to the analysis on the first issue, it is important to stress what this appeal is not about. As we shall see, because of the nature of the right claimed by Mr. Charlebois and the quasi-constitutional status of the *OLA*, there is a relevant and important constitutional context to this question of statutory interpretation. Nonetheless, the question before the Court on this interlocutory proceeding is restricted to determining the meaning of s. 22, not its constitutional validity. I will return to this important distinction later in these reasons. 8

Avant de procéder à l'analyse de la première question, il importe de souligner ce qui n'est pas en cause dans le présent pourvoi. Comme nous le verrons, en raison de la nature du droit revendiqué par M. Charlebois et du statut quasi constitutionnel de la *LLO*, cette question d'interprétation législative se situe dans un contexte constitutionnel pertinent et important. Néanmoins, dans la présente instance interlocutoire, la Cour est appelée seulement à déterminer le sens de l'art. 22 et non pas à statuer sur sa constitutionnalité. Je reviendrai sur cette distinction importante plus loin dans les présents motifs.

3. Analysis

3. Analyse

As indicated at the outset, I agree with the courts below and conclude that municipalities are not included in the s. 1 definition of "institution" in the *OLA*. I am in substantial agreement with the thorough and lucid reasons of Daigle J.A. in support of this conclusion. I will therefore simply highlight the more salient points in his analysis and add comments of my own as I go along. 9

Comme je l'ai indiqué au départ, je souscris à la conclusion des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle les municipalités ne sont pas visées par la définition que l'art. 1 *LLO* donne du mot « institution ». Je souscris pour l'essentiel aux motifs détaillés et limpides que le juge Daigle a rédigés à l'appui de cette conclusion. Je m'attarderai donc simplement aux points les plus saillants de son analyse, en ajoutant au fur et à mesure mes propres commentaires.

Daigle J.A. first instructed himself on the relevant principles of statutory interpretation, reiterating the often-cited articulation of the modern approach by 10

Le juge Daigle s'est d'abord rappelé les principes d'interprétation législative applicables, réitérant la méthode d'interprétation moderne, souvent

E. A. Driedger in his work *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

> Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

He analysed the ordinary and grammatical sense of the words used in the s. 1 definition of "institution", which I will repeat here for convenience:

> "institution" means an institution of the Legislative Assembly or the Government of New Brunswick, the courts, any board, commission or council, or other body or office, established to perform a governmental function by or pursuant to an Act of the Legislature or by or under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, a department of the Government of New Brunswick, a Crown corporation established by or pursuant to an Act of the Legislature or any other body that is specified by an Act of the Legislature to be an agent of Her Majesty in right of the Province or to be subject to the direction of the Lieutenant-Governor in Council or a minister of the Crown; (« *institution* »)

11 Daigle J.A. noted the long list of bodies specifically included in the definition and the conspicuous absence of the terms "municipality" and "city" from that list. However, in his view, the fact that the Legislature could easily have included those terms if it had so wanted could not be determinative of the question before the court. At issue, rather, was whether municipalities and cities are included in the descriptive clause as other bodies "established to perform a governmental function by or pursuant to an Act of the Legislature or by or under the authority of the Lieutenant-Governor in Council".

12 Relying on the reasoning in *Charlebois v. Moncton (City)* (2001), 242 N.B.R. (2d) 259, 2001 NBCA 117, where the New Brunswick Court of Appeal, in reasons penned by himself, had concluded that New Brunswick municipalities are institutions of the government for *Charter* purposes, Daigle J.A. found it "plausible" that the definition of "institution", on its face, includes municipalities and cities. As I will explain later, the weight that

citée, que E. A. Driedger formule dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87 :

> [TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Il a analysé le sens ordinaire et grammatical des termes utilisés dans la définition du mot « institution » à l'art. 1, définition que je reproduis pour en faciliter la consultation :

> « institution » désigne les institutions de l'Assemblée législative et du gouvernement du Nouveau-Brunswick, les tribunaux, tout organisme, bureau, commission, conseil, office ou autre créés afin d'exercer des fonctions de l'État sous le régime d'une loi provinciale ou en vertu des attributions du lieutenant gouverneur en conseil, les ministères, les Sociétés de la Couronne créées sous le régime d'une loi provinciale et tout autre organisme désigné à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou placé sous le contrôle du lieutenant-gouverneur en conseil ou d'un ministre provincial; ("*institution*")

Le juge Daigle a noté la longue liste d'organismes expressément inclus dans la définition, ainsi que l'absence évidente des termes « municipalité » et « cité » dans cette liste. Or, selon lui, le fait que le législateur aurait pu aisément inclure ces termes s'il l'avait voulu ne pouvait pas être déterminant quant à la question soumise à la cour. La question était plutôt de savoir si les municipalités et les cités sont incluses dans la disposition descriptive en tant qu'autres organismes « créés afin d'exercer des fonctions de l'État sous le régime d'une loi provinciale ou en vertu des attributions du lieutenant gouverneur en conseil ».

Se fondant sur le raisonnement suivi dans l'arrêt *Charlebois c. Moncton (City)* (2001), 242 R.N.-B. (2e) 259, 2001 NBCA 117, où, dans des motifs qu'il avait lui-même rédigés, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait conclu que les municipalités du Nouveau-Brunswick sont des institutions du gouvernement pour l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le juge Daigle a estimé qu'il était « plausible », à première vue, que la

should be given to the decision in *Charlebois v. Moncton* lies at the heart of my disagreement with the analysis of Bastarache J. Daigle J.A., for his part, found the interpretation, based on the finding in *Charlebois v. Moncton*, "inconclusive and the analysis incomplete" (para. 27). He therefore proceeded to determine "whether this plausible interpretation [was] consistent both with the purpose and overall scheme of the *Act* and the intention of the Legislature" (para. 27). For reasons I will outline, he concluded that it was not.

définition du mot « institution » vise les municipalités et les cités. Comme je l'expliquerai plus loin, le poids à accorder à l'arrêt *Charlebois c. Moncton* est au cœur de mon désaccord avec l'analyse du juge Bastarache. Pour sa part, le juge Daigle a conclu que cette interprétation, fondée sur la conclusion de l'arrêt *Charlebois c. Moncton*, « n'est pas déterminante et [que] cette analyse est incomplète » (par. 27). En conséquence, il s'est demandé « si cette interprétation plausible concord[ait] avec l'objet et l'économie de la *Loi* et avec l'intention du législateur » (par. 27). Pour les raisons que j'exposerai, il a conclu par la négative.

In its preamble, the *OLA* proclaims the purposes of the Act are expressly tied to the language guarantees and obligations enshrined in the Canadian Constitution. There is no dispute that the *OLA* is the province's legislative response to its obligations under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in relation to institutional bilingualism in New Brunswick. For ease of reference, I reproduce here the *Charter* provisions on official languages that specifically target the province of New Brunswick: 13

Dans son préambule, la *LLO* proclame que les objets de la Loi sont expressément liés aux garanties et aux obligations linguistiques consacrées dans la Constitution canadienne. Personne ne conteste que la *LLO* est la réponse législative de la province aux obligations que la *Charte* lui impose en matière de bilinguisme institutionnel au Nouveau-Brunswick. Pour en faciliter la consultation, je reproduis ici les dispositions de la *Charte* relatives aux langues officielles qui visent expressément la province du Nouveau-Brunswick :

16. . . .

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

16. . . .

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

. . .

16.1 (1) The English linguistic community and the French linguistic community in New Brunswick have equality of status and equal rights and privileges, including the right to distinct educational institutions and such distinct cultural institutions as are necessary for the preservation and promotion of those communities.

(2) The role of the legislature and government of New Brunswick to preserve and promote the status, rights and privileges referred to in subsection (1) is affirmed.

17. . . .

(2) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of the legislature of New Brunswick.

. . .

16.1 (1) La communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux, notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion.

(2) Le rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick de protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges visés au paragraphe (1) est confirmé.

17. . . .

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

18. . . .

(2) The statutes, records and journals of the legislature of New Brunswick shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

19. . . .

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

20. . . .

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

18. . . .

(2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

19. . . .

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

20. . . .

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

14 In *Charlebois v. Moncton*, Mr. Charlebois, the same litigant as in this case, challenged the validity of a municipal by-law which was enacted only in English. The specific question before the New Brunswick Court of Appeal was whether s. 18(2) of the *Charter* included municipal by-laws. On a remedial and purposive reading of the *Charter* language guarantees, the court held that it was appropriate to include municipal by-laws in the province of New Brunswick's constitutional obligation to enact its statutes in both English and French. In the course of its analysis on this question, the court also expressed its opinion that municipalities are "institutions of the legislature and government of New Brunswick" within the meaning of s. 16(2) of the *Charter*. By way of remedy, the court declared the unilingual by-laws invalid but suspended the effect of the declaration of invalidity for one year to enable the City of Moncton and the Government of New Brunswick to comply with the constitutional obligations set out in the court's reasons. The court also provided some guidance on how the province may choose to meet its obligations. It stated as follows, at paras. 127-28:

> In the context of this case, I believe that a declaration of invalidity subject to a temporary suspension of the effect of the declaration provides the City of Moncton and

Dans l'affaire *Charlebois c. Moncton*, M. Charlebois, le même justiciable qu'en l'espèce, contestait la validité d'un arrêté municipal pris en anglais seulement. La question soumise à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick était de savoir si le par. 18(2) de la *Charte* visait les arrêtés municipaux. Conformément à une interprétation réparatrice et téléologique des garanties linguistiques de la *Charte*, la cour a décidé qu'il convenait d'appliquer aux arrêtés municipaux l'obligation constitutionnelle de la province du Nouveau-Brunswick d'adopter ses lois en français et en anglais. En analysant cette question, la cour s'est également dite d'avis que les municipalités sont des « institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick » au sens du par. 16(2) de la *Charte*. À titre de réparation, la cour a déclaré invalides les arrêtés unilingues, mais a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période d'un an afin de permettre à la Ville de Moncton et au gouvernement du Nouveau-Brunswick de satisfaire aux obligations constitutionnelles énoncées dans ses motifs de jugement. Elle a aussi donné certaines indications sur la façon dont la province pouvait choisir de respecter ses obligations. Voici ce qu'elle a affirmé, aux par. 127-128 :

> Dans le contexte de la présente affaire, je crois qu'une déclaration d'invalidité assortie d'une suspension temporaire de l'effet de la déclaration laisse à la ville de Moncton

the provincial government with the flexibility necessary to develop an appropriate solution that will ensure that the appellant's rights under subsection 18(2) are realized. In this regard, this Court would be loathe to interfere with and impose standards on the legislature. It is obvious that the government has a choice in the institutional means by which its obligations can be met. For example, the exhaustive inquiry of the task force on official languages in New Brunswick (*Towards Equality of Official Languages in New Brunswick*, at pages 337-84) dealt with the linguistic composition of the population of New Brunswick municipalities. The report acknowledged that a possible approach that would meet the constitutional obligation of the principle of equality of official languages might be to implement a language policy whereby municipal services would be available in both official languages only where numbers warrant. This is a quantitative approach in which certain municipalities might be declared bilingual on the basis of a percentage of the population representing an official language minority. The percentage would have to be determined by the legislature.

et au gouvernement provincial la souplesse nécessaire pour élaborer une solution appropriée qui garantira que les droits de l'appelant prévus au par. 18(2) se concrétiseront. À cet égard, cette Cour doit se garder d'intervenir dans le domaine législatif et d'imposer des normes au législateur. Il est évident que le gouvernement dispose d'un choix de moyens institutionnels pour remplir ses obligations. Par exemple, l'enquête exhaustive du groupe d'étude sur les langues officielles au Nouveau-Brunswick (le rapport *Vers l'égalité des langues officielles au Nouveau-Brunswick*, aux pp. 337-84) fait état de la composition démographique et linguistique des municipalités du Nouveau-Brunswick. Ce rapport reconnaît qu'une approche possible qui respecterait l'obligation constitutionnelle du principe de l'égalité des langues officielles pourrait comprendre une politique linguistique où les services municipaux seraient accessibles dans les deux langues officielles seulement où le nombre le justifierait. Il s'agit d'une approche quantitative où certaines municipalités seraient déclarées bilingues en fonction d'un pourcentage de leur population qui compterait une minorité de l'une des deux langues officielles. Le pourcentage reste à être déterminé par le législateur.

In this connection, it should be remembered that section 1 of the *Charter* allows restrictions of *Charter* rights only by such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. Under this general limitation, the legislature can strike a balance or achieve a compromise between the exercise of a guaranteed right and the safeguarding of society's best interests. However, while certain limits imposed on the exercise of the right guaranteed under subsection 18(2) may be justifiable, this provision creates a requirement of legislative bilingualism that cannot be reduced to unilingualism or a bilingualism that is left to the discretion of municipal councils. This would amount to a denial of the constitutional language right guaranteed by subsection 18(2). Moreover, by implication, the bilingualism requirement in regard to municipal by-laws extends to the process of enactment.

Il y a lieu de rappeler à cet égard que l'article premier de la *Charte* permet d'apporter des restrictions aux droits qui y sont garantis dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cette limitation générale permet au législateur d'atteindre l'équilibre ou un compromis entre l'exercice d'un droit garanti et la sauvegarde d'un intérêt supérieur de la société. Par contre, même si certaines limites imposées à l'exercice du droit garanti au par. 18(2) pourraient être justifiées, cette disposition crée une obligation au bilinguisme législatif qui ne saurait être limitée en faveur d'un unilinguisme ou d'un bilinguisme laissé au choix des conseils municipaux. Cela reviendrait à nier le droit linguistique constitutionnel garanti au par. 18(2). Également l'obligation au bilinguisme s'étend implicitement au processus d'adoption des arrêtés municipaux.

Bastarache J. finds that it would have been more appropriate for the New Brunswick Court of Appeal in this case "to take a positive stance and see whether it was necessary to limit the scope of the newly defined term in light of the difficulties posed by the drafting of the *OLA*" (para. 32 (emphasis added)). I disagree. First, it is noteworthy that *Charlebois v. Moncton* dealt with s. 18(2) of the *Charter*; hence, the court's finding that municipalities are

15 Le juge Bastarache estime qu'il aurait été préférable, en l'espèce, que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick « adopte une attitude positive et vérifie s'il était nécessaire de limiter la portée du terme nouvellement défini à la lumière des difficultés soulevées par la façon dont la *LLO* est rédigée » (par. 32 (je souligne)). Je ne suis pas d'accord. Premièrement, il convient de souligner que l'arrêt *Charlebois c.*

"institutions" for the purpose of s. 16(2) is *obiter dictum*. The question as to whether municipalities are institutions within the meaning of s. 16(2) has never been determined by this Court, it is not before us on this appeal, and I express no opinion on whether or not this interpretation is correct. Second, it is also noteworthy that the province's constitutional obligations, even as defined in *Charlebois v. Moncton*, do not mandate a single specific solution. As aptly noted by the court in the above-noted excerpt, there is room for flexibility. The current *OLA* is the province's legislative response to its constitutional obligations. It would be inappropriate to pre-empt the analysis with a blanket presumption of *Charter* consistency. Daigle J.A. therefore was quite correct in pursuing the analysis. This brings us back to the question of statutory interpretation that occupies us: what approach did the province of New Brunswick adopt in respect of its municipalities to meet its constitutional obligations?

Moncton portait sur le par. 18(2) de la *Charte*; partant, la conclusion de la cour selon laquelle les municipalités sont des « institutions » pour l'application du par. 16(2) est une opinion incidente. Notre Cour n'a jamais tranché la question de savoir si les municipalités sont des institutions au sens du par. 16(2), cette question n'est pas soulevée dans le présent pourvoi et je n'exprime aucune opinion sur la justesse de cette interprétation. Deuxièmement, il convient aussi de noter que les obligations constitutionnelles de la province, même selon la définition qu'en donne l'arrêt *Charlebois c. Moncton*, ne commandent pas une seule solution précise. Comme l'a si bien fait remarquer la cour dans l'extrait précité, la province dispose d'une marge de manœuvre. La *LLO* actuelle représente la réponse législative de la province à ses obligations constitutionnelles. Il n'y a pas lieu de court-circuiter l'analyse au moyen d'une présomption générale de conformité à la *Charte*. Le juge Daigle a donc eu parfaitement raison de poursuivre l'analyse. Cela nous ramène à la question d'interprétation législative qui nous occupe : quelle approche la province du Nouveau-Brunswick a-t-elle adoptée à l'égard de ses municipalités pour satisfaire à ses obligations constitutionnelles?

16 A reading of the *OLA* reveals two main structural features. First, the word "institution", as defined in s. 1, acts as a central provision that identifies those public bodies on which the Legislature imposes particular language obligations in other provisions of the *OLA*. I will review those obligations shortly. Second, the *OLA* groups under various headings different areas of activity or services which fall under the purview of the public administration of the province and imposes specific language obligations under each heading. "Municipalities" (which by definition includes cities, towns and villages) is one such heading.

La lecture de la *LLO* permet de constater deux principales caractéristiques structurelles. Premièrement, le mot « institution » défini à l'art. 1 sert d'article pivot pour désigner les organismes publics auxquels le législateur impose des obligations linguistiques particulières dans d'autres dispositions de la *LLO*. J'examinerai ces obligations sous peu. Deuxièmement, la *LLO* rassemble sous diverses rubriques différents secteurs d'activité ou de prestation de services qui relèvent de l'administration publique de la province, et prescrit des obligations linguistiques précises sous chacune de ces rubriques. La rubrique « Municipalités » (mot qui, par définition, inclut les cités, les villes et les villages) figure parmi ces dernières.

17 The obligations imposed on those bodies comprised in the definition of "institution" fall under various headings and include the following:

Les obligations imposées aux organismes inclus dans la définition du mot « institution » sont réparties sous diverses rubriques et sont notamment les suivantes :

Legislative and other instruments

. . .

15 Notices, announcements and other documents required to be published under this Act or any other Act by the Province or its institutions shall be printed and published in both official languages.

The administration of justice

. . .

22 Where Her Majesty in right of the Province or an institution is a party to civil proceedings before a court, Her Majesty or the institution concerned shall use, in any oral or written pleadings or any process issuing from a court, the official language chosen by the other party.

. . .

Communication with the public

27 Members of the public have the right to communicate with any institution and to receive its services in the official language of their choice.

28 An institution shall ensure that members of the public are able to communicate with and to receive its services in the official language of their choice.

28.1 An institution shall ensure that appropriate measures are taken to make it known to members of the public that its services are available in the official language of their choice.

29 Institutions shall publish all postings, publications and documents intended for the general public in both official languages.

30 The Province and its institutions are responsible for ensuring that all services offered to the public by third parties on their behalf are delivered in both official languages.

As noted by Daigle J.A., it is plausible that, following the opinion in *Charlebois v. Moncton*, the Legislature intended to include municipalities in the definition of "institution" even though they are not listed as such under s. 1. On a plain reading of the above-listed provisions, the Legislature would then be taken to have intended to impose those obligations on all municipalities regardless of

Actes législatifs et autres

. . .

15 Les avis, pièces ou documents dont la présente loi ou toute autre loi exige la publication par la province ou ses institutions sont imprimés et publiés dans les deux langues officielles.

L'administration de la Justice

. . .

22 Dans une affaire civile dont est saisi un tribunal et à laquelle est partie Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou une institution, Sa Majesté ou l'institution utilise, pour les plaidoiries orales et écrites et pour les actes de procédure qui en découlent, la langue officielle choisie par la partie civile.

Communication avec le public

27 Le public a le droit de communiquer avec toute institution et d'en recevoir les services dans la langue officielle de son choix.

28 Il incombe aux institutions de veiller à ce que le public puisse communiquer avec elles et en recevoir les services dans la langue officielle de son choix.

28.1 Il incombe aux institutions de veiller à ce que les mesures voulues soient prises pour informer le public que leurs services lui sont offerts dans la langue officielle de son choix.

29 Tout affichage public et autres publications et communications destinés au grand public et émanant d'une institution sont publiés dans les deux langues officielles.

30 Il incombe à la province et à ses institutions de veiller à ce que les services offerts au public par des tiers pour le compte de la province ou ses institutions le soient dans l'une et l'autre des langues officielles.

Comme l'a noté le juge Daigle, il est plausible que, à la suite de l'opinion exprimée dans l'arrêt *Charlebois c. Moncton*, le législateur ait voulu inclure les municipalités dans la définition du mot « institution » même si elles ne sont pas inscrites comme telles à l'art. 1. Selon le sens ordinaire des dispositions susmentionnées, on pourrait considérer que le législateur a voulu imposer ces

the official language minority population of those communities.

18 By contrast, the specific language obligations under the heading "Municipalities" are more restricted. They read as follows:

Municipalities

35(1) A municipality whose official language minority population represents at least 20% of its total population is required to adopt and publish its by-laws in both official languages.

35(2) A city is required to adopt and publish its by-laws in both official languages irrespective of the percentage required under subsection (1).

35(3) A municipality or city to which subsection (1) or (2) applies that adopts a new by-law or amends an existing by-law after December 31, 2002, shall do so in both official languages.

35(4) Except in the case of a by-law referred to in subsection (3), a municipality or city to which subsection (1) or (2) applies, other than Moncton, shall adopt and publish its by-laws in both official languages on or before December 31, 2005.

35(5) Subsection (3) applies, with the necessary modifications, to the minutes of council proceedings.

36 A municipality or city to which subsection 35(1), (2) or section 37 applies shall offer the services and communications prescribed by regulation in both official languages.

37 A municipality may, by by-law of its municipal council, declare itself bound by the provisions of this Act and nothing in this Act shall be interpreted so as to limit the authority of municipalities to promote the equality of status and use of English and French.

38 The provisions of subsections 35(3), (4) and (5) apply, with the necessary modifications, to a municipality under section 37.

19 If all municipalities, as institutions, are obliged to print and publish their by-laws in both official languages under s. 29, why would it matter what percentage was represented by the official language minority population in any given municipality? Likewise, what would be the sense of prescribing

obligations à toutes les municipalités sans égard à leur population de langue officielle minoritaire.

Par contre, les obligations linguistiques particulières figurant sous la rubrique « Municipalités » sont plus restreintes. Elles sont formulées ainsi :

Municipalités

35(1) Une municipalité dont la population de langue officielle minoritaire atteint au moins 20 % de la population totale est tenue d'adopter et de publier ses arrêtés dans les deux langues officielles.

35(2) Les cités sont également tenues d'adopter et de publier leurs arrêtés dans les deux langues officielles sans égard au pourcentage prévu au paragraphe (1).

35(3) Tout nouvel arrêté ou toute modification à un arrêté existant, adopté après le 31 décembre 2002 par une municipalité ou une cité auxquelles les paragraphes (1) et (2) s'appliquent, doit être adopté et publié dans les deux langues officielles.

35(4) Sauf en ce qui concerne un arrêté visé au paragraphe (3), les municipalités et les cités auxquelles s'appliquent les paragraphes (1) et (2), autre que Moncton, doivent adopter et publier leurs arrêtés dans les deux langues officielles au plus tard le 31 décembre 2005.

35(5) Le paragraphe (3) s'applique, avec les modifications nécessaires, aux procès-verbaux des séances du conseil municipal;

36 Les municipalités et les cités visées aux paragraphes 35(1), (2) ainsi qu'à l'article 37 sont tenues d'offrir, dans les deux langues officielles, les services et les communications prescrits par règlement.

37 Toute municipalité peut, par arrêté de son conseil municipal, se déclarer liée par les dispositions de la présente loi et rien à la présente loi ne porte atteinte ou ne limite le pouvoir des municipalités de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

38 Les dispositions des paragraphes 35(3), (4) et (5) s'appliquent, avec les modifications nécessaires, à toute municipalité visée à l'article 37.

Si toutes les municipalités sont tenues, en tant qu'institutions, d'imprimer et de publier leurs arrêtés dans les deux langues officielles en vertu de l'art. 29, pourquoi le pourcentage représentant la population de langue officielle minoritaire dans une municipalité donnée serait-il pertinent? De

by regulation those services and communications required to be offered in both official languages if all municipalities, as institutions, were required under ss. 27 to 30 to provide them all? What is left for a municipality to declare itself bound under s. 37 if it is already bound by the general obligations imposed on institutions? Those are the "incoherent and illogical consequences" that Daigle J.A. found determinative in the search for the Legislature's intent. I agree, particularly because, if the opposite interpretation is adopted and "institution" is read as not including municipalities, the internal coherence is restored. Bastarache J. would read the specific obligations set out under the heading "Municipalities" as exceptions to the general provisions applying to institutions. With respect, this approach would require much reading in and reading out, none of which is consistent with the limited role that *Charter* values can play as an interpretative tool.

même, quelle serait l'utilité de prescrire par règlement les services et communications à offrir dans les deux langues officielles si, en vertu des art. 27 à 30, toutes les municipalités, en tant qu'institutions, étaient tenues d'offrir tous ces services? À quoi une municipalité peut-elle se déclarer liée en vertu de l'art. 37, si elle est déjà liée par les obligations générales imposées aux institutions? Ce sont là les « conséquences incohérentes et illogiques » que le juge Daigle a estimé déterminantes dans la recherche de l'intention du législateur. Je partage cette opinion, surtout parce que la cohérence interne est rétablie si l'interprétation contraire est retenue et que le mot « institution » est interprété comme n'incluant pas les municipalités. Le juge Bastarache interpréterait les obligations particulières énoncées sous la rubrique « Municipalités » comme des exceptions aux dispositions générales applicables aux institutions. En toute déférence, cette approche commanderait une mesure considérable d'interprétation large et d'interprétation atténuante qui ne sont ni l'une ni l'autre compatibles avec le rôle limité que les valeurs de la *Charte* peuvent jouer comme outil d'interprétation.

Let us now examine how an interpretation that excludes municipalities from the definition of "institution" impacts on the provision at issue in this case, s. 22. Section 22 is part of the set of provisions (ss. 16 to 26) under the heading "The administration of justice". The provisions define the scope of institutional bilingualism before New Brunswick courts. Daigle J.A. reviews the history of the provisions commencing with a description of the guiding principle underlying the provisions. He states:

Examinons maintenant l'effet qu'une interprétation qui exclut les municipalités de la définition du mot « institution » a sur la disposition en cause dans la présente affaire, l'art. 22. L'article 22 s'inscrit dans un ensemble de dispositions (art. 16 à 26) figurant sous la rubrique « L'administration de la Justice ». Ces dispositions décrivent l'étendue du bilinguisme institutionnel devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick. Le juge Daigle fait l'historique des dispositions en commençant par une description du principe directeur qui les sous-tend. Il dit ceci : 20

> In short, the guiding principle is that any person, whether a party or a witness, has the right to address the court in the official language of his or her choice. This principle is set out in section 17 of the *Act* and essentially reiterates the wording of subsection 19(2) of the *Charter* which, itself, with respect to judicial bilingualism, reiterates the provisions of section 133 of the *Constitution Act, 1867.* [para. 29]

> Bref, le principe directeur veut que toute personne, qu'elle soit partie ou témoin, a le droit de s'adresser à la Cour dans la langue officielle de son choix. Ce principe est énoncé à l'art. 17 de la *Loi* et reprend essentiellement le texte du par. 19(2) de la *Charte*, qui lui-même reprend en matière de bilinguisme judiciaire, les dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867.* [par. 29]

He then notes the two exceptions to the rule relating to freedom of choice of official language by

Il relève ensuite les deux exceptions à la règle de l'usage facultatif des langues officielles par les

litigants that were created over time. The first, introduced in 1982, is presently embodied in s. 20(1). It gives precedence to the choice of official language of the defendant in quasi-criminal matters:

> **20**(1) A person who is alleged to have committed an offence under an Act or a regulation of the Province or under a municipal by-law has the right to have the proceedings conducted in the language of his or her choice and shall be informed of that right by the presiding judge before entering a plea.

The second is brand new, it is found in s. 22. As Daigle J.A. aptly notes:

> Concretely, subject to the right of witnesses, it will have the advantage of facilitating and promoting the conduct of civil proceedings in the official language of the litigant and, as such, to effectively advance the efficacy of judicial bilingualism. Moreover, as a matter of law, it is part of the language guarantees enshrined in the *Charter*. [para. 30]

21 It is clear on the language of s. 20(1) that the choice of official language of the defendant in quasi-criminal proceedings will always trump, regardless of the identity of the prosecuting body. Hence, all municipalities are bound by this provision in the prosecution of their by-laws. The rule is different with respect to civil proceedings. The choice of official language of the same defendant who is a party to a civil proceeding will not necessarily trump. In accordance with the constitutionally mandated general rule, each litigant can choose his or her official language of preference. It is only where the other litigant is Her Majesty, or an "institution", that the statute gives precedence to the individual litigant's choice. Two competing interpretations are put before the Court. On the one hand, as the appellants contend, did the Legislature intend to advance judicial bilingualism by extending the application of s. 22 to all municipalities regardless of the minority language population? Of course, that legislative choice was open. On the other hand, as the City contends, did the Legislature choose to extend its application only to those listed bodies

justiciables qui ont été établies au fil du temps. La première, qui remonte à 1982, est actuellement incorporée au par. 20(1). Elle donne préséance à la langue officielle choisie par la partie demanderesse dans une affaire quasi criminelle :

> **20**(1) Une personne accusée d'une infraction à une loi ou à un règlement de la province, ou à un arrêté municipal, a droit au déroulement des procédures dans la langue officielle de son choix, et elle doit être informée de ce droit par le juge qui préside avant d'enregistrer son plaidoyer.

La seconde, toute nouvelle, se trouve à l'art. 22. Comme le juge Daigle le fait judicieusement remarquer :

> Sur le plan pratique, elle aura l'avantage de faciliter et favoriser, sous réserve du droit des témoins, la tenue de procès en matière civile dans la langue officielle du justiciable, et de cette façon, effectivement promouvoir l'efficacité du bilinguisme judiciaire. De plus, sur le plan juridique, elle s'inscrit dans le respect des garanties linguistiques consacrées par la *Charte*. [par. 30]

Il ressort clairement du libellé du par. 20(1) que la langue officielle choisie par la partie demanderesse dans une affaire quasi criminelle aura toujours préséance, quelle que soit l'identité de l'organisme poursuivant. De ce fait, toutes les municipalités sont liées par cette disposition dans les poursuites relatives à leurs arrêtés. La règle est différente en ce qui concerne les affaires civiles. La langue officielle choisie par le même défendeur dans le cadre d'une affaire civile n'aura pas nécessairement préséance. Conformément à la règle générale prescrite par la Constitution, chaque justiciable peut choisir la langue officielle qu'il préfère. C'est seulement lorsque la partie adverse est Sa Majesté ou une « institution » que la Loi accorde préséance au choix effectué par le justiciable. Deux interprétations opposées sont soumises à la Cour. D'une part, comme le font valoir les appelants, le législateur a-t-il voulu favoriser la progression du bilinguisme judiciaire en étendant l'application de l'art. 22 à toutes les municipalités sans égard à leur population de langue minoritaire? Bien sûr, il lui était loisible de faire ce choix. D'autre part, comme le

under the s. 1 definition of "institution", leaving it up to municipalities to opt in pursuant to s. 37 if they so choose? That legislative choice was also open. Whether or not the latter choice is constitutional is a separate issue, and precisely the question that is *not* before us on this appeal. There is no doubt, however, as a matter of statutory interpretation, that the more restrictive approach was open to the Legislature and, in this case, it is the only interpretation that creates no illogical or incoherent consequences when read in the context of the statute as a whole.

prétend la Ville, le législateur a-t-il décidé d'en étendre l'application aux seuls organismes énumérés dans la définition du mot « institution » à l'art. 1, laissant aux municipalités le libre choix de se déclarer liées par cette disposition conformément à l'art. 37? Il lui était aussi loisible de faire ce choix. La constitutionnalité de ce dernier choix est une question distincte, et c'est précisément la question dont nous *ne* sommes *pas* saisis dans le présent pourvoi. Toutefois, sur le plan de l'interprétation législative, il est indubitable que le législateur pouvait choisir l'approche plus restrictive et, en l'espèce, c'est la seule interprétation qui n'engendre aucune conséquence illogique ou incohérente lorsque la disposition est lue dans le contexte de la Loi dans son ensemble.

Bastarache J. is of the view that if the definition of "institution" excluded municipalities this would give rise to an incongruity in the fact that a bilingual city like Moncton, or one subject to specific obligations regarding the provision of its services in both official languages like Saint John, would be obliged under s. 20(1) to adopt the language of any person prosecuted under a by-law but would be free to use either official language in any civil proceeding to which it was a party. With respect, if there is any incongruity in the fact that a municipality may have different language obligations depending on whether it is prosecuting under a by-law or is a party to a civil proceeding, this situation has been in existence since 1982 when the choice of official language of a defendant in quasi-criminal proceedings was first accorded special recognition by the Legislature in New Brunswick and no similar provision was adopted in respect of civil proceedings. However, it is my view that the different nature of the proceedings removes any incongruity. The requirements of natural justice are not necessarily the same in quasi-criminal and civil proceedings. I find nothing incongruous in the choice of a blanket provision such as s. 20(1) to meet the exigencies of justice in a quasi-criminal setting, while leaving justice to be achieved on a case-by-case application of s. 18 in civil proceedings involving municipalities that have not opted in pursuant to

22 Le juge Bastarache estime que, si la définition du mot « institution » ne visait pas les municipalités, il en résulterait une incongruité du fait qu'une ville bilingue comme Moncton ou une ville comme Saint John, qui est assujettie à des obligations particulières en matière de prestation de services dans les deux langues officielles, serait tenue, aux termes du par. 20(1), d'adopter la langue choisie par toute personne poursuivie en vertu d'un arrêté municipal, mais qu'elle serait libre d'utiliser l'une ou l'autre des langues officielles dans toute instance civile à laquelle elle serait partie. En toute déférence, s'il est incongru qu'une municipalité puisse avoir des obligations linguistiques différentes selon qu'elle engage des poursuites relatives à un arrêté ou qu'elle est partie à une instance civile, cette situation existe depuis 1982, alors que le législateur du Nouveau-Brunswick a, pour la première fois, accordé une reconnaissance spéciale à la langue officielle choisie par une partie demanderesse dans une instance quasi criminelle, sans adopter une disposition semblable en matière civile. Cependant, j'estime que la nature différente des instances élimine toute incongruité. Les impératifs de justice naturelle ne sont pas nécessairement les mêmes dans les instances quasi criminelles et dans les instances civiles. Je ne trouve rien d'incongru dans le fait de choisir une disposition générale, telle que le par. 20(1), pour satisfaire aux impératifs de

s. 37. Section 18 provides that "[n]o person shall be placed at a disadvantage" by reason of his or her choice of official language.

23 In my respectful view, the approach advocated by Mr. Charlebois and the AJEFNB, and adopted by Bastarache J., exceeds the scope of this Court's decision in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768. This Court in *Beaulac* held that a liberal and purposive approach to the interpretation of constitutional language guarantees and statutory language rights should be adopted in all cases. I take no issue with this principle; however, as Bastarache J. acknowledges (at para. 40), this does not mean that the ordinary rules of statutory interpretation have no place. In this case, it is particularly important to keep in mind the proper limits of *Charter* values as an interpretative tool. In *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, Iacobucci J., writing for a unanimous court, firmly reiterated that

> to the extent this Court has recognized a "*Charter* values" interpretive principle, such principle can *only* receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations. [Emphasis in original; para. 62.]

24 In the context of this case, resorting to this tool exemplifies how its misuse can effectively preempt the judicial review of the constitutional validity of the statutory provision. It risks distorting the Legislature's intent and depriving it of the opportunity to justify any breach, if so found, as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. In this respect, Daigle J.A. properly instructed himself and rightly found, at para. 58, that the contextual and purposive analysis of the *OLA* "removed all ambiguity surrounding the meaning of the word

justice dans un contexte quasi criminel, et de laisser la justice être rendue au moyen d'une application ponctuelle de l'art. 18 dans les instances civiles mettant en cause des municipalités qui n'ont pas choisi de se déclarer liées conformément à l'art. 37. L'article 18 prévoit que « [n]ul ne peut être défavorisé » en raison de la langue officielle qu'il choisit.

À mon avis, l'interprétation préconisée par M. Charlebois et l'AJEFNB, et retenue par le juge Bastarache, excède la portée de l'arrêt de notre Cour *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768. Dans cet arrêt, la Cour a statué qu'il y a lieu d'adopter, dans tous les cas, une interprétation libérale et téléologique des garanties linguistiques constitutionnelles et des droits linguistiques d'origine législative. Je ne conteste pas ce principe, mais, comme le juge Bastarache le reconnaît (par. 40), cela ne signifie pas que les règles ordinaires d'interprétation législative n'ont pas leur place. En l'espèce, il est particulièrement important de se rappeler les limites que doivent avoir les valeurs de la *Charte* comme outil d'interprétation. Dans l'arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a fermement rappelé que

> dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d'interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* », ce principe ne s'applique *uniquement* qu'en cas d'ambiguïté véritable, c'est-à-dire lorsqu'une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l'une que l'autre. [Souligné dans l'original; par. 62.]

Dans le contexte de la présente affaire, le recours à cet outil illustre bien comment son utilisation abusive peut effectivement court-circuiter l'examen judiciaire de la constitutionnalité de la disposition législative. Elle risque de fausser l'intention du législateur et de le priver de la possibilité de justifier une éventuelle atteinte aux droits garantis par la *Charte* comme étant une limite raisonnable au sens de l'article premier. À cet égard, le juge Daigle s'est fondé sur les bonnes règles de droit et a conclu à juste titre, au par. 58, que l'analyse contextuelle et

'institution'". Absent any remaining ambiguity, *Charter* values have no role to play.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Bastarache, Binnie, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

1. Introduction

The appellant Mario Charlebois decided to question the validity of a number of sections of the *Official Languages Act*, S.N.B. 2002, c. O-0.5 ("*OLA*"), in an application brought, in French, against the City of Saint John ("City"). The City and the Attorney General of New Brunswick, an intervener, moved to have the application struck. The City's pleadings were presented in English only. The Attorney General's pleadings were in French, but some citations in his brief and one document, were in English only. Mr. Charlebois objected to receiving pleadings in English on the basis that s. 22 of the *OLA* applied to the City of Saint John and required it to adopt the language of proceedings chosen by him. Mr. Charlebois's objection gave rise to decisions of the Court of Queen's Bench and Court of Appeal, and a hearing in this Court.

This appeal is not about the constitutionality of the *OLA*. It is only concerned with the interpretation of s. 22 of the *OLA* and with determining whether the word "institution" therein applies to municipalities and cities in the context of the *OLA*. This Court cannot accept the invitation of some interveners to revisit the question of the scope of the rights in s. 19(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The courts below found that s. 22 does not apply to municipalities and cities because that

téléologique de la *LLO* « a dissipé toute ambiguïté quant au sens de l'expression "institution" ». En l'absence de toute autre ambiguïté, les valeurs de la *Charte* n'ont aucun rôle à jouer.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. 25

Version française des motifs des juges Bastarache, Binnie, LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

1. Introduction

Dans une requête présentée en français contre la Ville de Saint John (« Ville »), l'appelant Mario Charlebois a décidé de contester la validité d'un certain nombre de dispositions de la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5 (« *LLO* »). La Ville et le procureur général du Nouveau-Brunswick, en qualité d'intervenant, ont demandé par voie de motion la radiation de la requête. La Ville a présenté ses plaidoiries en anglais seulement. Quant au procureur général, il a présenté ses plaidoiries en français, mais certaines citations figurant dans son mémoire ainsi qu'un document étaient exclusivement en anglais. M. Charlebois s'est opposé à la réception des plaidoiries en anglais pour le motif que l'art. 22 *LLO* s'appliquait à la Ville de Saint John et l'obligeait à adopter la langue qu'il avait choisie pour l'instance. L'objection de M. Charlebois est à l'origine des décisions de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour d'appel, ainsi que de l'audience devant notre Cour. 26

Le présent pourvoi ne porte pas sur la constitutionnalité de la *LLO*. Il ne concerne que l'interprétation de l'art. 22 *LLO* et la question de savoir si, dans le contexte de la *LLO*, le mot « institution » figurant dans cet article vise les municipalités et les cités. Notre Cour ne peut accepter l'invitation de certains intervenants à réexaminer la question de la portée des droits garantis par le par. 19(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. 27

Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que l'art. 22 ne s'applique pas aux municipalités et 28

interpretation would create internal incoherence within the *OLA*; ss. 27 and 36 of the *OLA*, dealing with communications with the public and services offered to the public, in particular, would come into conflict with each other. Another inconsistency would result from ss. 15 and 35, dealing with the language of by-laws.

29 The context in which this appeal comes to this Court is particularly important. It must be noted that the *OLA* of 2002 was adopted after the decision of the Government of New Brunswick to implement the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Charlebois v. Moncton (City)* (2001), 242 N.B.R. (2d) 259, 2001 NBCA 117, where it was decided that s. 32(1)(*b*) of the *Charter* applies to municipalities and cities in New Brunswick. Applying *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, the Court of Appeal in that case decided that municipalities and cities were created by the province, exercise government functions attributed to them by the Legislature or government, and draw their powers from provincial laws. They are therefore "institutions of the legislature and government". Applying the same criteria to s. 16(2) of the *Charter*, the Court of Appeal found that this section also applied to municipalities and cities in New Brunswick.

2. Issues

30 In this appeal, the Court is asked to determine whether the words "institution of the Legislative Assembly or the Government of New Brunswick", within the meaning of s. 32(1)(*b*) of the *Charter*, and as used in the definition section of the *OLA*, s. 1, should bear the same interpretation. The context in which this exercise is to take place is extremely important: the *OLA* of 2002 constitutes a quasi-constitutional Act that must be interpreted according to the clear principles outlined by this Court in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, and *Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island*, [2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1.

31 The difficulty posed in this appeal is due to the imprecision of the definition section and the

aux cités parce qu'il en résulterait une incohérence interne de la *LLO*; les art. 27 et 36 *LLO*, qui portent sur les communications avec le public et les services au public, entreraient notamment en conflit. Une autre incohérence résulterait des art. 15 et 35 qui portent sur la langue des arrêtés municipaux.

Le contexte dans lequel s'inscrit le présent pourvoi devant notre Cour revêt une importance particulière. Il faut préciser que la *LLO* de 2002 a été adoptée après que le gouvernement du Nouveau-Brunswick eut décidé de donner suite à l'arrêt *Charlebois c. Moncton (City)* (2001), 242 R.N.-B. (2e) 259, 2001 NBCA 117, dans lequel la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait statué que l'al. 32(1)*b*) de la *Charte* vise les municipalités et cités du Nouveau-Brunswick. Appliquant l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, la Cour d'appel a conclu, dans cette affaire, que les municipalités et les cités sont des créatures de la province, qu'elles exercent des fonctions gouvernementales attribuées par la Législature ou le gouvernement, et qu'elles tirent leurs pouvoirs des lois provinciales. Elles sont donc des « institutions de la Législature et du gouvernement ». Après avoir appliqué les mêmes critères au par. 16(2) de la *Charte*, la Cour d'appel a décidé que cette disposition visait également les municipalités et cités du Nouveau-Brunswick.

2. Questions en litige

Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à déterminer si les mots « institutions de l'Assemblée législative et du gouvernement du Nouveau-Brunswick » au sens de l'al. 32(1)*b*) de la *Charte* et utilisés dans l'article des définitions de la *LLO*, c'est-à-dire l'art. 1, doivent avoir le même sens. Le contexte dans lequel doit s'inscrire cette détermination est extrêmement important : la *LLO* de 2002 est une loi quasi constitutionnelle qui doit être interprétée selon les principes clairs exposés par notre Cour dans les arrêts *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, et *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1.

La difficulté, en l'espèce, tient à l'imprécision de l'article des définitions et à la structure de la *LLO*.

structure of the *OLA*. With regard to imprecision, what is remarkable is that although the word "institution" refers to the actual words defined by the Court of Appeal in its 2001 decision, the *OLA* has a separate definition for municipalities that does not refer to the term "institution". With regard to the structure of the *OLA*, what is troublesome is that the general sections which provide for obligations regarding the publication of laws and regulations, as well as communications with the public and services to the public, apply to all "institutions", while some institutions are dealt with in other parts of the *OLA* without the obligations defined therein being, in some cases, made subject to the general provisions or said to apply notwithstanding those provisions. It is therefore difficult to draw clear inferences with regard to legislative intent because, while some sections seem to overlap, i.e. communications with the public and municipalities, others contain a limitation on the scope of the word "institution", i.e. s. 4 dealing with educational and cultural institutions. In the case of planning and solid waste commissions, it is worth noting that particular obligations are set out in ss. 39 to 41 while commissions are expressly mentioned under the definition of "institution" in s. 1. Other sections provide for an extension of the term "institution", i.e. s. 33(1) dealing with health facilities and establishments. Some sections, in particular the one dealing with the administration of justice, which occupies us here, do not give rise to any conflicts and could be considered as self-standing, as argued by the Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick ("AJEFNB").

En ce qui concerne l'imprécision, il est étonnant que le mot « institution » renvoie aux termes mêmes que la Cour d'appel définit dans sa décision de 2001, alors que la *LLO* donne une autre définition du mot « municipalité », dans laquelle ne figure pas le terme « institution ». L'ennui, en ce qui concerne la structure de la *LLO*, c'est que les dispositions générales, qui imposent des obligations en matière de publication des lois et règlements, de communications avec le public et de services au public, s'appliquent à toutes les « institutions », alors que d'autres parties de la *LLO* traitent de certaines institutions sans que, dans certains cas, les obligations qu'elles décrivent soient assujetties aux dispositions générales ou s'appliquent par dérogation à ces dispositions. Il est donc difficile de faire des inférences claires sur l'intention du législateur car, bien que certaines dispositions semblent se recouper, notamment celles relatives aux communications avec le public et aux municipalités, d'autres dispositions, comme l'art. 4 qui porte sur les institutions d'enseignement et les institutions culturelles, restreignent la portée du mot « institution ». Il convient de noter que les art. 39 à 41 assujettissent les commissions d'aménagement et les commissions de gestion des déchets solides à certaines obligations alors que les commissions sont expressément incluses dans la définition du mot « institution » à l'art. 1. D'autres dispositions élargissent le sens du terme « institution », notamment le par. 33(1) qui traite des installations et établissements de santé. Certaines dispositions, notamment celle concernant l'administration de la justice, qui nous occupe en l'espèce, ne génèrent aucun conflit et pourraient être considérées comme indépendantes, ainsi que l'a soutenu l'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick (« AJEFNB »).

3. Analysis

In the present case, the New Brunswick Court of Appeal applied the rules of statutory interpretation as defined by this Court. It first considered the ordinary meaning of the words used in the *OLA* and concluded that to include municipalities within the scope of "institutions" was plausible. In the particular context of this case, it should rather be presumed that the Legislature would not have

3. Analyse

32 Dans la présente affaire, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a appliqué les règles d'interprétation législative définies par notre Cour. Elle a d'abord examiné le sens ordinaire des mots employés dans la *LLO* et a conclu qu'il était plausible que les municipalités soient visées par le mot « institution ». Dans le contexte particulier de la présente affaire, il y a plutôt lieu de présumer que

chosen to indicate indirectly its decision to ignore the definition given in *Charlebois*, the very case which had created the obligation for it to modify its *OLA*. In my view, it would have been more appropriate for the Court of Appeal to take a positive stance and see whether it was necessary to limit the scope of the newly defined term in light of the difficulties posed by the drafting of the *OLA*. I will return to the consequences in this erroneous approach.

33 The careful analysis of the Court of Appeal provides a complete review of the legislative history of s. 22 of the *OLA*. I need not repeat it here. The crux of the Court of Appeal's decision lies in the identification of two main internal inconsistencies in the *OLA*. The relevant provisions of the *Charter* and the *OLA* are reproduced in the Appendix to these reasons.

3.1 *The Internal Inconsistencies in the OLA*

34 The main inconsistency noted by the Court of Appeal is that between ss. 27 and 36. Section 27 provides for the right of any member of the public to communicate with any institution and to receive its services in the official language of their choice. The corresponding obligations of the public institutions are defined in ss. 28 and 28.1, i.e. to ensure that members of the public are able to communicate and to receive its services in the language requested, and to make it known that its services are available in the official language of choice. By contrast, s. 36 provides that all municipalities whose official language minority population represents at least 20 percent of its total population, and all cities, shall offer the services and communications *prescribed by law* in both official languages.

35 In *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, Beetz J., for the majority, contrasted the right to use a language in court proceedings under s. 19(2) of the *Charter* and the right to communicate with offices of the government under s. 20 of the *Charter*. This last right

le législateur n'aurait pas choisi de faire part indirectement de sa décision de ne pas tenir compte de la définition donnée dans l'arrêt *Charlebois*, l'arrêt même qui l'avait obligé à modifier la *LLO*. À mon avis, il aurait été préférable que la Cour d'appel adopte une attitude positive et vérifie s'il était nécessaire de limiter la portée du terme nouvellement défini à la lumière des difficultés soulevées par la façon dont la *LLO* est rédigée. Je reviendrai sur les conséquences de cette démarche erronée.

L'analyse attentive de la Cour d'appel offre un aperçu complet de l'historique législatif de l'art. 22 *LLO*. Il n'est pas nécessaire que je le reprenne ici. La détermination des deux principales incohérences internes de la *LLO* est au cœur de la décision de la Cour d'appel. Les dispositions pertinentes de la *Charte* et de la *LLO* sont reproduites dans l'annexe des présents motifs.

3.1 *Les incohérences internes de la LLO*

La principale incohérence relevée par la Cour d'appel est celle qui existe entre l'art. 27 et l'art. 36. L'article 27 prévoit que le public a le droit de communiquer avec une institution et d'en recevoir les services dans la langue officielle de son choix. Les obligations correspondantes des institutions publiques sont définies aux art. 28 et 28.1, qui précisent que ces institutions doivent veiller à ce que le public puisse communiquer avec elles et en recevoir les services dans la langue voulue, et à ce qu'il soit informé que leurs services lui sont offerts dans la langue officielle de son choix. Par contre, l'art. 36 prévoit que toutes les municipalités dont la population de langue officielle minoritaire atteint au moins 20 p. 100 de la population totale et toutes les cités sont tenues d'offrir, dans les deux langues officielles, les services et les communications *prescrits par règlement.*

Dans l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, le juge Beetz, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a comparé le droit d'employer une langue dans une instance judiciaire à celui de communiquer avec les bureaux du gouvernement, que garantissent

"postulates the right to be heard or understood in either language" (p. 575). Wilson J., who concurred in the result, noted that there is an apparent inconsistency between the right to equality in s. 16(1) of the *Charter* and the right to limited services in s. 20(1) of the *Charter*. The solution was not, in her view, to limit the scope of s. 16(1) to eliminate the inconsistency, but to read s. 16(1) as "constitutionalizing a societal commitment to growth" (p. 620). Both ss. 16(1) and 20(1) were to be read generously and purposively (p. 621). Wilson J. also dealt with another apparent inconsistency between s. 27 of the *Charter* (the interpretation clause favouring multiculturalism) and s. 16(3) of the *Charter* (the interpretative clause favouring the progression of the official languages of Canada). Here again, the solution was not to negate the principle of growth in s. 16(3), but to interpret both sections in the context of the special status of official languages. The approach to interpretation of Wilson J. must be contrasted with the one adopted by Beetz J. who reasoned that language rights were politically motivated and had to be read restrictively. This latter approach was formally rejected in *Beaulac* where the Court insisted on the importance of s. 16 of the *Charter* in interpreting language laws:

> Language rights must *in all cases* be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada; see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, *supra*, at p. 850. To the extent that *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, *supra*, at pp. 579-80, stands for a restrictive interpretation of language rights, it is to be rejected. The fear that a liberal interpretation of language rights will make provinces less willing to become involved in the geographical extension of those rights is inconsistent with the requirement that language rights be interpreted as a fundamental tool for the preservation and protection of official language communities where they do apply. . . . [Emphasis in original; para. 25.]

respectivement le par. 19(2) et l'art. 20 de la *Charte*. Ce dernier droit « suppose aussi le droit d'être entendu ou compris dans ces langues » (p. 575). La juge Wilson, qui a souscrit au résultat, a souligné l'existence d'une incohérence manifeste entre le droit à l'égalité et le droit à des services limités, garantis respectivement par les par. 16(1) et 20(1) de la *Charte*. Selon elle, pour éliminer cette incohérence, il fallait non pas limiter la portée du par. 16(1), mais considérer que le par. 16(1) « constitutionnalise un engagement social à favoriser ce développement » (p. 620). Les paragraphes 16(1) et 20(1) devaient recevoir une interprétation libérale et téléologique (p. 621). La juge Wilson a également examiné une autre incohérence manifeste entre l'art. 27 de la *Charte* (la disposition d'interprétation favorisant le multiculturalisme) et le par. 16(3) de la *Charte* (la disposition d'interprétation favorisant la progression des langues officielles du Canada). Là encore, la solution consistait non pas à neutraliser le principe de développement énoncé au par. 16(3), mais à interpréter les deux dispositions en fonction du statut particulier des langues officielles. La méthode d'interprétation de la juge Wilson doit être opposée à celle adoptée par le juge Beetz, qui estimait que les droits linguistiques avaient une justification politique et devaient recevoir une interprétation restrictive. Cette dernière méthode a formellement été rejetée dans l'arrêt *Beaulac* où la Cour a insisté sur l'importance de l'art. 16 de la *Charte* dans l'interprétation des lois conférant des droits linguistiques :

> Les droits linguistiques doivent *dans tous les cas* être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada; voir *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, à la p. 850. Dans la mesure où l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 579 et 580, préconise une interprétation restrictive des droits linguistiques, il doit être écarté. La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fera que les provinces seront moins disposées à prendre part à l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent. . . [Souligné dans l'original; par. 25.]

Like Wilson J., the Court of Appeal of Ontario has noted that s. 16(3) of the *Charter* is an important factor in determining the proper rules of interpretation for quasi-constitutional rights (see *Lalonde v. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 505, at paras. 129-30).

36 This approach is not new. It is now a template for the interpretation of language rights, specially, as just demonstrated, where there is apparent conflict and ambiguity. Under it, the first step is not to read down the protections to eliminate inconsistencies, but to make sense of the overall regime in light of the constitutional imperative of approaching language rights purposefully, with a view to advancing the principles of equality and protection of minorities. Institutional bilingualism is achieved when rights are granted to the public and corresponding obligations are imposed on institutions (see *Beaulac*, at paras. 20-22). No rights are given as such to institutions. Any interpretation of the *OLA* must take this into account. The real issue here is whether the apparent inconsistency between ss. 27 and 36 is such that the institutional obligations recognized *a priori* in s. 22 must *of necessity* be read down.

37 In the particular context of this case, I find quite incongruous the fact that a bilingual city like Moncton, or one subject to specific obligations regarding the provision of its services in both official languages like Saint John, is obliged to adopt the language of any person alleged to have committed an offence under a by-law pursuant to s. 20(1), but should be entitled, under the interpretation given by the Court of Appeal, to adopt the language other than that chosen by a party to a civil action against it pursuant to s. 22. The Union of Municipalities of New Brunswick, an intervener, argued that it would be more onerous for municipalities to comply to s. 22 than to s. 20(1) because municipal governments often proceed without lawyers in civil cases, and that the distinction between regulatory offences and civil actions is determinative of legislative intention.

À l'instar de la juge Wilson, la Cour d'appel de l'Ontario a fait remarquer que le par. 16(3) de la *Charte* constitue un facteur important pour déterminer les règles d'interprétation applicables aux droits quasi constitutionnels (voir *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 O.R. (3d) 577, par. 129-130).

Cette approche n'est pas nouvelle. Elle sert maintenant de modèle pour l'interprétation des droits linguistiques, spécialement, comme je viens de le démontrer, en cas de conflit et d'ambiguïté manifestes. Selon cette approche, la première étape consiste non pas à interpréter les garanties de manière atténuante afin d'éliminer les incohérences, mais à donner un sens logique au régime global en tenant compte de l'impératif constitutionnel d'interpréter de manière téléologique les droits linguistiques de manière à promouvoir les principes d'égalité et de protection des minorités. Il y a bilinguisme institutionnel lorsque des droits sont accordés au public et que des obligations correspondantes sont imposées aux institutions (voir l'arrêt *Beaulac*, par. 20-22). Aucun droit n'est accordé comme tel aux institutions. Toute interprétation de la *LLO* doit tenir compte de ce fait. La véritable question qui se pose en l'espèce est de savoir si l'incohérence manifeste entre les art. 27 et 36 est telle que les obligations institutionnelles reconnues a priori à l'art. 22 doivent *nécessairement* recevoir une interprétation atténuante.

Dans le contexte particulier de la présente affaire, je considère tout à fait incongru qu'une ville bilingue comme Moncton ou une ville comme Saint John, qui est assujettie à des obligations particulières en matière de prestation de services dans les deux langues officielles, soit tenue, aux termes du par. 20(1), d'adopter la langue choisie par la personne accusée d'avoir commis une infraction à un arrêté municipal, et que, selon l'interprétation donnée par la Cour d'appel, elle doive avoir le droit d'adopter une autre langue que celle qu'une partie à une action civile intentée contre elle a choisie conformément à l'art. 22. L'intervenante, l'Union des municipalités du Nouveau-Brunswick, a soutenu qu'il serait plus onéreux pour les municipalités de se conformer à l'art. 22 que de respecter le par. 20(1) du fait que, souvent, les administrations

I do not think this argument is convincing; even if it were, it is hard to understand why the Legislature would impose the much more onerous task of providing bilingual services to a city or municipality and not impose on it the obligations of s. 22 because they are more onerous than those in s. 20(1). More importantly, I do not think the position of the intervener is reflective of a generous approach to interpretation, an approach consistent with the intent to achieve equal access to the courts, and in particular with the principle set out in s. 18 of the *OLA*, which reads:

18 No person shall be placed at a disadvantage by reason of the choice made under section 17.

In fact, the Court of Appeal itself explained that s. 22 was meant to extend the *Charter* rights in s. 19(1) and improve the quality of judicial services, and that it was tied to the objective of respect for linguistic guarantees (para. 30).

As mentioned earlier, the principles of interpretation applicable here are clearly developed in *Beaulac*, a case dealing specifically with the interpretation of a statute creating language rights that exceed those that are mandated by the Constitution. In my view, where the Legislature is extending the protection of minority rights, the Court must not adopt a restrictive interpretation in order to eliminate apparent inconsistencies in the law. It must, rather, search for a meaning consistent with the protection of minorities and the achievement of equal rights for the two official languages and language communities that can be reconciled with the wording of the legislation whenever possible. The pronouncements of this Court at paras. 20 and 24 of *Beaulac* are rather apt in a province where the equality of language communities has been enshrined in the Constitution (see s. 16.1 of the *Charter*).

The objective of protecting official language minorities, as set out in s. 2 of the *Official Languages Act*, is realized by the possibility for all members of the minority to exercise independent, individual rights which are

municipales omettent de faire appel aux services d'un avocat dans les affaires civiles, et que la différence entre les infractions réglementaires et les actions civiles est déterminante quant à l'intention du législateur. Je ne juge pas cet argument convaincant; même s'il l'était, il est difficile de comprendre pourquoi le législateur imposerait à une cité ou à une municipalité la tâche beaucoup plus lourde d'offrir des services bilingues pour ensuite la dispenser des obligations prévues à l'art. 22 pour le motif qu'elles sont plus onéreuses que celles prévues au par. 20(1). Qui plus est, je ne crois pas que la position de l'intervenante reflète une méthode d'interprétation libérale qui soit compatible avec l'intention d'assurer l'égalité d'accès aux tribunaux, et notamment avec le principe énoncé à l'art. 18 *LLO*, qui se lit ainsi :

18 Nul ne peut être défavorisé en raison du choix fait en vertu de l'article 17.

En fait, la Cour d'appel a elle-même expliqué que l'art. 22 était censé accorder les droits garantis par le par. 19(1) de la *Charte* et améliorer la qualité des services judiciaires, et qu'il était lié à l'objectif de respect des garanties linguistiques (par. 30).

38 Comme nous l'avons vu, les principes d'interprétation applicables en l'espèce sont clairement énoncés dans l'arrêt *Beaulac*, lequel portait expressément sur l'interprétation d'une loi créant des droits linguistiques plus étendus que ceux prescrits par la Constitution. À mon avis, lorsque le législateur élargit la protection des droits des minorités, la Cour ne doit pas recourir à une interprétation restrictive pour éliminer les incohérences manifestes de la loi. Elle doit plutôt chercher un sens qui soit compatible avec la protection des minorités et l'égalité des droits entre les deux langues officielles et les communautés linguistiques, et qui soit autant que possible conciliable avec le libellé de la mesure législative. Les propos que la Cour tient aux par. 20 et 24 de l'arrêt *Beaulac* sont plutôt pertinents dans une province où l'égalité des communautés linguistiques est consacrée dans la Constitution (voir l'art. 16.1 de la *Charte*).

L'objectif de protéger les minorités de langue officielle, exprimé à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, est atteint par le fait que tous les membres de la minorité peuvent exercer des droits indépendants et

justified by the existence of the community. Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees; see J. E. Oestreich, "Liberal Theory and Minority Group Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, at p. 112; P. Jones, "Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, at p. 83: "[A] right . . . is conceptually tied to a duty"; and R. Cholewinski, "State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?" (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344.

. . .

The idea that s. 16(3) of the *Charter*, which has formalized the notion of advancement of the objective of equality of the official languages of Canada in the *Jones* case, *supra*, limits the scope of s. 16(1) must also be rejected. This subsection affirms the substantive equality of those constitutional language rights that are in existence at a given time. Section 2 of the *Official Languages Act* has the same effect with regard to rights recognized under that Act. This principle of substantive equality has meaning. It provides in particular that language rights that are institutionally based require government action for their implementation and therefore create obligations for the State; see *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 412; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1038; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 73; *Mahe*, *supra*, at p. 365. It also means that the exercise of language rights must not be considered exceptional, or as something in the nature of a request for an accommodation. . . .

39 This approach invites us to be prudent when interpreting a statute such as the *OLA*. R. Sullivan sums it up well in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 368:

While there is obviously a significant overlap between complying with jurisdictional limits and complying with entrenched constitutional norms, the presumptions associated with these two forms of compliance are grounded in different assumptions and concerns. The point made by the court in *Zundel*, and in numerous

individuels qui sont justifiés par l'existence de la collectivité. Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques; voir J. E. Oestreich, « Liberal Theory and Minority Group Rights » (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, à la p. 112; P. Jones, « Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights » (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, à la p. 83 : [TRADUCTION] « [U]n droit . . . est conceptuellement lié à un devoir » ; et R. Cholewinski, « State Duty Towards Ethnic Minorities : Positive or Negative? » (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344.

. . .

L'idée que le par. 16(3) de la *Charte*, qui a officialisé la notion de progression vers l'égalité des langues officielles du Canada exprimée dans l'arrêt *Jones*, précité, limite la portée du par. 16(1) doit également être rejetée. Ce paragraphe confirme l'égalité réelle des droits linguistiques constitutionnels qui existent à un moment donné. L'article 2 de la *Loi sur les langues officielles* a le même effet quant aux droits reconnus en vertu de cette loi. Ce principe d'égalité réelle a une signification. Il signifie notamment que les droits linguistiques de nature institutionnelle exigent des mesures gouvernementales pour leur mise en œuvre et créent, en conséquence, des obligations pour l'État; voir *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 412; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, à la p. 1038; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 73; *Mahe*, précité, à la p. 365. Il signifie également que l'exercice de droits linguistiques ne doit pas être considéré comme exceptionnel, ni comme une sorte de réponse à une demande d'accommodement. . .

Cette approche nous incite à la prudence dans l'interprétation d'une loi telle que la *LLO*. R. Sullivan résume bien cette idée dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 368 :

[TRADUCTION] Bien qu'il existe, de toute évidence, un chevauchement important entre le respect des limites juridictionnelles et le respect des normes consacrées dans la Constitution, les présomptions liées à ces deux formes de respect reposent sur des préoccupations et des postulats différents. Dans l'arrêt *Zundel* et dans de

other judgments, is that constitutional documents like the Charter set out the norms that are most highly valued in our culture and therefore perform a legitimizing role. For this reason, quite apart from questions of validity or showing deference to the legislature, it is appropriate for courts to prefer interpretations that tend to promote those principles and norms over interpretations that do not. For this reason, too, the presumption of compliance with constitutional values may be relied on even though the validity of the legislation is not at issue. [Footnotes omitted.]

nombreux autres jugements, la cour exprime l'idée que des documents constitutionnels comme la Charte établissent les normes les plus prisées dans notre culture et jouent donc un rôle légitimant. C'est pour cette raison que, indépendamment des questions de validité ou de déférence envers le législateur, il est opportun que les tribunaux privilégient les interprétations qui tendent à promouvoir ces principes et ces normes plutôt que celles qui n'ont pas cet effet. C'est pour cette raison également que la présomption de respect des valeurs constitutionnelles peut être invoquée même si la validité de la mesure législative n'est pas en cause. [Renvois omis.]

This is not to say that the ordinary rules of statutory interpretation have no place. The approach defined in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21-22, continues to guide the Court, but the legislative context and the presumption of *Charter* compliance are particularly important. The Legislature is here implementing a decision subjecting municipalities to language obligations in a quasi-constitutional act which is designed to promote the equality of official languages and official language communities in New Brunswick. This intention is not easily negated because of imperfect drafting. In fact, this Court is very often confronted with inconsistencies and has developed a number of rules to deal with them, but it is clear that it will not be possible in all cases to make sense of the legislation while eliminating all internal inconsistencies (see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 59 (McLachlin J. in dissent); *2747-3174 Québec Inc. v. Quebec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at paras. 158-59; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031, at para. 48). 40

Cela ne signifie pas que les règles ordinaires d'interprétation législative n'ont pas leur place. L'approche énoncée dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21-22, continue de guider la Cour, mais le contexte législatif et la présomption de respect de la *Charte* revêtent une importance particulière. En l'espèce, le législateur donne suite à une décision qui assujettit les municipalités aux obligations linguistiques prévues par une loi quasi constitutionnelle destinée à promouvoir l'égalité des langues officielles et des communautés linguistiques officielles du Nouveau-Brunswick. Il n'est pas facile d'écarter cette intention à cause d'une qualité de rédaction imparfaite. En fait, notre Cour a établi un certain nombre de règles pour remédier aux incohérences auxquelles elle se heurte très souvent, mais il est clair qu'il ne sera pas toujours possible de donner un sens logique à la loi et d'en éliminer du même coup toutes les incohérences internes (voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 59 (la juge McLachlin, dissidente); *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 158-159; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031, par. 48).

In *Beaulac*, this Court clearly stated that in the context of institutional bilingualism, language provisions should not be read as creating accommodation or privileges, but as creating positive rights giving rise to a duty to provide the means for their implementation (para. 24). The Court said, at para. 22: "Where institutional bilingualism in the courts is provided for, it refers to equal access to services of equal quality for members of both official language communities in Canada." Obviously, this will apply only once the rights are recognized, but 41

Dans l'arrêt *Beaulac*, la Cour a clairement dit que, dans le contexte du bilinguisme institutionnel, les dispositions linguistiques doivent être considérées non pas comme une source d'accommodements ou de privilèges, mais comme créant des droits positifs qui génèrent un devoir d'offrir les moyens de les exercer (par. 24). La Cour a dit, au par. 22 : « Quand on instaure le bilinguisme institutionnel dans les tribunaux, il s'agit de l'accès égal à des services de qualité égale pour les membres des collectivités des deux langues officielles au Canada. »

the interpretative rule is by its very nature inconsistent with the approach suggested by the Union of Municipalities of New Brunswick and the City of Saint John. The Court must be guided by the need to give meaning to institutional bilingualism.

42 If a municipality is an "institution", presumptively, can that presumption be refuted because of the apparent internal inconsistencies in the *OLA*? The Court of Appeal gave a positive answer to that question. With due respect, in doing this, the Court of Appeal seemed to abandon the approach mandated by *Beaulac* and simply adopt the interpretation most likely to eliminate inconsistencies, this result being achieved by applying the unity of expression rule without due regard for the nature of the *OLA*. This approach is not appropriate for a number of reasons: first, because the legislative context is always a major consideration in the interpretation of a statute; second, because this approach limits the internal consistency rule to the need for uniformity of expression; third, because it overvalues the rule, which is only a presumption, one "which is not of much weight" according to Fauteux J. in *Sommers v. The Queen*, [1959] S.C.R. 678, at p. 685. P.-A. Côté explains in *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 333:

> The value of this presumption is mitigated because it assumes a level of drafting, which, in reality, is not always attained. . . . The principle's weight varies according to the care with which a statute appears to have been drafted. [Footnotes omitted.]

And later adds (at p. 334):

> This presumption is used primarily to indicate a term's probable meaning. As with all interpretation, the true meaning can only be established by considering the context . . . .

This said, I will later demonstrate that a better approach was available.

De toute évidence, cela ne vaut qu'une fois que les droits sont reconnus, mais la règle d'interprétation est, de par sa nature même, incompatible avec l'approche préconisée par l'Union des municipalités du Nouveau-Brunswick et la Ville de Saint John. La Cour doit être guidée par la nécessité de donner un sens au bilinguisme institutionnel.

Si l'on présume qu'une municipalité est une « institution », cette présomption peut-elle être réfutée en raison des incohérences internes manifestes de la *LLO*? La Cour d'appel a répondu à cette question par l'affirmative. En toute déférence, j'estime que, ce faisant, la Cour d'appel semble avoir délaissé la méthode dictée par l'arrêt *Beaulac* et avoir simplement adopté l'interprétation la plus susceptible d'éliminer les incohérences, résultat auquel elle est parvenue en appliquant la règle de l'uniformité d'expression sans dûment tenir compte de la nature de la *LLO*. Cette interprétation est inappropriée pour un certain nombre de raisons : premièrement, parce que le contexte législatif est toujours un facteur important pour interpréter une loi; deuxièmement, parce que cette interprétation limite la règle de la cohérence interne au besoin d'uniformité d'expression; troisièmement, parce qu'elle surestime cette règle, qui ne constitue qu'une présomption, une présomption [TRADUCTION] « qui n'a pas beaucoup de poids », selon le juge Fauteux dans l'arrêt *Sommers c. The Queen*, [1959] R.C.S. 678, p. 685. Dans son ouvrage intitulé *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 421, P.-A. Côté explique ce qui suit :

> Cette présomption est faible d'abord parce qu'elle présuppose un niveau de qualité dans la rédaction qui, de toute évidence, n'est pas toujours atteint. [. . .] Le sentiment que le texte examiné a été rédigé avec plus ou moins de soin contribuera donc à donner plus ou moins d'autorité au principe. [Renvois omis.]

Et il ajoute par la suite (p. 422) :

> Cette présomption a donc pour principale utilité d'attirer l'attention sur une probabilité de sens : comme dans tous les cas, c'est le contexte global qui devra être pris en considération pour établir le sens véritable . . .

Cela dit, je démontrerai plus loin qu'une meilleure interprétation était possible.

During the hearing, counsel were asked whether ss. 27 and 36 were necessarily in conflict, i.e. whether they were referable to identical obligations and rights. I asked counsel of both sides whether s. 27 could be read as creating a right to require a service in the language of choice and obtain a response and service in that language, while s. 36 dealt with the duty of municipalities to actively offer a number of services specified in regulations, in both official languages, independently of any demand or request. The AJEFNB was not convinced that this was a possibility because it was of the view that s. 28 required that services be actively offered in the language of choice; it also noted that the overlap in s. 29, dealing with the publication of postings, publications and documents intended for the general public, would remain. The better solution would be to read specific sections dealing with municipalities, policing services, health services and planning and solid waste commissions as exceptions to the general provisions regarding communication with the public, in spite of the fact that not all of these specific sections refer directly to the meaning of the word "institution".

43 Pendant l'audience, la Cour a demandé aux avocats si les art. 27 et 36 entraient nécessairement en conflit, c'est-à-dire s'ils renvoyaient à des obligations et à des droits identiques. J'ai demandé aux avocats des deux parties s'il était possible de considérer que l'art. 27 crée un droit d'exiger un service dans la langue de son choix et d'obtenir une réponse et un service dans cette langue, alors que l'art. 36 imposait aux municipalités, indépendamment de toute demande, l'obligation d'offrir activement dans les deux langues officielles un certain nombre de services prescrits par règlement. L'AJEFNB n'était pas convaincue de cette possibilité parce qu'elle considérait que l'art. 28 exige que les services soient offerts activement dans la langue choisie; elle a également fait observer que le recoupement à l'art. 29, qui traite de l'affichage public et des autres publications et communications destinées au public, continuerait d'exister. La meilleure solution serait de considérer que, bien qu'elles ne mentionnent pas toutes directement le sens du mot « institution », les dispositions particulières touchant les municipalités, les services de police, les services de santé et les commissions d'aménagement et commissions de gestion des déchets solides constituent des exceptions aux dispositions générales relatives à la communication avec le public.

Policing services have already been defined as institutions of the government in *R. v. Gautreau* (1989), 101 N.B.R. (2d) 1 (Q.B.), overturned on other grounds in (1990), 109 N.B.R. (2d) 54 (C.A.), and *R. v. Haché* (1993), 139 N.B.R. (2d) 81 (C.A.). There also appears to be no need to read down the obligations resulting from that interpretation in order to implement s. 31 of the *OLA*; in fact, s. 32 affirms this. Health services are dealt with in s. 33. Section 33(1) extends the definition of "institution" in that case. As noted earlier, s. 4 restricts the meaning of "institution" with regard to educational and cultural institutions, in conformity with s. 16.1 of the *Charter*. In my view, the above provisions are a clear indication that the definition of "institution" in s. 1 must be wide and comprehensive. There is no clear reason to believe it should be more restrictive than the definition given by the Court of Appeal in *Charlebois*, in 2001. The respondent alluded to the fact that the legislation of

44 Les services de police ont déjà été décrits comme étant des institutions du gouvernement dans la décision *R. c. Gautreau* (1989), 101 R.N.-B. (2e) 1 (B.R.), infirmée pour d'autres motifs à (1990), 109 R.N.-B. (2e) 54 (C.A.), et l'arrêt *R. c. Haché* (1993), 139 R.N.-B. (2e) 81 (C.A.). Pour appliquer l'art. 31 *LLO*, il ne semble pas nécessaire non plus d'interpréter de manière atténuante les obligations résultant de cette interprétation; en réalité, c'est ce que confirme l'art. 32. Les services de santé sont visés par l'art. 33. Le paragraphe 33(1) élargit la définition du mot « institution » dans ce cas. Comme je l'ai déjà souligné, l'art. 4 restreint le sens du mot « institution » en ce qui concerne les institutions d'enseignement et les institutions culturelles, et ce, conformément à l'art. 16.1 de la *Charte*. À mon avis, les dispositions susmentionnées indiquent clairement que la définition du mot « institution » à l'art. 1 doit être large et exhaustive. Rien ne permet clairement de croire que cette définition

the Northwest Territories and Nunavut specifically exempts municipalities; Ontario also exempts municipalities expressly. In my view, this only goes to show that the word "institution" would normally apply to municipalities.

45 The difficulty, of course, is in the fact that the section dealing with municipalities (the same is true of the section dealing with planning commissions and solid waste commissions) does not specifically say that the word "institution" must be varied in order to avoid a conflict between ss. 27 to 29, which are of general application, and s. 36, which is specific to municipalities and cities. The same is true of ss. 15 and 35, these sections dealing with the publication of legislative instruments.

3.2 *Resolving the Inconsistencies*

46 The question before us therefore is whether the section dealing with municipalities can simply be read as providing for an exception to the general provisions creating obligations that are inconsistent. This inference would be drawn from the general legislative context. Under this approach, it would be accepted that the definition of "institution" is the one corresponding to that given in 2001 by the Court of Appeal, which reflects the constitutional obligations of New Brunswick and the intention declared in the preamble of the *OLA*, but that general obligations and rights under the *OLA* are subject to the discrete rights described in sections dealing with specific institutions. Only where a conflict between the general and the specific is encountered would the general obligations be set aside. This is the approach suggested in particular by the AJEFNB. I think this view is correct for a number of reasons. First, general expressions must be interpreted contextually. Côté writes, at p. 311:

> Very general expressions are particularly sensitive to their legal environment. As sweeping as the terms

devrait être plus restrictive que celle donnée, en 2001, par la Cour d'appel dans l'arrêt *Charlebois*. L'intimée a évoqué le fait que la loi des Territoires du Nord-Ouest et du Nunavut exclut expressément les municipalités; l'Ontario aussi exclut expressément les municipalités. Selon moi, cela démontre simplement que le mot « institution » viserait normalement les municipalités.

La difficulté tient évidemment au fait que la disposition touchant les municipalités (cela vaut aussi pour la disposition concernant les commissions d'aménagement et les commissions de gestion des déchets solides) ne précise pas que le sens du mot « institution » doit être modifié afin d'éviter un conflit entre les art. 27 à 29, qui sont d'application générale, et l'art. 36, qui porte sur les municipalités et cités. Il en va de même pour les art. 15 et 35 qui traitent de la publication des instruments législatifs.

3.2 *Remédier aux incohérences*

La question à laquelle nous devons répondre est donc de savoir si la disposition concernant les municipalités peut simplement être considérée comme établissant une exception aux dispositions générales qui créent des obligations incompatibles. Cette inférence découlerait du contexte législatif général. Suivant cette interprétation, on reconnaîtrait que la définition du mot « institution » correspond à celle donnée en 2001 par la Cour d'appel, laquelle reflète les obligations constitutionnelles du Nouveau-Brunswick et l'intention déclarée dans le préambule de la *LLO*, mais que les obligations générales et les droits prévus dans la *LLO* sont subordonnés aux droits distincts énoncés dans les dispositions touchant certaines institutions. Ce n'est qu'en cas de conflit entre la disposition générale et la disposition particulière que les obligations générales seraient écartées. Telle est l'interprétation que préconise notamment l'AJEFNB. J'estime que ce point de vue est juste pour un certain nombre de raisons. Premièrement, les expressions générales doivent recevoir une interprétation contextuelle. Côté écrit ceci, à la p. 392 :

> Les expressions générales sont particulièrement sensibles à l'influence de leur environnement légal.

may be, harmony of the text may dictate an interpretation that limits their scope.

He continues, at pp. 312-13:

> In order to give an effect to special provisions, it is often necessary to interpret general provisions so as to exclude the situations dealt with in the specific texts. . . .
>
> A special provision in conflict with a general one will be interpreted as an exception to the general one: *specialia generalibus derogant*. In the event of conflict, the specific provision takes precedence.
>
> The following comments by Justice Romilly from *Pretty v. Solly* [(1859), 26 Beav. 606, at p. 610, 53 E.R. 1032, at p. 1034] are often quoted:
>
> > The general rules which are applicable to particular and general enactments in statutes are very clear, the only difficulty is in their application. The rule is that wherever there is a particular enactment and a general enactment in the same statute, and the latter, taken in its most comprehensive sense, would overrule the former, the particular enactment must be operative, and the general enactment must be taken to affect only the other parts of the statute to which it may properly apply.

Under this approach, the court should favour restricting all obligations of municipalities and cities with regard to communications and services to the public, as well as the publication of by-laws, to those set out in ss. 35 and 36 of the *OLA*. The reading down of the general provision itself, by reducing the scope of its defining term, is not seen as an option at all. But that is not the approach advocated by the respondent. Its approach is based on the fact that municipalities are defined separately from "institutions" in s. 1; this would tend to show that the Legislature did not intend to adopt the definition of "institution" imposed by the Court of Appeal in 2001. The second reason for adopting this approach is that ss. 35 and 36 are a complete code of parallel rules for municipalities and cities. One problem with the last argument is that municipalities and

Premièrement, quelque généraux que soient les termes employés par le législateur, les exigences de cohérence et d'harmonie interne du texte pourront justifier la restriction de la portée de ces expressions.

Il ajoute, aux p. 393-394 :

> Pour donner un effet à des dispositions spéciales d'une loi, il faut souvent interpréter une disposition générale comme excluant les cas couverts par les textes spécifiques. . .
>
> Une disposition spéciale qui entre en conflit avec une disposition générale sera interprétée comme une exception à la disposition générale : *specialia generalibus derogant*. En cas de conflit, c'est la disposition spécifique qui l'emporte.
>
> On cite souvent, à ce sujet, l'extrait suivant du jugement du juge Romilly dans *Pretty c. Solly* [(1859) 26 Beav. 606, p. 610, 53 E.R. 1032, p. 1034] :
>
> > « Les règles générales qui s'appliquent aux rapports entre les dispositions spéciales et les dispositions générales d'une loi sont très claires, la seule difficulté se trouve dans leur application. Selon la règle, si une loi contient une disposition spéciale et une disposition générale et que cette dernière, entendue dans son sens le plus large, contrecarre la première, il faut que la disposition spéciale produise ses effets, et la disposition générale doit être considérée comme limitée aux autres parties de la loi auxquelles elle peut s'appliquer convenablement. »

47 Suivant cette approche, les tribunaux devraient privilégier la restriction de toutes les obligations incombant aux municipalités et aux cités en matière de communication et de services au public, ainsi que de publication d'arrêtés municipaux, à celles prévues aux art. 35 et 36 *LLO*. L'interprétation atténuante de la disposition générale elle-même, par la réduction de la portée de son terme définitoire, n'est pas du tout considérée comme une solution valable. Cependant, telle n'est pas la solution préconisée par l'intimée. Son approche repose sur le fait que les municipalités sont définies séparément des « institutions » à l'art. 1, ce qui tend à démontrer que le législateur n'avait pas l'intention d'adopter la définition du mot « institution » prescrite par la Cour d'appel en 2001. La deuxième raison pour laquelle il conviendrait d'adopter cette approche est

cities are clearly under the obligation to adopt the language of an accused person in proceedings conducted under the terms of s. 20(1).

48 It is also important to note that any argument based on the fact that a section of the *OLA* constitutes a complete code would have to meet the argument that ss. 17 to 23 dealing with the administration of justice would also be said to constitute such a code and that there is no indication in the language of those sections that the word "institution" must be read down to ensure their application. The application of s. 22 to municipalities and cities would create no conflict with other sections of the *OLA*.

49 This reality could not have escaped the careful analysis of the Court of Appeal, obviously. It simply refused to adopt the approach described above because it felt compelled to give full effect to the internal consistency rule which required, in its view, that the word "institution" bear the same meaning throughout the *OLA*, i.e. in ss. 27 and 36 in particular. With all due respect, I believe this approach is too formalistic, as just demonstrated, and surely in conflict with the rules of interpretation applicable to language rights. I also think the Court of Appeal overlooked the fact that commissions are specifically defined as "institutions" in s. 1 of the *OLA*, but are nevertheless addressed separately in ss. 39 to 41. This would tend to show that there is no reason to conclude that municipalities cannot be included in the definition of "institutions" because their obligations are addressed in a separate part of the *OLA*.

50 The normal rules of statutory interpretation provide for a contextual approach. One major factor to be considered in the present appeal is the proposition that the Legislature's intention is to implement the rights defined in the *Charter* as interpreted by the Court of Appeal in 2001, and that it wants to

que les art. 35 et 36 constituent un code complet de règles parallèles applicables aux municipalités et aux cités. Un problème que pose ce dernier argument réside dans le fait que les municipalités et les cités sont clairement tenues d'adopter la langue choisie par la personne accusée dans une instance fondée sur le par. 20(1).

Il importe également de souligner que tout argument reposant sur le fait qu'une disposition de la *LLO* constitue un code complet se heurterait à l'argument selon lequel les art. 17 à 23 relatifs à l'administration de la justice sont également censés constituer un tel code et que le libellé de ces dispositions n'indique pas que le mot « institution » doit recevoir une interprétation atténuante pour qu'elles puissent s'appliquer. L'application de l'art. 22 aux municipalités et aux cités n'engendrerait aucun conflit avec les autres dispositions de la *LLO*.

De toute évidence, cette réalité n'aurait pas pu échapper à l'analyse attentive de la Cour d'appel. Cette dernière a simplement refusé d'adopter l'approche décrite plus haut parce qu'elle se sentait obligée de donner plein effet à la règle de la cohérence interne qui exigeait, selon elle, que le mot « institution » ait le même sens partout dans la *LLO*, et notamment aux art. 27 et 36. En toute déférence, je crois que cette approche est, comme je viens de le démontrer, trop formaliste et qu'elle entre assurément en conflit avec les règles d'interprétation applicables aux droits linguistiques. Je crois également que la Cour d'appel n'a pas tenu compte du fait que les commissions sont expressément définies comme étant des institutions à l'art. 1 de la *LLO*, mais qu'elles sont néanmoins abordées séparément aux art. 39 à 41. Cela tend à démontrer que rien ne permet de conclure que les municipalités ne peuvent pas être incluses dans la définition du mot « institution » du fait que leurs obligations sont traitées dans une autre partie de la *LLO*.

Les règles normales d'interprétation législative prescrivent une méthode contextuelle. Un élément important à considérer dans le présent pourvoi est la proposition selon laquelle le législateur entend mettre en œuvre les droits prévus par la *Charte*, tels qu'ils ont été interprétés par la Cour d'appel en

extend the minimum constitutional protections in the spirit of s. 16(3) of the *Charter*. The Court must therefore favour the extension of rights and obligations and acknowledge that general obligations must be limited, for specific institutions, only where such limitations are clearly spelled out, as in s. 4, or implicitly spelled out, as in the case where there is a conflict between general and specific provision, as for ss. 27 to 29 and 36. But there is no valid reason to limit obligations under s. 22 by reading down the definition of the term "institution" when there is no direct conflict between ss. 22 and 36. In reality, a restrictive approach to interpretation, founded solely on the rule of uniformity of expression, applied mechanically, cannot be responsive to the legislative intent revealed by the preamble of the *OLA* and the simple fact that the government has decided to implement the 2001 decision in *Charlebois* defining the term "institution" rather than to lodge an appeal before this Court. Reading down the definition of "institution" is not only unnecessary, it is also contrary to principle. The AJEFNB suggests that ss. 27, 28 and 36 can be read together so that all municipalities be required to respond to a communication, this obligation not being one specified in s. 36, but that only those municipalities required to provide services under s. 36 be subject to the obligation regarding services in ss. 27 and 28. This, says the AJEFNB, is a better method for applying the rule of internal consistency. I agree. Internal consistency is not only about uniformity of expression; it is mostly interested in coherence of the *OLA* with regard to its objects and its effects.

2001, et élargir les garanties constitutionnelles minimales conformément à l'esprit du par. 16(3) de la *Charte*. La Cour doit donc favoriser l'élargissement des droits et obligations et reconnaître qu'en ce qui concerne certaines institutions les obligations générales ne doivent être limitées que si ces limites sont clairement prescrites, comme à l'art. 4, ou si elles sont implicites, comme dans le cas où il y a conflit entre une disposition générale et une disposition particulière, notamment entre les art. 27 à 29 et l'art. 36. Toutefois, il n'y a aucune raison valable de limiter les obligations prévues à l'art. 22 en interprétant de manière atténuante la définition du mot « institution » alors qu'il n'y a aucun conflit direct entre les art. 22 et 36. En réalité, une interprétation restrictive fondée uniquement sur une application mécanique de la règle de l'uniformité d'expression ne tient compte ni de l'intention du législateur qui ressort du préambule de la *LLO*, ni du simple fait que le gouvernement a décidé de donner suite à la décision *Charlebois* de 2001 qui définit le mot « institution », au lieu de se pourvoir devant notre Cour. Non seulement il n'est pas nécessaire d'interpréter de façon atténuante la définition du mot « institution », mais encore il serait contraire aux principes de le faire. Selon l'AJEFNB, il est possible de lire ensemble les art. 27, 28 et 36 de telle sorte que toutes les municipalités soient tenues de répondre à une communication, cette obligation n'étant pas prévue à l'art. 36, mais que seules les municipalités tenues d'offrir les services prévus à l'art. 36 soient assujetties à l'obligation relative aux services imposée par les art. 27 et 28. L'AJEFNB affirme que c'est le meilleur moyen d'appliquer la règle de la cohérence interne. Je suis d'accord. La cohérence interne ne se limite pas à l'uniformité d'expression; cette règle vise surtout à garantir la cohérence des objets et des effets de la *LLO*.

One last point I wish to address is the one relating to s. 37 and the power of a municipality to declare itself bound by the provisions of the *OLA*. The respondent argued that by referring to other sections of the *OLA* and not to s. 36, the Legislature impliedly decided that s. 22 did not apply to municipalities. This argument is untenable in light of the fact that s. 37 mentions municipalities but not cities, as in the case of ss. 35 and 36. The only

51 Je tiens à examiner une dernière question, celle de l'art. 37 et du pouvoir d'une municipalité de se déclarer liée par les dispositions de la *LLO*. L'intimée a soutenu qu'en mentionnant d'autres dispositions de la *LLO* et non l'art. 36, le législateur a décidé implicitement que l'art. 22 ne s'appliquait pas aux municipalités. Cet argument est insoutenable compte tenu du fait que l'art. 37 mentionne les municipalités, mais non les cités comme le font les

realistic inference is that cities are excluded from s. 37 because they are already bound by ss. 35 and 36. The last words of s. 37 also refer to the need to interpret the section in light of the objective of promoting the equality of official languages.

3.3 *Conclusion*

52 To conclude on this issue, I would simply say that institutional bilingualism was clearly meant to apply to all "institutions" and that a limitation on the general rights specified in the *OLA* must be recognized only when it is necessary in order to ensure the proper implementation of the *OLA*. In the present case, there is no necessity of limiting the scope of s. 22 dealing with the administration of justice. Difficulties arising in the application of other parts of the *OLA* can be resolved because there are, in all cases of conflict, either direct or indirect indications of legislative intention to limit the application of some general provisions either in furtherance of s. 1 of the *Charter* or because of a political decision to limit the extension of rights beyond the constitutionally prescribed minimum.

4. The Scope of Section 22

53 As mentioned earlier in these reasons, the Court is also asked to define the scope of s. 22 rights. The specific question asked is whether the words "oral or written pleadings" and "processes" extend to evidence and authorities cited. I agree with the Court of Appeal that the above terms do not include evidence tendered in the course of a proceeding, whether it be in the form of an affidavit or not. Similarly, there is no obligation to translate case law cited or incorporated in a book of authorities.

54 Although the quasi-constitutional status of the *OLA* requires a purposeful and generous interpretation, there is here no basis for imputing to the Legislature the intention to extend the definition of the terms used in furtherance of s. 16(3) of the

art. 35 et 36. La seule inférence réaliste veut que les cités soient exclues de l'art. 37 parce qu'elles sont déjà liées par les art. 35 et 36. Les derniers mots de l'art. 37 font également état de la nécessité d'interpréter la disposition à la lumière de l'objectif de promotion de l'égalité des langues officielles.

3.3 *Conclusion*

Pour conclure à ce sujet, je dirais simplement que le bilinguisme institutionnel était nettement censé s'appliquer à toutes les « institutions » et qu'une restriction des droits généraux mentionnés dans la *LLO* ne doit être reconnue que si elle est nécessaire pour bien appliquer la *LLO*. Dans la présente affaire, il n'est pas nécessaire de limiter la portée de l'art. 22 qui traite de l'administration de la justice. Les difficultés découlant de l'application d'autres parties de la *LLO* peuvent être résolues parce qu'il y a, dans tous les cas de conflit, des éléments qui indiquent directement ou indirectement l'intention du législateur de restreindre l'application de certaines dispositions générales afin de respecter l'article premier de la *Charte* ou en raison d'une décision politique de limiter l'élargissement des droits au-delà du minimum constitutionnellement prescrit.

4. La portée de l'art. 22

Comme je l'ai déjà mentionné dans les présents motifs, la Cour est également appelée à délimiter la portée des droits conférés par l'art. 22. La question précise qui lui a été posée est de savoir si les expressions « plaidoiries orales et écrites » et « actes de procédure » visent les éléments de preuve ainsi que la jurisprudence et la doctrine citées. Je conviens avec la Cour d'appel que les expressions susmentionnées n'incluent pas les éléments de preuve produits en cours d'instance, que ce soit ou non sous la forme d'un affidavit. De même, rien n'oblige à traduire la jurisprudence citée ou incorporée dans un recueil de jurisprudence et de doctrine.

Bien que le statut quasi constitutionnel de la *LLO* commande une interprétation téléologique et libérale, rien ne justifie de prêter au législateur l'intention d'élargir la définition des termes utilisés afin de respecter le par. 16(3) de la *Charte*. Au contraire,

Charter. On the contrary, there is every reason to believe that the Legislature was conscious of the distinction between language rights and the right to a fair trial, and the distinction noted earlier in these reasons between the use of one's official language in pleadings on one part, and communications with government offices under s. 20(1) of the *Charter* on the other. Another important factor is that the terms "pleadings" and "process" are clearly defined in dictionaries (see H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3e éd. 2004), at p. 433 ("*plaidoirie*"); *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), at pp. 1191 and 1241-42) and case law (*MacDonald v. Montreal (City)*, [1986] 1 S.C.R. 460, at p. 514 (Wilson J., in dissent, but on a different point)). Any intention to depart from these definitions would have to be clearly expressed.

tout porte à croire que le législateur était conscient de la différence entre les droits linguistiques et le droit à un procès équitable, et de celle, mentionnée plus haut dans les présents motifs, entre l'emploi de la langue officielle d'une personne dans les plaidoiries, d'une part, et dans les communications avec les bureaux du gouvernement visées au par. 20(1) de la *Charte*, d'autre part. Un autre facteur important est le fait que les termes « plaidoirie » et « acte de procédure » sont clairement définis dans les dictionnaires (voir H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3e éd. 2004), p. 433; *Black's Law Dictionary* (8e éd. 2004), p. 1191 et 1241-1242 (« *pleadings* », « *process* ») et la jurisprudence (*MacDonald c. Montréal (Ville)*, [1986] 1 R.C.S. 460, p. 514 (la juge Wilson, dissidente mais sur un autre point)). Toute intention de s'écarter de ces définitions devrait être clairement exprimée.

Section 20 has been given a wider scope than s. 19. I agree with the intervener the Attorney General of Canada where he says, at para. 26 of his factum: "As subsection 19(2) of the *Charter* provides counsel representing the government party the constitutional right to use the official language of his or her choice, the institutional duty imposed by section 22 of the [*OLA*] cannot be the expression of subsection 19(2) of the *Charter*." This is consistent with the terms used in the *Rules of Court of New Brunswick* (see N.B. Reg. 82-73, rule 27.06(1)) and decisions pertaining to the regime applicable in criminal matters (see *R. v. Potvin* (2004), 69 O.R. (3d) 641 (C.A.), at paras. 38-39; *R. v. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 116 (C.A.), at p. 132).

55 On a donné une portée plus large à l'art. 20 qu'à l'art. 19. Je suis d'accord avec l'intervenant, le procureur général du Canada, lorsqu'il affirme, au par. 26 de son mémoire : « Puisque le par. 19(2) de la *Charte* prévoit le droit constitutionnel du procureur représentant la partie gouvernementale de s'exprimer dans la langue officielle de son choix, l'obligation institutionnelle qu'impose l'article 22 de la [*LLO*] à la partie gouvernementale ne peut être considérée comme l'expression du par. 19(2) de la *Charte*. » Cette affirmation est compatible avec les termes employés dans les *Règles de procédure du Nouveau-Brunswick* (voir Règl. du N.-B. 82-73, par. 27.06(1)) et dans les décisions relatives au régime applicable en matière criminelle (voir les arrêts *R. c. Potvin* (2004), 69 O.R. (3d) 654 (C.A.), par. 38-39, et *R. c. Simard* (1995), 27 O.R. (3d) 97 (C.A.), p. 113).

5. Disposition

5. Dispositif

For the above reasons, the appeal is allowed in part. Section 22 of the *OLA* is declared to be applicable to municipalities and cities. The decision of the Court of Appeal regarding the scope of s. 22 is affirmed. Costs in all courts are awarded to the appellant Mario Charlebois. Costs in this Court are also awarded to the AJEFNB.

56 Pour les motifs susmentionnés, le pourvoi est accueilli en partie. L'article 22 *LLO* est déclaré applicable aux municipalités et aux cités. La décision de la Cour d'appel concernant la portée de l'art. 22 est confirmée. L'appelant Mario Charlebois a droit à ses dépens dans toutes les cours. L'AJEFNB a également droit à ses dépens devant notre Cour.

APPENDIX

Relevant Constitutional and Legislative Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

16. . . .

(2) English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the legislature and government of New Brunswick.

(3) Nothing in this Charter limits the authority of Parliament or a legislature to advance the equality of status or use of English and French.

16.1. (1) The English linguistic community and the French linguistic community in New Brunswick have equality of status and equal rights and privileges, including the right to distinct educational institutions and such distinct cultural institutions as are necessary for the preservation and promotion of those communities.

(2) The role of the legislature and government of New Brunswick to preserve and promote the status, rights and privileges referred to in subsection (1) is affirmed.

17. . . .

(2) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of the legislature of New Brunswick.

18. . . .

(2) The statutes, records and journals of the legislature of New Brunswick shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

19. . . .

(2) Either English or French may be used by any person in, or in any pleading in or process issuing from, any court of New Brunswick.

ANNEXE

Dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

16. . . .

(2) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick.

(3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

16.1 (1) La communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux, notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion.

(2) Le rôle de la législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick de protéger et de promouvoir le statut, les droits et les privilèges visés au paragraphe (1) est confirmé.

17. . . .

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

18. . . .

(2) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

19. . . .

(2) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

20. . . .

(2) Any member of the public in New Brunswick has the right to communicate with, and to receive available services from, any office of an institution of the legislature or government of New Brunswick in English or French.

Official Languages Act, S.N.B. 2002, c. O-0.5

WHEREAS the Constitution of Canada provides that English and French are the official languages of New Brunswick and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Legislature and Government of New Brunswick;

AND WHEREAS the Constitution of Canada confers upon the public, in New Brunswick, the right to use English or French in the Legislature and in the courts of New Brunswick, as well as to have access to the laws of New Brunswick in both official languages;

AND WHEREAS the Constitution of Canada also provides for the right of any member of the public to communicate with and to receive available services from any office of an institution of the Legislature or Government of New Brunswick in either official language;

AND WHEREAS the Constitution of Canada also recognizes that the English linguistic community and the French linguistic community in New Brunswick have equality of status and equal rights and privileges, including the right to distinct educational institutions and such distinct cultural institutions as are necessary for the preservation and promotion of those communities;

AND WHEREAS the Constitution of Canada affirms, with respect to both official languages, the authority of the Legislature and Government of New Brunswick to advance the status, rights and privileges set out therein;

AND WHEREAS New Brunswick is committed to enacting an Official Languages Act that respects the rights conferred by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and allows the Legislature and the Government to fulfill their obligations under the *Charter*;

NOW, THEREFORE, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Legislative Assembly, enacts as follows:

20. . . .

(2) Le public a, au Nouveau-Brunswick, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec tout bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ou pour en recevoir les services.

Loi sur les langues officielles, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5

ATTENDU QUE la Constitution canadienne dispose que le français et l'anglais sont les langues officielles du Nouveau-Brunswick et qu'ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans toutes les institutions de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick;

Qu'elle confère au public, au Nouveau-Brunswick, le droit à l'usage du français et de l'anglais à la Législature et devant les tribunaux au Nouveau-Brunswick ainsi que l'accès aux lois de la province dans les langues officielles;

Qu'elle prévoit, en outre, que le public a droit à l'emploi de l'une ou l'autre des langues officielles pour communiquer avec tout bureau des institutions de la Législature ou du gouvernement du Nouveau-Brunswick ou pour en recevoir les services;

Qu'elle reconnaît également que la communauté linguistique française et que la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux dont notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion;

Qu'elle confirme, en matière de langues officielles, le pouvoir de la Législature et du gouvernement du Nouveau-Brunswick de favoriser la progression vers l'égalité du statut, des droits et des privilèges qui y sont énoncés;

Il convient donc que le Nouveau-Brunswick adopte une *Loi sur les langues officielles* qui respecte les droits conférés par la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui permet à la Législature et au gouvernement de réaliser leurs obligations au sens de la *Charte*;

À CES CAUSES, Sa Majesté, de l'avis et du consentement de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, décrète:

Definitions

1 In this Act

"city" means a city within the meaning of section 16 of the *Municipalities Act*; (« *cité* »)

. . .

"institution" means an institution of the Legislative Assembly or the Government of New Brunswick, the courts, any board, commission or council, or other body or office, established to perform a governmental function by or pursuant to an Act of the Legislature or by or under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, a department of the Government of New Brunswick, a Crown corporation established by or pursuant to an Act of the Legislature or any other body that is specified by an Act of the Legislature to be an agent of Her Majesty in right of the Province or to be subject to the direction of the Lieutenant-Governor in Council or a minister of the Crown; (« *institution* »)

. . .

"municipality" means a municipality within the meaning of section 1 of the *Municipalities Act*; (« *municipalité* »)

. . .

Interpretation

. . .

3(1) No act, or regulation under it, other than this Act, shall be interpreted so as to repeal, limit or contravene a provision of this Act and, in case of conflict, this Act prevails.

. . .

Legislative and other instruments

. . .

15 Notices, announcements and other documents required to be published under this Act or any other Act

Définitions

1 Dans la présente loi

. . .

« cité » désigne une cité au sens de l'article 16 de la *Loi sur les municipalités*; ("*city*")

. . .

« institution » désigne les institutions de l'Assemblée législative et du gouvernement du Nouveau-Brunswick, les tribunaux, tout organisme, bureau, commission, conseil, office ou autre créés afin d'exercer des fonctions de l'État sous le régime d'une loi provinciale ou en vertu des attributions du lieutenant gouverneur en conseil, les ministères, les Sociétés de la Couronne créées sous le régime d'une loi provinciale et tout autre organisme désigné à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou placé sous le contrôle du lieutenant-gouverneur en conseil ou d'un ministre provincial; ("*institution*")

. . .

« municipalité » désigne une municipalité au sens de l'article 1 de la *Loi sur les municipalités*; ("*municipality*")

. . .

Interprétation

. . .

3(1) Toute loi ou ses règlements d'application, autre que la présente loi, ne peuvent être interprétés de manière à supprimer, restreindre ou enfreindre une disposition de la présente loi et, en cas de conflit, la présente loi l'emporte.

. . .

Actes législatifs et autres

. . .

15 Les avis, pièces ou documents dont la présente loi ou toute autre loi exige la publication par la province ou

by the Province or its institutions shall be printed and published in both official languages.

The administration of justice

. . .

22 Where Her Majesty in right of the Province or an institution is a party to civil proceedings before a court, Her Majesty or the institution concerned shall use, in any oral or written pleadings or any process issuing from a court, the official language chosen by the other party.

. . .

Communication with the public

27 Members of the public have the right to communicate with any institution and to receive its services in the official language of their choice.

28 An institution shall ensure that members of the public are able to communicate with and to receive its services in the official language of their choice.

28.1 An institution shall ensure that appropriate measures are taken to make it known to members of the public that its services are available in the official language of their choice.

29 Institutions shall publish all postings, publications and documents intended for the general public in both official languages.

. . .

Municipalities

35(1) A municipality whose official language minority population represents at least 20% of its total population is required to adopt and publish its by-laws in both official languages.

35(2) A city is required to adopt and publish its by-laws in both official languages irrespective of the percentage required under subsection (1).

35(3) A municipality or city to which subsection (1) or (2) applies that adopts a new by-law or amends an existing by-law after December 31, 2002, shall do so in both official languages.

35(4) Except in the case of a by-law referred to in subsection (3), a municipality or city to which subsection

ses institutions sont imprimés et publiés dans les deux langues officielles.

L'administration de la Justice

. . .

22 Dans une affaire civile dont est saisi un tribunal et à laquelle est partie Sa Majesté du chef du Nouveau-Brunswick ou une institution, Sa Majesté ou l'institution utilise, pour les plaidoiries orales et écrites et pour les actes de procédure qui en découlent, la langue officielle choisie par la partie civile.

. . .

Communication avec le public

27 Le public a le droit de communiquer avec toute institution et d'en recevoir les services dans la langue officielle de son choix.

28 Il incombe aux institutions de veiller à ce que le public puisse communiquer avec elles et en recevoir les services dans la langue officielle de son choix.

28.1 Il incombe aux institutions de veiller à ce que les mesures voulues soient prises pour informer le public que leurs services lui sont offerts dans la langue officielle de son choix.

29 Tout affichage public et autres publications et communications destinés au grand public et émanant d'une institution sont publiés dans les deux langues officielles.

. . .

Municipalités

35(1) Une municipalité dont la population de langue officielle minoritaire atteint au moins 20 % de la population totale est tenue d'adopter et de publier ses arrêtés dans les deux langues officielles.

35(2) Les cités sont également tenues d'adopter et de publier leurs arrêtés dans les deux langues officielles sans égard au pourcentage prévu au paragraphe (1).

35(3) Tout nouvel arrêté ou toute modification à un arrêté existant, adopté après le 31 décembre 2002 par une municipalité ou une cité auxquelles les paragraphes (1) et (2) s'appliquent, doit être adopté et publié dans les deux langues officielles.

35(4) Sauf en ce qui concerne un arrêté visé au paragraphe (3), les municipalités et les cités auxquelles

(1) or (2) applies, other than Moncton, shall adopt and publish its by-laws in both official languages on or before December 31, 2005.

35(5) Subsection (3) applies, with the necessary modifications, to the minutes of council proceedings.

36 A municipality or city to which subsection 35(1), (2) or section 37 applies shall offer the services and communications prescribed by regulation in both official languages.

37 A municipality may, by by-law of its municipal council, declare itself bound by the provisions of this Act and nothing in this Act shall be interpreted so as to limit the authority of municipalities to promote the equality of status and use of English and French.

Services and Communications Regulation — Official Languages Act, N.B. Reg. 2002-63

Municipalities

3(1) The services and communications set out in Column I of Schedule A are prescribed for the purposes of section 36 of the Act.

3(2) If a municipality to which section 36 of the Act applies offers a service or communication set out in Column I of Schedule A, it shall do so in both official languages on or before the date set out opposite the service or communication in Column II of Schedule A.

s'appliquent les paragraphes (1) et (2), autre que Moncton, doivent adopter et publier leurs arrêtés dans les deux langues officielles au plus tard le 31 décembre 2005.

35(5) Le paragraphe (3) s'applique, avec les modifications nécessaires, aux procès-verbaux des séances du conseil municipal;

36 Les municipalités et les cités visées aux paragraphes 35(1), (2) ainsi qu'à l'article 37 sont tenues d'offrir, dans les deux langues officielles, les services et les communications prescrits par règlement.

37 Toute municipalité peut, par arrêté de son conseil municipal, se déclarer liée par les dispositions de la présente loi et rien à la présente loi ne porte atteinte ou ne limite le pouvoir des municipalités de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

Règlement sur les services et communications — Loi sur les langues officielles, Règl. du N.-B. 2002-63

Municipalités

3(1) Les services et communications énumérés à la colonne I de l'annexe A sont prescrits aux fins de l'article 36 de la Loi.

3(2) Toute municipalité, à laquelle s'applique l'article 36 de la Loi, qui offre un service ou une communication énuméré à la colonne I de l'annexe A, doit le faire dans les deux langues officielles au plus tard à la date limite fixée qui figure à la colonne II de l'annexe A correspondant au service ou communication de la colonne I de cette annexe.

. . .

SCHEDULE A

MUNICIPALITIES - SERVICES AND COMMUNICATIONS

Column I	Column II
1 Subject to sections 2 to 10,	
(*a*) public notices of a general nature, including tender notifications, advertisements, public education material and council agendas	December 31, 2002
(*b*) new electronic websites	December 31, 2002

. . .

ANNEXE A

MUNICIPALITÉS - SERVICES ET COMMUNICATIONS

Colonne I	Colonne II
1 Sous réserve des articles 2 à 10,	
a) avis publics de nature générale, incluant les avis de soumission, annonces, documents d'information publique et ordres du jour du conseil	31 décembre 2002
b) nouveaux sites Web électroniques	31 décembre 2002

(*c*) existing electronic websites	December 31, 2003	*c*) sites Web électroniques existants	31 décembre 2003
(*d*) new building and facility signs	December 31, 2002	*d*) nouvelles affiches pour les édifices et installations	31 décembre 2002
(*e*) existing building and facility signs	December 31, 2003	*e*) affiches existantes des édifices et installations	31 décembre 2003
(*f*) new traffic signs	December 31, 2002	*f*) nouveaux panneaux de circulation	31 décembre 2002
(*g*) existing traffic signs	December 31, 2005	*g*) panneaux de circulations existants	31 décembre 2005
(*h*) responses to public inquiries, whether verbal, written or electronic, including reception services, complaints and reported incidents	December 31, 2003	*h*) réponses aux demandes de renseignements du public, qu'elles soient écrites, orales ou électroniques, incluant les plaintes, incidents signalés et services de réception	31 décembre 2003
(*i*) invoices and responses to inquiries related to billing services	December 31, 2003	*i*) factures et réponses aux demandes de renseignements concernant les services de facturation	31 décembre 2003
2 Tickets, warnings and public notices, information and responses to inquiries related to by-law enforcement services	December 31, 2003	**2** Billets de contravention, avertissements et avis publics, informations et réponses aux demandes de renseignements concernant les services d'exécution des arrêtés municipaux	31 décembre 2003
3 Public notices, information and responses to inquiries related to recreational, leisure and cultural services	December 31, 2003	**3** Avis publics, informations et réponses aux demandes de renseignements concernant les services récréatifs, culturels et de loisirs	31 décembre 2003
4 Licences, licence applications and public notices, information and responses to inquiries related to municipal licensing services	December 31, 2003	**4** Permis, demandes de permis et avis publics, informations et réponses aux demandes de renseignements concernant les services de permis municipaux	31 décembre 2003
5 Public notices, information and responses to inquiries related to public works and utilities services	December 31, 2003	**5** Avis publics, informations et réponses aux demandes de renseignements concernant les services des travaux et services publics	31 décembre 2003
6 Public notices, information and responses to inquiries related to public transit services	December 31, 2003	**6** Avis publics, informations et réponses aux demandes de renseignements concernant les services de transport en commun	31 décembre 2003
7 Inspection services, permits, permit applications and public notices, information and responses to inquiries related to building inspection services	December 31, 2003	**7** Services d'inspection, permis, demandes de permis et avis publics, informations et réponses aux demandes de renseignements concernant les services d'inspection des bâtiments	31 décembre 2003

8 Public notices, information, educational programs and responses to inquiries related to crime prevention services	December 31, 2005	**8** Avis publics, informations, programmes éducatifs et réponses aux demandes de renseignements concernant les services de prévention du crime	31 décembre 2005
9 Public notices, information and responses to inquiries related to community planning and development services and services related to the administration of the *Community Planning Act*	December 31, 2005	**9** Avis publics, informations et réponses aux demandes de renseignements concernant les services d'aménagement et de développement communautaire et les services relatifs à l'application de la *Loi sur l'urbanisme*	31 décembre 2005
10 Public notices, information, educational programs and responses to inquiries related to fire prevention services	December 31, 2005	**10** Avis publics, informations, programmes éducatifs et réponses aux demandes de renseignements concernant les services de prévention d'incendies	31 décembre 2005

Appeal dismissed with costs, BASTARACHE, BINNIE, LEBEL *and* DESCHAMPS JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges BASTARACHE, BINNIE, LEBEL *et* DESCHAMPS *sont dissidents.*

Solicitor for the appellant Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick: Université de Moncton, Moncton.

Procureur de l'appelante l'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick : Université de Moncton, Moncton.

Solicitor for the respondent: Mélanie C. Tompkins, Saint John.

Procureur de l'intimée : Mélanie C. Tompkins, Saint John.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Union of Municipalities of New Brunswick: Barry Spalding, Saint John.

Procureurs de l'intervenante l'Union des municipalités du Nouveau-Brunswick : Barry Spalding, Saint John.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commissaire aux langues officielles du Canada : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Solicitors for the intervener Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.: Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. : Thompson Dorfman Sweatman, Winnipeg.

Kenneth David MacKay *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* MACKAY

Neutral citation: 2005 SCC 75.

File No.: 30643.

2005: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Trial — Charge to jury — Lengthy charge not misleading jury or having adverse impact on fairness of trial.

Criminal law — Evidence — Circumstantial evidence — Accused convicted of first degree murder — Sufficient evidence to support verdict.

Cases Cited

Referred to: *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Tallis, Cameron and Gerwing JJ.A.) (2004), 241 Sask. R. 238, 313 W.A.C. 238, [2004] S.J. No. 103 (QL), 2004 SKCA 24, upholding the guilty verdict against the accused for first degree murder. Appeal dismissed.

William H. Roe, Q.C., for the appellant.

Anthony B. Gerein, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that this appeal should be dismissed. On the issue of the charge, we are satisfied that, while it was not perfect, it was adequate. The function of instructions to the jury is to "explain the relevant law and so relate it to the evidence that the jury may

Kenneth David MacKay *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* MACKAY

Référence neutre : 2005 CSC 75.

N° du greffe : 30643.

2005 : 14 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — La longueur de l'exposé n'a pas induit le jury en erreur ni influé sur l'équité du procès.

Droit criminel — Preuve — Preuve circonstancielle — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Preuve suffisante pour étayer le verdict.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Azoulay c. The Queen*, [1952] 2 R.C.S. 495; *R. c. Lawrence*, [1982] A.C. 510.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Tallis, Cameron et Gerwing) (2004), 241 Sask. R. 238, 313 W.A.C. 238, [2004] S.J. No. 103 (QL), 2004 SKCA 24, qui a confirmé le verdict de culpabilité prononcé contre l'accusé pour meurtre au premier degré. Pourvoi rejeté.

William H. Roe, c.r., pour l'appelant.

Anthony B. Gerein, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis que l'appel doit être rejeté. Quant à l'exposé au jury, nous constatons que, bien qu'imparfait, il était adéquat. Les directives au jury ont pour but [TRADUCTION] « d'expliquer le droit applicable et d'établir le lien entre ce droit et la preuve de façon 1

appreciate the issues or questions they must pass upon in order to render a verdict of guilty or not guilty" (*Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495, at p. 503). The charge here contained no error of law or fact, and it set out the issues and the essential evidence bearing on them. The charge was lengthy — 2.5 days — and the reading for several continuous hours of extended passages of evidence from the judge's notes is a practice to be discouraged. As the Saskatchewan Court of Appeal, citing English authority, pointed out:

> A direction is seldom improved and may be considerably damaged by copious recitations from the total content of a judge's note book.

((2004), 241 Sask. R. 238, 2004 SKCA 24, at para. 14 (quoting Lord Hailsham L.C. in *R. v. Lawrence*, [1982] A.C. 510 (H.L.), at p. 519))

2 However, in this case we are satisfied the length of the charge did not mislead or confuse the jury or otherwise have an adverse impact on the fairness of the trial. Despite the inordinate length of the judge's instructions, the jury was ultimately left with a clear understanding of its duty and adequate guidance as to how it was to be discharged.

3 The second issue is whether there was evidence to support the verdict of first degree murder, on the ground that the accused committed the murder in the course of a sexual assault on the victim. The evidence is circumstantial. However, we are satisfied that there was sufficient evidence for a jury, properly instructed and acting reasonably, to conclude that the murder occurred during the course of a sexual assault.

4 For these reasons, we would dismiss the appeal.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Roe & Company, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

que le jury saisisse bien les questions auxquelles il doit répondre pour rendre un verdict de culpabilité ou d'acquittement » (*Azoulay c. La Reine*, [1952] 2 R.C.S. 495, p. 503). En l'espèce, l'exposé ne comportait aucune erreur de droit ou de fait et il exposait les questions en litige et les éléments de preuve essentiels s'y rapportant. Il était long — deux jours et demi — et la lecture pendant plusieurs heures consécutives de longs extraits des notes du juge concernant la preuve est une pratique qui doit être déconseillée. Comme l'a souligné la Cour d'appel de la Saskatchewan, se référant à un arrêt anglais :

> [TRADUCTION] De longs extraits du carnet d'un juge améliorent rarement un exposé au jury et peuvent même lui nuire considérablement.

((2004), 241 Sask. R. 238, 2004 SKCA 24, par. 14 (citant les propos du lord chancelier Hailsham dans *R. c. Lawrence*, [1982] A.C. 510 (H.L.), p. 519))

En l'espèce, toutefois, nous sommes convaincus que la longueur de l'exposé n'a pas influé sur l'équité du procès, notamment n'a pas induit le jury en erreur et ne l'a pas dérouté. Malgré la longueur exceptionnelle des directives du juge au jury, celui-ci a en définitive clairement compris son devoir et disposait d'indications adéquates sur la façon dont il devait s'en acquitter.

La seconde question était de savoir si la preuve justifiait le verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, au motif que l'accusé a commis le meurtre durant une agression sexuelle sur la victime. La preuve est circonstancielle. Cependant, nous sommes convaincus qu'elle était suffisante pour qu'un jury raisonnable et correctement instruit conclue que le meurtre est survenu pendant une agression sexuelle.

Pour ces motifs, nous rejetons le pourvoi.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Roe & Company, Saskatoon.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 2005 Vol. 3

4e cahier, 2005 Vol. 3

Cited as [2005] 3 S.C.R. 609-807

Renvoi [2005] 3 R.C.S. 609-807

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2006.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

CONTENTS

R. *v.* C.D.; R. *v.* C.D.K. **668**

Criminal law — Sentencing — Young persons — Committal to custody — Whether arson to property, possession of weapon or dangerous driving "violent offences" for purposes of imposing custodial sentences on young persons — Meaning of term "violent offence" in s. 39(1)(a) of Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1.

R. *v.* Henry **609**

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial of accused on same charge — Crown cross-examining accused on their testimony given at prior trial to impeach their credibility — Whether use of statements made at first trial violated accused's right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 13 available to accused who choose to testify at their retrial on same indictment.

Courts — Supreme Court of Canada — Decisions — Circumstances in which prior Supreme Court decisions will be reconsidered or revised — Compelling circumstances.

Courts — Supreme Court of Canada — Decisions — Obiter dicta — Whether obiter dicta in prior Supreme Court decisions binding on lower courts — Weight to be given to obiter dicta.

R. *v.* Kouri **789**

Criminal law — Keeping common bawdy-house — Indecency — Harm-based test — Group sex in club — Whether conduct constitutes criminal indecency — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 210(1).

R. *v.* Labaye **728**

Criminal law — Keeping common bawdy-house — Indecency — Harm-based test — Group sex in club — Whether conduct constitutes criminal indecency — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) "common bawdy-house", 210(1).

R. *v.* MacKay (Jason Daniel) **725**

Criminal law — Aggravated assault — Definition of assault — Scope of new trial — Accused charged with aggravated assault — Trial judge instructing jury on definition of assault in s. 265(1)(a) of Criminal Code but refusing to instruct jury on definition of assault in s. 265(1)(b) — Accused acquitted — Court of Appeal setting aside acquittal because trial judge failed to instruct jury with respect to definition of assault in s. 265(1)(b), and ordering new trial — Whether Court of Appeal erred in restricting scope of

Continued on next page

SOMMAIRE

R. *c.* C.D.; R. *c.* C.D.K. **668**

Droit criminel — Détermination de la peine — Adolescents — Placement sous garde — L'incendie criminel ayant causé des dommages matériels, le port d'arme et la conduite dangereuse constituent-ils des « infractions avec violence » pour l'imposition de peines comportant le placement sous garde à des adolescents? — Sens de « infraction avec violence » à l'art. 39(1)a) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1.

R. *c.* Henry **609**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès des accusés pour la même infraction — Contre-interrogatoire des accusés sur leur témoignage donné à leur procès antérieur mené par le ministère public dans le but d'attaquer leur crédibilité — L'utilisation des déclarations faites par les accusés à leur premier procès porte-t-elle atteinte au droit de ne pas s'incriminer que leur garantit l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les accusés qui choisissent de témoigner à leur nouveau procès pour la même infraction peuvent-ils se prévaloir de l'art. 13?

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Décisions — Circonstances dans lesquelles les décisions antérieures de la Cour suprême seront réexaminées ou révisées — Circonstances impérieuses.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Décisions — Remarques incidentes — Les remarques incidentes figurant dans les décisions antérieures de la Cour suprême lient-elles les tribunaux d'instance inférieure? — Poids à accorder aux remarques incidentes.

R. *c.* Kouri **789**

Droit criminel — Tenue d'une maison de débauche — Indécence — Test fondé sur le préjudice — Activités sexuelles de groupe dans un club — Indécence de la conduite au sens du droit criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 210(1).

R. *c.* Labaye **728**

Droit criminel — Tenue d'une maison de débauche — Indécence — Test fondé sur le préjudice — Club d'échangisme — Indécence de la conduite au sens du droit criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « maison de débauche », 210(1).

R. *c.* MacKay (Jason Daniel) **725**

Droit criminel — Voies de fait graves — Définition des voies de fait — Portée du nouveau procès — Accusé inculpé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

new trial to assault as defined in s. 265(1)(b) of Criminal Code.

Zenner *v.* Prince Edward Island College of Optometrists **645**

Administrative law — Judicial review — Standard of review — College of Optometrists — College refusing to renew optometrist's licence for failure to provide evidence of continuing education — College issuing new licence five years later with special terms and conditions — Standard of review applicable to College's decisions — Whether standard of review applied correctly — Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, c. O-6, s. 15 — Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, s. 15(4).

SOMMAIRE (Fin)

de voies de fait graves — Juge du procès donnant au jury des directives sur la définition des voies de fait contenue à l'art. 265(1)a) du Code criminel, mais refusant de le faire sur celle contenue à l'art. 265(1)b) — Accusé acquitté — Cour d'appel annulant l'acquittement en raison de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur la définition des voies de fait contenue à l'art. 265(1)b), et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en limitant la portée du nouveau procès aux voies de fait définies à l'art. 265(1)b) du Code criminel?

Zenner *c.* Prince Edward Island College of Optometrists **645**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Ordre des optométristes — Refus par l'Ordre de renouveler le permis d'un optométriste ayant omis d'apporter la preuve de sa participation à des activités de formation permanente — Délivrance par l'Ordre cinq ans plus tard d'un nouveau permis assorti de conditions particulières — Norme de contrôle applicable aux décisions de l'Ordre — La norme de contrôle a-t-elle été appliquée correctement? — Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. O-6, art. 15 — Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, art. 15(4).

David Brock Henry *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Barry Wayne Riley *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Attorney General of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* HENRY

Neutral citation: 2005 SCC 76.

File Nos.: 29952, 29953.

Hearing: April 23, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, LeBel and Fish JJ.

Rehearing: January 12, 2005.

Judgment: December 15, 2005.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial of accused on same charge — Crown cross-examining accused on their testimony given at prior trial to impeach their credibility — Whether use of statements made at first trial violated accused's right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 13 available to accused who choose to testify at their retrial on same indictment.

David Brock Henry *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Barry Wayne Riley *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada et procureur général de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* HENRY

Référence neutre : 2005 CSC 76.

N^os^ du greffe : 29952, 29953.

Audition : 23 avril 2004.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour, LeBel et Fish.

Nouvelle audition : 12 janvier 2005.

Jugement : 15 décembre 2005.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès des accusés pour la même infraction — Contre-interrogatoire des accusés sur leur témoignage donné à leur procès antérieur mené par le ministère public dans le but d'attaquer leur crédibilité — L'utilisation des déclarations faites par les accusés à leur premier procès porte-t-elle atteinte au droit de ne pas s'incriminer que leur garantit l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les accusés qui choisissent de témoigner à leur nouveau procès pour la même infraction peuvent-ils se prévaloir de l'art. 13?

Courts — Supreme Court of Canada — Decisions — Circumstances in which prior Supreme Court decisions will be reconsidered or revised — Compelling circumstances.

Courts — Supreme Court of Canada — Decisions — Obiter dicta — Whether obiter dicta in prior Supreme Court decisions binding on lower courts — Weight to be given to obiter dicta.

In their retrial on a charge of first degree murder the accused told a different story under oath than they had five years earlier at their first trial on the same charge. At the new trial, the Crown cross-examined the accused on these prior inconsistent statements for the purpose of impeaching their credibility. They were again convicted of first degree murder. On appeal the accused argued that notwithstanding the fact they were not (and could not be) compelled to testify at their first trial, they ought nevertheless to have been protected as voluntary witnesses at their second trial from exposure of the contradictory testimony they gave at the first trial, despite the misleading impression with which such non-disclosure would have left the jury. The search for truth, they contended, is limited by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The majority judgment of the Court of Appeal rejected this argument and upheld the conviction. The dissenting judge would have ordered a new trial because on his view of *Noël* the use of the prior inconsistent statements in those circumstances violated the accused's right against self-incrimination.

Held: The appeals should be dismissed.

Section 13 of the *Charter* is not available to an accused who chooses to testify at his retrial on the same indictment. The purpose of s. 13 is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves. As in the case of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, s. 13 embodies a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers, in exchange for that witness's testimony, protection against the subsequent use of that evidence against him. Here, the accused freely testified at their first trial and freely testified at their second trial. The compulsion, which is the source of the *quid pro quo* which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Accordingly, their s. 13 *Charter* rights were not violated by the Crown's cross-examination. They were in

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Décisions — Circonstances dans lesquelles les décisions antérieures de la Cour suprême seront réexaminées ou révisées — Circonstances impérieuses.

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Décisions — Remarques incidentes — Les remarques incidentes figurant dans les décisions antérieures de la Cour suprême lient-elles les tribunaux d'instance inférieure? — Poids à accorder aux remarques incidentes.

À leur nouveau procès pour meurtre au premier degré, les accusés ont donné sous serment une version des faits différente de celle qu'ils avaient présentée cinq ans plus tôt lors de leur premier procès pour la même infraction et le ministère public les a contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles dans le but d'attaquer leur crédibilité. Ils ont à nouveau été déclarés coupables de meurtre au premier degré. En appel, les accusés ont soutenu que, même s'ils n'avaient pas été (et ne pouvaient être) contraints de témoigner à leur premier procès, ils devaient tout de même, lorsqu'ils ont témoigné de leur propre gré à leur deuxième procès, être protégés contre la communication de leur témoignage incompatible donné au premier procès, malgré l'impression trompeuse que cette non-divulgation pouvait donner au jury. Selon eux, l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* limite la recherche de la vérité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté cet argument et confirmé la condamnation. Le juge dissident aurait ordonné un nouveau procès parce que, selon son interprétation de l'arrêt *Noël*, l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles dans ces circonstances violait le droit des accusés de ne pas s'incriminer.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

L'accusé qui choisit de témoigner à son nouveau procès pour la même accusation ne peut pas se prévaloir de l'art. 13 de la *Charte*. L'objet de l'art. 13 est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer. À l'instar de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'art. 13 établit un *quid pro quo* ou une contrepartie : lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage. En l'occurrence, les accusés ont choisi librement de témoigner à leurs premier et deuxième procès. La contrainte à l'origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l'art. 13, n'existait pas. Par conséquent, leur contre-interrogatoire par le ministère public n'a pas porté atteinte aux droits

no need of protection "from being indirectly compelled to incriminate themselves". [22] [42-43] [47] [60]

The jurisprudence of this Court has not been altogether consistent on the scope of s. 13 and it is therefore desirable to retrace the path from *Dubois* to *Noël*. The Court's practice, of course, is against departing from its precedents unless there are compelling reasons to do so. Such circumstances exist here in respect of *Mannion*. The consequences of failing to adhere consistently to a purposeful interpretation of s. 13 have only emerged over time as the courts have struggled to apply the *Kuldip* distinction between impeachment of credibility and incrimination in ways that, as the accused's invocation of *Noël* illustrates, have become unduly and unnecessarily complex and technical. The defence and the prosecution both view with scepticism the idea that triers of fact can truly isolate the purpose of impeaching credibility from the purpose of incrimination. They agree on the problem but disagree about the solution. Moreover, the insistence that s. 13 has the same application in a retrial of the same accused on the same indictment as it does in a trial where the accused was formerly not an accused but a compellable witness, has led to an unfair dilution of the s. 13 protection in the latter situation. The attempt to subject these very different situations to the same constitutional rule results in the end in a satisfactory solution for neither. [8] [24] [44-46]

Reviewing the Court's s. 13 jurisprudence in light of its purpose ("to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves"), the argument of the Attorney General of Canada that *Dubois* was wrongly decided is rejected. The accused has a right not to testify. The Crown cannot file his testimony given at the prior trial (now overturned) as part of its case-in-chief at the retrial, because to do so would permit the Crown indirectly to compel the accused to testify at the retrial in circumstances where s. 11(*c*) of the *Charter* would not permit such compelled self-incrimination directly. The Crown must prove its case without recruiting the accused to incriminate himself. [22] [39-40]

On the other hand there are persuasive reasons for declining to follow *Mannion*. In that case, the accused freely testified at his first and second trials. The compulsion which is the source of the *quid pro quo*, which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Denying the Crown the opportunity to cross-examine the accused on

que l'art. 13 de la *Charte* leur garantit. Ils n'avaient pas besoin d'être protégés « contre l'obligation indirecte de s'incriminer ». [22] [42-43] [47] [60]

La jurisprudence de la Cour n'a pas toujours été constante en ce qui concerne la portée de l'art. 13. Il est donc indiqué de retracer son évolution de *Dubois* à *Noël*. Il n'est pas d'usage à la Cour de s'écarter des précédents à moins de raisons impérieuses. De telles circonstances existent en l'espèce relativement à l'arrêt *Mannion*. Les conséquences du défaut de retenir systématiquement une interprétation téléologique de l'art. 13 se sont manifestées graduellement, au fur et à mesure que les tribunaux ont essayé de trouver tant bien que mal des façons d'appliquer la distinction établie dans *Kuldip*, entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer, qui sont devenues inutilement et indûment complexes et formalistes, comme le démontre l'utilisation de *Noël* faite par les appelants en l'espèce. La défense et la poursuite sont toutes les deux sceptiques concernant la capacité du juge des faits de dissocier réellement l'objectif d'attaquer la crédibilité d'un accusé de celui de l'incriminer. Elles reconnaissent ce problème, mais elles ne s'entendent pas sur la solution. De plus, en soutenant que l'art. 13 s'applique de la même façon qu'il s'agisse du deuxième procès d'un même accusé pour la même infraction ou du procès d'un accusé qui n'était qu'un témoin contraignable dans l'instance antérieure, on a indûment affaibli la protection offerte par l'art. 13 dans cette deuxième situation. En voulant appliquer la même règle constitutionnelle à ces situations très différentes, on aboutit à un résultat insatisfaisant dans les deux cas. [8] [24] [44-46]

Après avoir examiné sa jurisprudence sur l'art. 13 en fonction de son objet (« protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer »), la Cour rejette l'argument du procureur général du Canada voulant que l'arrêt *Dubois* soit mal fondé. L'accusé a le droit de ne pas témoigner. Le ministère public ne peut pas déposer le témoignage de l'accusé au procès antérieur (maintenant annulé) en preuve principale au nouveau procès, parce que l'y autoriser lui permettrait de contraindre indirectement l'accusé à témoigner à son nouveau procès dans des circonstances où l'al. 11*c*) de la *Charte* interdit de le forcer directement à s'auto-incriminer. Le ministère public doit faire sa preuve sans faire appel à l'accusé pour qu'il s'auto-incrimine. [22] [39-40]

Par ailleurs, il existe des raisons convaincantes de ne pas suivre l'arrêt *Mannion*. Dans cette affaire, l'accusé avait choisi librement de témoigner à ses premier et deuxième procès. La contrainte à l'origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l'art. 13, n'existait pas. Le refus de permettre au ministère

his prior voluntary testimony gave him a constitutional immunity to which he was not entitled. In *Mannion*, the Court did not adopt an interpretation in line with the purpose of s. 13. [42] [45]

Kuldip should be affirmed insofar as it permitted cross-examination of the accused on the inconsistent testimony he volunteered at his first trial. However, insofar as the Court felt compelled by *Mannion* to narrow the purpose of the cross-examination to the issue of credibility, the decision in the instant case not to follow *Mannion* renders such restriction no longer operative. If the contradiction of testimony gives rise to an inference of guilt, s. 13 of the *Charter* does not preclude the trier of fact from drawing the common sense inference. [48]

Noël is a classic example of prosecutorial abuse of the very "bargain" s. 13 was designed to enforce. Called to testify at somebody else's trial, Noël was a compellable witness who at common law could have refused to answer the Crown's questions that tended to show his guilt. He was compelled by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* to answer the incriminating questions, and in consequence he invoked the protection of s. 5(2). When s. 5(2) says "the answer so given shall not be used or admissible in evidence", it means not to be used for any purpose, including the impeachment of credibility. *Noël* is affirmed on its facts. [49]

Further, even though s. 13 talks of precluding the use of prior evidence "to incriminate that witness", and thus implicitly leaves the door open to its use for other purposes such as impeachment of credibility, experience has demonstrated the difficulty in practice of working with such distinctions. As the distinction is unrealistic in the context of s. 5(2), it must equally be unrealistic in the context of s. 13. Accordingly, by parity of reasoning, prior compelled evidence should, under s. 13 as under s. 5(2), be treated as inadmissible in evidence against an accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to "a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence". *Allen* was a straightforward application of *Noël* and its correctness is confirmed. [50-51]

Much of the argument on this appeal was directed to *obiter* statements in various s. 13 cases. The notion is

public de contre-interroger l'accusé sur son témoignage antérieur volontaire a conféré à ce dernier une immunité constitutionnelle à laquelle il n'avait pas droit. Dans *Mannion*, la Cour n'a pas retenu une interprétation conforme à l'objet de l'art. 13. [42] [45]

L'arrêt *Kuldip* doit être confirmé, dans la mesure où il permet le contre-interrogatoire d'un accusé sur les déclarations incompatibles qu'il a faites volontairement à son premier procès. Toutefois, comme la Cour s'est sentie obligée, par l'arrêt *Mannion*, de limiter le but du contre-interrogatoire à une attaque de la crédibilité, la présente décision de ne pas suivre l'arrêt *Mannion* a rendu cette restriction inopérante. Si les contradictions permettent d'inférer la culpabilité, l'art. 13 de la *Charte* n'empêche pas le juge des faits de tirer des conclusions fondées sur le bon sens. [48]

L'affaire *Noël* est l'exemple classique du non-respect par la poursuite du « marché » même auquel l'art. 13 vise à donner effet. Appelé à témoigner au procès d'un tiers, M. Noël était un témoin contraignable qui, suivant la common law, aurait pu refuser de répondre aux questions de la poursuite qui tendaient à l'incriminer. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* l'obligeant à répondre aux questions incriminantes, il s'est prévalu de la protection prévue au par. 5(2). Le libellé du par. 5(2) selon lequel la réponse d'un témoin « ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve » signifie qu'elle ne peut être invoquée à quelque fin que ce soit, même pas pour attaquer sa crédibilité. L'arrêt *Noël* est confirmé, compte tenu des faits en cause. [49]

De plus, bien que l'art. 13 dispose que le témoignage antérieur d'une personne ne peut être « utilisé pour l'incriminer », et qu'il laisse ainsi implicitement subsister la possibilité de l'utiliser à une autre fin, par exemple pour attaquer sa crédibilité, l'expérience a démontré qu'il était difficile d'appliquer cette distinction en pratique. Si cette distinction est irréaliste dans le contexte du par. 5(2), elle doit aussi l'être dans le contexte de l'art. 13. En conséquence, par souci de cohérence, il faut conclure que le témoignage antérieur forcé doit être considéré, tant sous le régime de l'art. 13 que sous celui du par. 5(2), comme inadmissible en preuve contre l'accusé, même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ». L'affaire *Allen* est un cas d'application pure et simple de l'arrêt *Noël* et son bien-fondé est confirmé. [50-51]

Les arguments soulevés dans le pourvoi étaient en grande partie axés sur des remarques incidentes

sometimes (erroneously) attributed to *Sellars* that each phrase in a judgment of this Court should be treated as if enacted in a statute. Such an approach is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience. The submissions of the attorneys general were predicated on a strict and tidy demarcation between the narrow *ratio decidendi* of a case, which is binding, and *obiter*, which they say may safely be ignored. This supposed dichotomy is an oversimplification of how the common law develops. The traditional view is that "a case is only an authority for what it actually decides". Care must be taken in determining how broadly or how narrowly to draw "what it actually decides". Beyond the *ratio decidendi* which is generally rooted in the facts, the legal point decided by this Court may be as narrow as the jury instruction at issue in *Sellars* or as broad as the *Oakes* test. All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not "binding" in the sense the *Sellars* principle in its most exaggerated form would have it. The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its growth and creativity. To the extent that *obiter* statements in this Court's earlier s. 13 cases are inconsistent with the rationale of compulsion (the "*quid pro quo*"), they should no longer be regarded as authoritative. [52-53] [57] [59]

The result of a purposeful interpretation of s. 13 is that an accused will lose the *Mannion* advantage in relation to prior volunteered testimony but his or her protection against the use of prior compelled testimony will be strengthened. The two different situations will be treated differently instead of homogenized, and the unpredictability inherent in sorting out attacks on credibility from attempts at incrimination will be avoided. [60]

Cases Cited

Overruled: *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; **overruled in part:** *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618,

figurant dans la jurisprudence relative à l'art. 13. On interprète souvent (à tort) l'arrêt *Sellars* comme voulant que chaque énoncé d'un jugement de la Cour soit traité comme s'il s'agissait d'un texte de loi. Cette thèse n'est pas étayée par la jurisprudence et va à l'encontre du principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent. Les observations des procureurs généraux présupposaient qu'il existe une ligne de démarcation très nette entre la *ratio decidendi* bien circonscrite d'une affaire, qui a force contraignante, et les remarques incidentes, dont on peut, selon eux, faire abstraction sans danger. Cette prétendue dichotomie procède d'une simplification à outrance du mode évolutif de la common law. Selon l'opinion classique, « une décision ne fait autorité qu'à l'égard des questions qu'elle tranche effectivement ». Il faut prendre soin de ne pas circonscrire trop largement ni trop étroitement les « questions [que la décision] tranche effectivement ». Au-delà de la *ratio decidendi*, qui est généralement ancrée dans les faits, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l'arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n'ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s'agira de commentaires, d'exemples ou d'exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » comme le voudrait le principe *Sellars* dans son expression la plus extrême. L'objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. Dans la mesure où les remarques incidentes figurant dans les autres arrêts de la Cour sur l'art. 13 sont incompatibles avec la justification de la contrainte (la contrepartie), ils ne devraient plus être considérés comme faisant autorité. [52-53] [57] [59]

Selon une interprétation téléologique de l'art. 13, l'accusé perdra l'avantage que lui conférait l'arrêt *Mannion* relativement à son témoignage antérieur volontaire, mais sa protection contre l'utilisation de ses témoignages antérieurs forcés sera renforcée. Ces deux situations différentes ne seront pas assimilées, mais traitées différemment, et l'imprévisibilité inhérente à la distinction entre attaquer la crédibilité de quelqu'un et tenter de l'incriminer sera éliminée. [60]

Jurisprudence

Arrêt rejeté : *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; **arrêt rejeté en partie :** *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S.

rev'g (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **distinguished:** *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Noël*, [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67, rev'g (2001), 156 C.C.C. (3d) 17; *R. v. Allen*, [2003] 1 S.C.R. 223, 2003 SCC 18, rev'g (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2; **referred to:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *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; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101; *R. v. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720; *R. v. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1; *Clark v. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58; *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290; *Moses v. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654; *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712; *Cardella v. Minister of National Revenue* (2001), 268 N.R. 168, 2001 FCA 39; *R. v. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409; *R. v. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1; *R. v. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(*c*), 13.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1).

Authors Cited

Devinat, Mathieu. "L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 1.

618, inf. (1988), 40 C.C.C. (3d) 11; **distinction d'avec les arrêts :** *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, 2002 CSC 67, inf. [2001] R.J.Q. 1464; *R. c. Allen*, [2003] 1 R.C.S. 223, 2003 CSC 18, inf. (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2; **arrêts mentionnés :** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *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; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101; *R. c. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720; *R. c. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1; *Clark c. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58; *Scarff c. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290; *Moses c. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712; *Cardella c. Canada*, [2001] A.C.F. nº 322 (QL), 2001 CAF 39; *R. c. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409; *R. c. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1; *R. c. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. c. God's Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11*c*), 13.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5.

Doctrine citée

Devinat, Mathieu. « L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême » (1998), 77 *R. du B. can.* 1.

Lambert, Douglas. "*Ratio Decidendi* and *Obiter Dicta*" (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689.
Wilson, Bertha. "Decision-making in the Supreme Court" (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

APPEALS from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Newbury and Hall JJ.A.) (2003), 186 B.C.A.C. 106, 306 W.A.C. 106, 179 C.C.C. (3d) 307, 14 C.R. (6th) 241, 111 C.R.R. (2d) 1, [2003] B.C.J. No. 2068 (QL), 2003 BCCA 476, upholding the convictions of the accused for first degree murder. Appeals dismissed.

Gil D. McKinnon, *Q.C.*, and *Lisa Sturgess*, for the appellants.

Alexander Budlovsky and *Nikos Harris*, for the respondent.

Kenneth J. Yule, *Q.C.*, and *Ronald C. Reimer*, for the intervener the Attorney General of Canada.

M. David Lepofsky, for the intervener the Attorney General of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — In their retrial on a charge of first degree murder the appellants told a different story under oath than they had five years earlier at their first trial on the same charge. They were cross-examined at the subsequent trial on these prior inconsistent statements. They were again convicted of first degree murder. They claim this use of prior statements violated their constitutional right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The right against self-incrimination is of course one of the cornerstones of our criminal law. The right to stand silent before the accusations of the state has its historical roots in the general revulsion against the practices of the Star Chamber, and in modern times is intimately linked to our adversarial system of criminal justice and the presumption of innocence. Section 13 of the *Charter* gives

Lambert, Douglas. « *Ratio Decidendi* and *Obiter Dicta* » (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689.
Wilson, Bertha. « Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Newbury et Hall) (2003), 186 B.C.A.C. 106, 306 W.A.C. 106, 179 C.C.C. (3d) 307, 14 C.R. (6th) 241, 111 C.R.R. (2d) 1, [2003] B.C.J. No. 2068 (QL), 2003 BCCA 476, qui a confirmé les déclarations de culpabilité des accusés pour meurtre au premier degré. Pourvois rejetés.

Gil D. McKinnon, *c.r.*, et *Lisa Sturgess*, pour les appelants.

Alexander Budlovsky et *Nikos Harris*, pour l'intimée.

Kenneth J. Yule, *c.r.*, et *Ronald C. Reimer*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

M. David Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — À leur nouveau procès pour meurtre au premier degré, les appelants ont donné sous serment une version des faits différente de celle qu'ils avaient présentée cinq ans plus tôt lors de leur premier procès et ils ont été contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles. Ils ont à nouveau été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Ils soutiennent que cette utilisation de leurs déclarations antérieures porte atteinte au droit constitutionnel de ne pas s'incriminer que leur garantit l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. 1

Le droit de ne pas s'incriminer est, bien sûr, l'une des pierres angulaires de notre droit criminel. Le droit de garder le silence devant les accusations de l'État tire ses origines historiques de la répugnance générale suscitée par les méthodes de la Chambre étoilée et, de nos jours, il est étroitement lié à notre système contradictoire de justice criminelle et à la présomption d'innocence. L'article 13 de la *Charte* 2

constitutional protection to a more specific privilege against *testimonial* self-incrimination. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the Court stated at p. 358 that

> the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(*c*) and (*d*), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(*c*) prohibits. [Emphasis added.]

It seems a long stretch from the important purpose served by a right designed to protect against compelled self-incrimination to the proposition advanced by the appellants in the present case, namely that an accused can volunteer one story at his or her first trial, have it rejected by the jury, then after obtaining a retrial on an unrelated ground of appeal volunteer a different and contradictory story to a jury differently constituted in the hope of a better result because the second jury is kept in the dark about the inconsistencies.

3 The protective policy of s. 13 must be considered in light of the countervailing concern that an accused, by tailoring his or her testimony at successive trials on the same indictment, may obtain through unexposed lies and contradictions an unjustified acquittal, thereby bringing into question the credibility of the trial process itself. Effective cross-examination lies at the core of a fair trial: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 663; *R. v. Shearing*, [2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58, at para. 76; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 41. Catching a witness in self-contradictions is one of the staples of effective cross-examination.

4 Having said that, there are observations in the Court's previous s. 13 jurisprudence that can fairly be said to fuel the appellants' argument (none of which escaped their counsel's skilful attention). It is therefore necessary to return to the foundational case of *Dubois* and trace the subsequent

octroie une protection constitutionnelle à un privilège plus spécifique protégeant contre l'auto-incrimination *testimoniale*. Dans *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la Cour a dit ce qui suit, à la p. 358 :

> ... l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11*c*) et *d*), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11*c*) interdit. [Je souligne.]

Il y a un monde entre l'objet important visé par un droit destiné à protéger contre l'auto-incrimination forcée et la prétention des appelants, selon laquelle un accusé peut, après avoir donné volontairement une version des faits à son premier procès, l'avoir vue rejetée par le jury et avoir obtenu un nouveau procès pour un motif distinct, soumettre volontairement une version différente et contradictoire à un jury différemment constitué, dans l'espoir que celui-ci rendra un verdict plus favorable parce que les contradictions avec la première version ne lui seront pas révélées.

La finalité protectrice de l'art. 13 a un contrepoids dont il faut tenir compte, soit la crainte qu'un accusé puisse ajuster son témoignage au cours de procès successifs relativement à la même accusation et ainsi être acquitté à tort, grâce à des mensonges et des contradictions non révélés, ce qui ébranlerait la crédibilité du processus judiciaire lui-même. Un contre-interrogatoire efficace constitue une composante essentielle d'un procès équitable : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663; *R. c. Shearing*, [2002] 3 R.C.S. 33, 2002 CSC 58, par. 76; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 41. Mettre au jour les contradictions dans les déclarations d'un témoin est l'un des éléments principaux d'un contre-interrogatoire efficace.

Cela dit, la jurisprudence de notre Cour qui porte sur l'art. 13 renferme des observations qui, il faut le reconnaître, peuvent alimenter les arguments des appelants (et qui n'ont pas échappé à la vigilance de leurs avocats). Il faut donc revenir à l'arrêt fondamental *Dubois* et passer en revue les

jurisprudence to clarify the role and function of s. 13, and to explain why the appellants' interpretation of s. 13 overshoots its purpose, and why it must therefore be rejected. The appeals, in the result, will be dismissed.

décisions qui ont suivi, afin de clarifier le rôle et la fonction de l'art. 13 et d'expliquer pourquoi l'interprétation qu'en proposent les appelants excède l'objet de cette disposition et doit être écartée. Les appels seront donc rejetés.

I. Introduction

I. Introduction

The present case arises out of a botched "rip-off" of a marijuana-growing operation ("grow-op") at Port Coquitlam, British Columbia. The appellants admit they carried out the rip-off, stealing 170 marijuana plants, in the course of which the in-house caretaker of the grow-op was murdered. He was suffocated by 24 feet of duct tape being wound around his head, blocking the passage of air to his nose and mouth. The appellants admit their involvement. They accept culpability for manslaughter. At issue is whether the proper verdict is manslaughter or murder.

L'affaire résulte d'un vol bâclé dans des installations de culture de marijuana à Port Coquitlam en Colombie-Britannique. Les appelants ont avoué avoir commis ce vol, qui leur a permis de s'emparer de 170 plants de marijuana et lors duquel le gardien des installations, qui résidait sur place, a été tué. Le gardien est mort par asphyxie, 24 pieds de ruban adhésif enroulés autour de sa tête l'empêchant d'inspirer par le nez ou par la bouche. Les appelants ont reconnu leur participation au crime. Ils ont admis leur culpabilité pour homicide involontaire coupable. Restait à savoir s'ils devaient être condamnés pour homicide involontaire coupable ou pour meurtre. 5

The Crown's case rested on both physical evidence and out-of-court statements by both appellants to undercover police officers. In accordance with *Dubois*, the Crown did not attempt to file at the retrial as part of its case-in-chief the testimony of the appellants at their first trial.

La preuve du ministère public reposait à la fois sur des éléments de preuve matérielle et sur des déclarations extra-judiciaires faites par les deux appelants à des agents d'infiltration. Conformément à l'arrêt *Dubois*, le ministère public n'a pas cherché, lors du deuxième procès, à déposer en preuve principale le témoignage des appelants à leur premier procès. 6

At the close of the Crown's case on the retrial, both appellants decided to testify. As he had at the first trial, Henry again claimed that he was intoxicated, but other than remembering being intoxicated he now admitted to no significant recollection of what happened. Riley testified in chief that while he had "on occasion" lied at the first trial he now had a clear recollection that he was not in the room when the fatal winding took place. He argued that his candour in admitting previous falsehoods was a badge of present truthfulness. Riley's defence strategy at the retrial thus incorporated his testimony at the previous trial. Henry's defence was more simple. Not only did he claim to recall less at the second trial than he testified to at the first trial, at times he seemed to suggest that he did not

À la clôture de la preuve soumise par le ministère public lors du nouveau procès, les deux appelants ont décidé de témoigner. Comme il l'avait fait au premier procès, M. Henry a prétendu avoir été ivre, mais il a cette fois affirmé n'avoir aucun autre souvenir notable de ce qui s'était passé. En interrogatoire principal, M. Riley a pour sa part reconnu avoir menti « quelquefois » lors du premier procès, mais il a déclaré se souvenir maintenant clairement qu'il ne se trouvait pas dans la pièce lorsque le bâillon fatal a été posé. Il a fait valoir que l'aveu sincère de ses mensonges antérieurs était garant de sa franchise actuelle. La stratégie de la défense de M. Riley au nouveau procès incorporait donc le témoignage qu'il avait donné lors du procès antérieur. La défense de M. Henry était plus simple. Non 7

even recall that an earlier trial had taken place. The Crown took the view that it was entitled to cross-examine both appellants on the testimony given at the prior trial for the purpose of impeaching their credibility, and did so, relying in this respect on *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618. The defence says that such cross-examination even for the purpose of impeachment of credibility was unfair, but in any event that the distinction in these circumstances between the purposes of impeachment of credibility and incrimination is illusory. Reliance was placed on *R. v. Noël*, [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67, and *R. v. Allen*, [2003] 1 S.C.R. 223, 2003 SCC 18, to exclude the damaging inconsistencies. The Crown, for its part, says that the accused in volunteering their testimony at the second trial stepped outside the protection of s. 13, and that any observations to the contrary in the Court's previous s. 13 jurisprudence should be reconsidered. Thus issue was joined on the proper scope of s. 13.

8 I pause at this juncture to observe that both parties view with scepticism the idea that the trier of fact can truly isolate the purpose of impeaching credibility from the purpose of incrimination. They agree on the problem but disagree about the solution. The appellants' solution, relying on *Noël*, is that unless the statements used to contradict the present testimony were innocuous when made at the first trial, and still innocuous at the second trial, they should be altogether excluded, i.e. even for the limited purpose of challenging credibility. They wish to see a roll-back of *Kuldip*. Otherwise, they fear, the contradictions may well be used by the trier of fact for the forbidden purpose of incrimination. The Crown also recognizes the troublesome nature of the distinction but, relying on *Kuldip*, says that fair trial considerations absolutely require that the contradictions in the evidence of an accused be exposed. The Crown then goes further than *Kuldip* in saying that the trier of fact should be able to make of the contradictions what it wishes, including drawing an inference of guilt, and indeed that a realistic appraisal of the

seulement il a affirmé ne pas se souvenir d'éléments qu'il avait relatés dans son témoignage au premier procès, mais il a parfois laissé entendre qu'il ne se rappelait même pas avoir subi un premier procès. Le ministère public a contre-interrogé les deux appelants sur leur témoignage au premier procès dans le but d'attaquer leur crédibilité, s'appuyant à cet égard sur l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618. La défense a soutenu qu'un tel contre-interrogatoire était inéquitable, même s'il visait à miner la crédibilité, et que la distinction entre l'objectif d'incriminer un accusé et celui d'attaquer sa crédibilité était de toute façon illusoire dans les circonstances. Elle a invoqué les arrêts *R. c. Noël*, [2002] 3 R.C.S. 433, 2002 CSC 67, et *R. c. Allen*, [2003] 1 R.C.S. 223, 2003 CSC 18, pour faire valoir que les contradictions préjudiciables ne devaient pas être révélées. Le ministère public a soutenu, pour sa part, qu'en décidant de témoigner à leur deuxième procès, les accusés se sont exclus de la protection offerte par l'art. 13 et qu'il y a lieu de reconsidérer les remarques à l'effet contraire dans la jurisprudence antérieure de la Cour sur l'art. 13. L'objet du pourvoi est donc la portée de l'art. 13.

J'ouvre ici une parenthèse pour signaler le scepticisme des deux parties concernant la capacité du juge des faits de dissocier réellement l'objectif d'attaquer la crédibilité d'un accusé de celui de l'incriminer. Elles reconnaissent ce problème, mais elles ne s'entendent pas sur la solution. Les appelants, citant l'arrêt *Noël*, prétendent que les déclarations utilisées pour contredire le nouveau témoignage doivent être exclues purement et simplement, même si leur utilisation vise uniquement à miner la crédibilité, à moins qu'elles aient été inoffensives lorsqu'elles ont été faites au premier procès et qu'elles le soient toujours dans le cadre du second procès. Ils souhaitent que la Cour revienne sur l'arrêt *Kuldip*, à défaut de quoi ils craignent que le juge des faits utilise les contradictions dans le but prohibé d'incriminer l'accusé. Le ministère public reconnaît lui aussi que cette distinction pose problème, mais il soutient, en s'appuyant sur l'arrêt *Kuldip*, qu'il est indispensable à l'équité du procès que les contradictions dans les témoignages d'un accusé soient révélées. S'aventurant plus loin que l'arrêt *Kuldip*, il va même jusqu'à dire que le juge

trial process permits no other conclusion, human nature being what it is.

It has long been recognized that the distinction between credibility and incrimination in this particular context is "troublesome" (as Lamer C.J. described it in *Kuldip*, at p. 635) and "difficult" (as Martin J.A. described it in *Kuldip* when the case was before the Ontario Court of Appeal ((1988), 40 C.C.C. (3d) 11, at p. 23)). As both the defence lawyers and the prosecutors agree that a problem exists, the question is: what should be done about it, having regard to the 20 years of experience since *Dubois*?

II. Facts

On October 17, 2001, a jury convicted the two appellants of the first degree murder of Timothy Langmead, who had operated a marijuana "grow-op" at Port Coquitlam, B.C. In the course of a "rip-off" of that operation by the appellants, Langmead was tied to a chair, had duct tape wound around his mouth and nose, and suffocated. At their first trial in 1996 the appellants admitted their involvement in the unlawful confinement that led up to his death, but they pleaded diminished responsibility because of intoxication.

The appellant Riley and the victim Langmead were acquaintances. They had both done work over the years for the same marijuana dealer. In fact Riley had helped set up the marijuana grow-op in Port Coquitlam that was being tended by Langmead on the night Langmead was killed. Riley claimed that he was owed $5,000 to $10,000 by the drug dealer for wiring a bypass of the hydro meter and other services. On the night of June 8, 1994, he and two accomplices planned to help themselves to some marijuana plants by way of compensation.

Riley and the appellant Henry knew each other from high school in the B.C. Interior. The two of them, along with another individual (Gabe Abbott, who was not charged) drove to Langmead's house.

des faits devrait pouvoir utiliser les contradictions comme il le souhaite, y compris en inférer la culpabilité de l'accusé, et que, la nature humaine étant ce qu'elle est, une perception réaliste du processus d'instruction ne permet pas d'autre conclusion.

9 Il est depuis longtemps reconnu qu'il est difficile, dans ce contexte, de faire la distinction entre attaquer la crédibilité d'un accusé et l'incriminer (le juge en chef Lamer l'a signalé dans *Kuldip* à la p. 635, tout comme l'avait fait le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans cette même affaire ((1988), 40 C.C.C. (3d) 11, p. 23)). Les avocats de la défense et de la poursuite s'entendant sur l'existence de ce problème, il reste à déterminer comment y remédier, à la lumière de ce qui s'est produit depuis le prononcé de l'arrêt *Dubois* il y a 20 ans.

II. Les faits

10 Le 17 octobre 2001, un jury a déclaré les deux appelants coupables du meurtre au premier degré de Timothy Langmead, qui s'occupait d'installations de culture de marijuana à Port Coquitlam (C.-B.). Pendant le vol perpétré par les appelants dans ces installations, M. Langmead a été ligoté sur une chaise; il a eu le nez et la bouche recouverts de ruban adhésif et il est mort asphyxié. Lors de leur premier procès, en 1996, les appelants ont avoué leur participation à la séquestration qui a entraîné la mort de la victime, mais ils ont invoqué la défense d'ivresse pour atténuer leur responsabilité.

11 M. Riley et la victime se connaissaient. Ils avaient tous deux travaillé au cours des ans pour le même trafiquant de marijuana. De fait, M. Riley avait participé à la mise en place des installations de culture de Port Coquitlam dont M. Langmead s'occupait la nuit où il a été tué. M. Riley a prétendu que le trafiquant lui devait entre 5 000 $ et 10 000 $ pour divers services rendus, dont le contournement du compteur d'électricité. La nuit du 8 juin 1994, avec deux complices, il a décidé de récupérer son dû en s'appropriant des plants de marijuana.

12 Les appelants Riley et Henry s'étaient connus à l'école secondaire dans l'intérieur de la Colombie-Britannique. Accompagnés d'une troisième personne (Gabe Abbott, qui n'a pas été accusé), ils se

They said they expected that Langmead would not be home, but he was, or came home shortly after they entered the house. Riley knew that Langmead recognized him from their earlier dealings. Although the details are not clear, it seems there was some struggle between Riley and Langmead. Once subdued, Langmead was put in a chair and his arms secured by rope or duct tape. He began to yell. Tape was applied to his mouth. The question was whether Henry or Riley applied the fatal windings of 24 feet of duct tape to Langmead's mouth and nose, or whether it was both of them, and with what intent. After the killing, the three intruders stole marijuana plants, a guitar, a VCR and a van. They took Langmead's body with them. They drove a couple of hours to the Alexandra Bridge in the Fraser Canyon, threw the body into the river and rolled the van over a cliff. Nine days later, Langmead's body was found floating downstream. The duct tape was still wound around his head.

13 The police mounted an undercover operation and obtained incriminating statements from both of the appellants boasting of responsibility for the death of Langmead. After Riley's arrest, he made some further admissions to the police.

14 Both appellants were convicted of first degree murder, but in 1999 the British Columbia Court of Appeal held that the trial judge had failed to properly instruct the jury on the defence of intoxication. A new trial was ordered: (1999), 117 B.C.A.C. 49, 1999 BCCA 22.

15 At the second trial Henry continued to advance the defence of intoxication but Riley largely resiled from it, seeking instead to use his greater recollection of events to push the responsibility onto Henry. He testified to having assisted in securing Langmead's mouth with a few small pieces of tape only to stop him yelling, and said that thereafter Henry was alone with Langmead. Both men,

sont rendus en voiture chez M. Langmead. Selon leurs dires, ils ne s'attendaient pas à ce qu'il soit là, mais il s'y trouvait ou il y est arrivé peu après leur introduction dans la maison. M. Riley savait que M. Langmead l'avait reconnu parce qu'ils avaient déjà fait affaire ensemble. Les détails ne sont pas clairs, mais il semble qu'une lutte se soit engagée entre MM. Riley et Langmead. Une fois maîtrisé, M. Langmead a été assis sur une chaise à laquelle on lui a attaché les bras à l'aide de cordes ou de ruban adhésif. Il a commencé à crier. On lui a mis du ruban adhésif sur la bouche. Reste à savoir si c'est M. Riley, M. Henry ou les deux qui ont couvert la bouche et le nez de M. Langmead avec les 24 pieds de ruban adhésif qui l'ont tué, et dans quelle intention. Après le meurtre, les trois intrus ont volé des plants de marijuana, une guitare, un magnétoscope et une fourgonnette. Ils ont emporté le cadavre de M. Langmead avec eux. Après avoir conduit quelques heures jusqu'au pont Alexandra dans le canyon du fleuve Fraser, ils ont jeté le corps dans le fleuve et poussé la fourgonnette en bas d'une falaise. Neuf jours plus tard, le corps a été retrouvé flottant en aval. Sa tête était encore entourée de ruban adhésif.

Des policiers ont mis en place une opération d'infiltration et ont obtenu des déclarations incriminantes des deux appelants, qui se sont vantés d'avoir tué M. Langmead. Après son arrestation, M. Riley a fait d'autres aveux à la police.

Les deux appelants ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué, en 1999, que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives appropriées concernant le moyen de défense d'ivresse et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès : (1999), 117 B.C.C.A. 49, 1999 BCCA 22.

Au deuxième procès, M. Henry a persisté à invoquer le moyen de défense d'ivresse, mais M. Riley l'a en grande partie abandonné et a plutôt cherché à tirer parti de ses souvenirs plus précis pour faire porter la responsabilité à M. Henry. Il a témoigné avoir aidé à fermer la bouche de M. Langmead avec quelques petits bouts de ruban adhésif, mais seulement pour l'empêcher de continuer à crier, et avoir

through their counsel, again admitted criminal responsibility for manslaughter. The only live issue at the second trial, as at the first trial, was whether it was a case of murder.

ensuite laissé M. Langmead seul avec M. Henry. Par l'intermédiaire de leur avocat, les deux hommes ont de nouveau reconnu leur responsabilité criminelle pour homicide involontaire coupable. La seule question à trancher au deuxième procès était, comme au premier, celle de savoir s'ils pouvaient être déclarés coupables de meurtre.

1. *Relevant Enactments*

Canadian Charter of Rights and Freedoms

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5

5. (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

1. *Dispositions législatives pertinentes*

Charte canadienne des droits et libertés 16

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

2. *Judicial History*

(a) The Trial Judge's Instructions on the Use of Prior Inconsistent Statements

The trial judge instructed the jury that they could use a witness's prior inconsistent statement whether given "under oath or otherwise" to assess the credibility of that witness's testimony, but that they could not use the prior statement for proof of its truth unless the witness adopted the statement as

2. *Historique judiciaire*

a) Les directives du juge du procès concernant l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles

Le juge du procès a dit au jury qu'il pouvait avoir recours aux déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, qu'elles aient été faites [TRADUCTION] « sous serment ou non », pour évaluer sa crédibilité, mais qu'il ne pouvait les considérer comme faisant foi de leur véracité à moins que le témoin n'ait admis 17

true. There was no objection by defence counsel to this portion of the charge.

18 Dealing specifically with references in the testimony to "another proceeding", the trial judge instructed the jury that they were not to speculate as to the nature or outcome of those proceedings. He also reminded the jury that Riley had admitted to lying under oath, and that this was a factor to be considered in assessing his credibility as a witness.

(b) The British Columbia Court of Appeal ((2003), 186 B.C.A.C. 106, 2003 BCCA 476)

19 A three-judge panel of the British Columbia Court of Appeal divided on the scope to be given to this Court's decision in *Noël*. In Southin J.A.'s analysis, *Noël* stands for the proposition that the testimony of a witness tending to prove him guilty of an offence, if given on someone else's trial, could not be used at his own subsequent trial for that same offence. The protection did not apply to the retrial of the same accused on the same charge.

20 Newbury J.A. took the view that on the facts both appellants had "opened the door" in their own testimony to being cross-examined on the prior inconsistent statements given at the first trial. The trade-off between the right of the Crown to compel a witness to answer questions — the response to which might incriminate him — and the right of an accused *qua* witness not to incriminate himself, does not apply where he has chosen to testify regarding previous incriminating statements given by himself in the first trial. Here the appellants' testimony had not been compelled; rather, it was offered in the second trial in an apparent attempt to gain credibility. The Crown was entitled to cross-examine on that evidence, she held.

21 Hall J.A., dissenting, considered that *Noël* had narrowed the permissible ambit of cross-examination of an accused in a retrial of the same

qu'elles étaient vraies. Les avocats de la défense ne se sont pas opposés à cette partie des directives.

Sur la question précise de la mention d'une [TRADUCTION] « autre procédure » dans le témoignage, le juge du procès a informé le jury qu'il ne devait pas faire de conjectures sur la nature ou l'issue de cette procédure. Il lui a également rappelé que M. Riley avait admis avoir menti lors d'un témoignage donné sous serment et qu'il s'agissait là d'un facteur à prendre en considération pour évaluer sa crédibilité comme témoin.

b) La Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((2003), 186 B.C.A.C. 106, 2003 BCCA 476)

Les trois juges qui ont entendu l'appel étaient partagés sur la question de la portée à donner à l'arrêt *Noël* de notre Cour. Selon la juge Southin, cet arrêt pose le principe que le témoignage tendant à prouver la culpabilité du témoin, donné au procès d'une autre personne, ne peut être subséquemment utilisé au procès du témoin pour la même infraction, mais que cette protection ne s'applique pas au nouveau procès du même accusé pour la même infraction.

Au vu des faits, la juge Newbury a estimé que les témoignages des deux appelants avaient « ouvert la porte » à leur contre-interrogatoire sur les déclarations antérieures incompatibles qu'ils avaient faites lors du premier procès. Selon elle, le compromis entre le droit du ministère public de contraindre un témoin à répondre à des questions — susceptibles de l'incriminer — et le droit d'un accusé témoin de ne pas s'incriminer ne trouve pas application lorsque l'accusé choisit de témoigner relativement à des déclarations antérieures incriminantes qu'il a faites au premier procès. Les appelants en l'espèce n'ont pas été contraints de témoigner; ils ont plutôt déposé au deuxième procès pour tenter, semble-t-il, de renforcer leur crédibilité. Elle était donc d'avis que le ministère public était admis à les contre-interroger sur ces déclarations.

Le juge Hall, dissident, estimait que l'arrêt *Noël* avait restreint le champ du contre-interrogatoire auquel un accusé pouvait être soumis lors de son

charge. On this view the cross-examination at the second trial of both appellants infringed the prohibition imposed by s. 13 of the *Charter*. The Crown used portions of Riley's previous testimony to show that he was more of a direct participant in the death of the victim than he had acknowledged in his testimony-in-chief at the second trial. The Crown's cross-examination of both appellants on the prior inconsistent statements was not just directed to credibility. Its effect was to incriminate them as being active participants in the murder. This was contrary to the principles laid down in *Noël* and *Allen*. He was not persuaded that the verdicts concerning both men would necessarily have been the same absent the error. He would have allowed the appeals of both appellants and ordered a third trial on the same charge. The appeal thus comes to us as of right based on Hall J.A.'s dissent on the proper scope of *Noël* and *Allen*.

nouveau procès pour la même infraction. Ainsi, le contre-interrogatoire des deux appelants à leur deuxième procès violait l'interdiction imposée par l'art. 13 de la *Charte*. Le ministère public s'était servi de passages du témoignage antérieur de M. Riley pour démontrer qu'il avait pris une part plus directe au décès de la victime qu'il ne l'avait reconnu dans son témoignage principal au deuxième procès. Le contre-interrogatoire des deux appelants sur leurs déclarations antérieures incompatibles ne visait pas uniquement à attaquer leur crédibilité. Il a eu pour effet de les incriminer comme ayant participé activement au meurtre, ce qui contrevenait aux principes formulés dans les arrêts *Noël* et *Allen*. Le juge Hall n'était pas convaincu que les verdicts auraient nécessairement été les mêmes, dans les deux cas, si cette erreur n'avait pas été commise. Il aurait accueilli les deux appels et ordonné un troisième procès pour la même accusation. Notre Cour est donc saisie d'un appel de plein droit fondé sur la dissidence du juge Hall concernant la portée à donner aux arrêts *Noël* et *Allen*.

III. Analysis

The consistent theme in the s. 13 jurisprudence is that "the purpose of s. 13 . . . is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves" (*Dubois*, at p. 358, and reiterated in *Kuldip*, at p. 629). That same purpose was flagged in *Noël*, the Court's most recent examination of s. 13, by Arbour J., at para. 21:

> Section 13 reflects a long-standing form of statutory protection against compulsory self-incrimination in Canadian law, and is best understood by reference to s. 5 of the *Canada Evidence Act*. Like the statutory protection, the constitutional one represents what Fish J.A. called a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony. [Emphasis added.]

There is thus a consensus that s. 13 was intended to extend s. 5 of the *Canada Evidence Act* to give further and better effect to this purpose. As McIntyre J. pointed out in *Dubois*, in reasons that

III. Analyse

22 Le thème constant de la jurisprudence relative à l'art. 13 est que « l'objet de l'art. 13 [. . .] est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (*Dubois*, p. 358, répété dans *Kuldip*, p. 629). Dans *Noël*, le plus récent des arrêts de notre Cour portant sur l'art. 13, la juge Arbour a insisté sur cet objet, le décrivant ainsi, au par. 21 :

> L'article 13 incorpore une protection légale contre l'auto-incrimination forcée établie de longue date en droit canadien, et la meilleure façon de l'interpréter est de l'examiner en regard de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. À l'instar de la protection légale, la protection constitutionnelle représente ce que le juge Fish a qualifié de *quid pro quo*, ou contrepartie : lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère. [Je souligne.]

23 Il y a donc consensus sur le fait que l'art. 13 vise à élargir la protection prévue à l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, afin de mieux réaliser cet objet. Comme le juge McIntyre l'a souligné

dissented in the result but not on this point, s. 13 "does not depend on any objection made by the witness giving the evidence. It is applicable and effective without invocation, and even where the witness in question is unaware of his rights" (p. 377). Further, s. 13 "is not limited to a question in respect of which a witness would have been entitled to refuse to answer at common law and its prohibition against the use of incriminating evidence is not limited to criminal proceedings. It confers a right against incrimination by the use of evidence given in one proceeding in any other proceedings" (p. 377). *Noël*, our most recent pronouncement, also agreed that s. 13 was intimately linked (though not necessarily limited to) the role and function traditionally served by s. 5 of the *Canada Evidence Act*.

24 Despite these broad areas of agreement, the Court's s. 13 jurisprudence bristles with observations that enable the appellants to argue with a measure of indignation that notwithstanding the fact they were not (and could not be) compelled to testify at their first trial, they ought nevertheless to have been protected as volunteers at their second trial from exposure of the contradictory testimony they gave at the first trial, despite the misleading impression with which such non-disclosure would have left the jury. The search for truth, they say, is limited by constitutional considerations. The appellants rely in particular on observations made in *Noël*, even though *Noël* did not involve the retrial of an accused on the same indictment, but the trial of an accused whose previous testimony had been compelled at the trial of somebody else on charges related to the same subject matter. *Noël* was a classic application of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, which in fact had wisely been invoked on Noël's behalf at the earlier trial of that other person, who happened to be his brother. It is therefore desirable to retrace the essentials of the jurisprudence from *Dubois* to *Noël* to determine whether the appellants' position on s. 13 is well founded.

dans ses motifs de dissidence quant au résultat mais non sur ce point dans *Dubois*, l'art. 13 « ne dépend aucunement de la formulation d'une objection par le témoin en question. Cette protection est applicable et opérante sans qu'il soit nécessaire de l'invoquer et même lorsque le témoin en question n'est pas au courant de ses droits » (p. 377). De plus, la protection de l'art. 13 « ne se limite pas à une question à laquelle un témoin aurait pu refuser de répondre en *common law* et l'interdiction d'utiliser un témoignage incriminant n'est pas restreinte à des procédures criminelles. L'article 13 confère le droit de ne pas être incriminé par l'utilisation d'un témoignage dans d'autres procédures que celles dans lesquelles il a été donné » (p. 377). L'arrêt *Noël*, notre plus récente décision sur la question, réitère aussi que l'art. 13 est étroitement lié (sans toutefois se limiter nécessairement) au rôle et à la fonction traditionnels de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

En dépit de ces consensus généraux, la jurisprudence de notre Cour sur l'art. 13 fourmille de commentaires qui permettent aux appelants de faire valoir avec une certaine indignation que, même s'ils n'ont pas été (et ne pouvaient être) contraints de témoigner à leur premier procès, ils devaient tout de même, lorsqu'ils ont témoigné de leur propre gré à leur deuxième procès, être protégés contre la communication de leur témoignage incompatible donné au premier procès, malgré l'impression trompeuse que cette non-divulgation pouvait donner au jury. Selon eux, des considérations constitutionnelles limitent la recherche de la vérité. Les appelants invoquent plus particulièrement des observations formulées dans *Noël*, même si cette affaire ne concernait pas la tenue d'un nouveau procès sur une même accusation, mais le procès d'un accusé qui avait été contraint de témoigner antérieurement au procès d'un tiers sur des accusations ayant le même fondement. L'arrêt *Noël* est un cas classique d'application du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, que l'avocat de M. Noël avait judicieusement invoqué lors du procès antérieur du tiers, qui était en l'occurrence le frère de l'accusé. Il est donc indiqué de reprendre les principes fondamentaux énoncés dans la jurisprudence, de *Dubois* à *Noël*, pour décider du bien-fondé de la position des appelants au sujet de l'art. 13.

1. *The Scope of Section 13 of the Charter*

Section 13 of the *Charter* precludes "incriminating evidence" given in one proceeding from being "used to incriminate that witness in any other proceedings". Incriminating evidence means "something 'from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged'": *Kuldip*, at p. 633. The meaning of this protection in the context of a retrial of an accused on the same charge was first considered in *Dubois*. The question was phrased in that case by Lamer J. (as he then was): "When a new trial is ordered on the same charge or on an included offence by a court of appeal, can the Crown adduce as evidence-in-chief the testimony given by an accused at the former trial?" (p. 353 (emphasis added)). Dubois was charged with second degree murder. At his first trial he admitted that he had killed the deceased but alleged justification. He was convicted, but successfully appealed the conviction and was granted a new trial on grounds of a misdirection to the jury. At the retrial, as part of its case-in-chief, the Crown read in Dubois' testimony from the first trial over an objection by Dubois' counsel based on s. 13 of the *Charter*. Dubois chose not to testify nor did he call any evidence. He was again convicted. The majority of our Court agreed that the testimony of the accused at the first trial could not be used by the Crown as part of its "case to meet" to incriminate the accused at the retrial on the same charge.

More specifically, *Dubois* concluded that the reference in s. 13 to "other proceedings" includes a retrial on the same indictment and that the term "witness" in s. 13 also applies to an accused testifying (voluntarily) in his or her own defence. Lamer J., for the majority, held that "given the nature and purpose of the [s. 13] right, which is essentially protection against self-incrimination, the issue of whether the testimony was compulsory or voluntary at the moment it was given is largely

1. *La portée de l'art. 13 de la Charte*

25 L'article 13 de la *Charte* énonce que « [c]hacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures ». On qualifie d'incriminant un élément qui « pourrait faire conclure au juge des faits que l'accusé est coupable du crime allégué » (*Kuldip*, p. 633). C'est dans *Dubois* que la portée de cette protection a été examinée pour la première fois dans le contexte du nouveau procès d'un accusé pour la même accusation. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a formulé ainsi la question qui se posait : « Lorsqu'une cour d'appel ordonne un nouveau procès à l'égard d'une même accusation ou d'une infraction comprise, la poursuite peut-elle présenter à titre de preuve principale le témoignage donné par un accusé au cours du premier procès? » (p. 353 (je souligne)). M. Dubois était accusé de meurtre au deuxième degré. Lors du premier procès, il avait avoué avoir tué la victime, tout en invoquant des justifications. Il avait été déclaré coupable, mais sa condamnation avait été infirmée en appel en raison de directives erronées données au jury. Un nouveau procès avait été ordonné, lors duquel le ministère public avait inclus dans sa preuve principale le témoignage donné par M. Dubois au premier procès, malgré une objection de son avocat fondée sur l'art. 13 de la *Charte*. M. Dubois n'avait pas témoigné et n'avait présenté aucune preuve. Il avait été déclaré coupable une deuxième fois. Les juges majoritaires de notre Cour ont estimé qu'au deuxième procès pour la même accusation, le ministère public ne pouvait, à des fins incriminantes, inclure dans la « preuve complète » qu'il lui incombait de présenter le témoignage donné par l'accusé au premier procès.

26 Plus précisément, l'arrêt *Dubois* a établi que les mots « autres procédures » figurant à l'art. 13 comprennent un deuxième procès pour la même accusation et que cette disposition s'applique au témoignage donné (de manière volontaire) par un accusé pour sa propre défense. Le juge Lamer, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré qu'« étant donné la nature et le but du droit, qui est essentiellement la protection contre l'auto-incrimination, la question de savoir si le témoignage était obligatoire ou

irrelevant. The focus of the right is on the second proceedings, the time at which the previous testimony is sought to be used, rather than the time at which it is given" (p. 361). At the second proceeding, however, Dubois was not a witness. He was exercising his absolute right not to testify at all. Therefore, as Lamer J. pointed out at p. 365: "I do not see how the evidence given by the accused to meet the case as it was in the first trial could become part of the Crown's case against the accused in the second trial, without being in violation of s. 11(*d*) [the presumption of innocence], and to a lesser extent of s. 11(*c*) [the right not to be compelled to be a witness]."

27 In my view, the same result would have followed if at the retrial in the present case the appellants had chosen not to testify. Whether or not the appellants had been voluntary witnesses at the earlier trial would have been, in that respect, irrelevant. At the second trial the testimony, had the Crown been permitted to file it as part of the case-in-chief, would have been compelled, and its use, on a purposeful interpretation of s. 13, prohibited.

28 *Dubois* was applied in *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, where, as in the present case, the Crown attempted to use prior inconsistent statements in the *cross-examination* of an accused at a retrial. The accused was charged with raping a woman in Edmonton. Shortly thereafter, but before an arrest could be made, he left Edmonton heading for British Columbia. Whether or not his departure could give rise to an inference of guilt depended in part on whether he knew of the rape investigation before he left. At the first trial he said that when he spoke to a police officer before his departure, he had been told that the officer wanted to see him concerning a rape. At the second trial, no doubt sensing the danger, he changed his story to say that while he knew the officer wanted to speak with him, he understood it was about his work as a police informant on unrelated matters, and he was afraid to speak to the officer because he had not lived up to certain obligations. At the second trial, the accused was

volontaire au moment où il a été donné est en grande partie non pertinente. Le droit vise principalement les secondes procédures, la date où l'on cherche à utiliser le témoignage antérieur, plutôt que celle où il a été donné » (p. 361). Lors de la deuxième instance, toutefois, M. Dubois n'a pas témoigné. Il a exercé son droit le plus absolu de ne pas témoigner. Par conséquent, le juge Lamer a souligné, à la p. 365 : « Je ne vois pas comment le témoignage donné par l'accusé pour réfuter la preuve soumise au premier procès pourrait, sans contrevenir à l'al. 11*d*) [le droit d'être présumé innocent], et à un degré moindre à l'al. 11*c*) [le droit de ne pas être contraint de témoigner], faire partie de la preuve présentée par la poursuite contre l'accusé au second procès. »

Je suis d'avis que le résultat aurait été le même si les appelants avaient décidé en l'espèce de ne pas témoigner au deuxième procès. À cet égard, il aurait été sans conséquence que les appelants aient témoigné volontairement ou non au procès antérieur. Si le ministère public avait été autorisé à déposer leur témoignage en preuve principale au deuxième procès, il se serait agi d'un témoignage forcé dont une interprétation téléologique de l'art. 13 interdit l'utilisation.

Les principes formulés dans *Dubois* ont été appliqués dans *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272. Dans cette affaire, comme en l'espèce, le ministère public avait tenté, lors d'un nouveau procès, de *contre-interroger* un accusé sur des déclarations antérieures incompatibles. M. Mannion avait été accusé d'avoir violé une femme à Edmonton. Peu après le crime, mais avant d'être arrêté, il avait quitté Edmonton et s'était rendu en Colombie-Britannique. La possibilité que son départ puisse faire conclure à sa culpabilité dépendait en partie de la question de savoir si, avant de partir, il était au courant qu'il y avait enquête sur le viol. Lors du premier procès, il avait affirmé que l'agent de police auquel il avait parlé avant de partir lui avait dit qu'il voulait le voir au sujet d'un viol. Lors du deuxième procès, flairant sans doute le danger, il a modifié sa version et indiqué qu'il savait que l'agent voulait lui parler mais qu'il pensait que c'était à propos de son travail d'informateur concernant

cross-examined on the different explanation he gave at the first trial, which the Crown submitted for the truth of its content. McIntyre J., for the Court, held that the cross-examination was improper. In doing so, however, he focussed on the *purpose* of the cross-examination (incrimination), rather than the *purpose* of s. 13 (protection against *compelled* self-incrimination). McIntyre J., with the unanimous support of his colleagues, accepted that the result of the holding in *Dubois* (in which he had dissented) dictated the outcome in *Mannion*. The distinction between Dubois' status as a compelled witness at the second trial and Mannion's status as a volunteer at both trials was not commented upon.

d'autres affaires et qu'il avait peur de lui parler parce qu'il ne s'était pas acquitté de certaines obligations. Il a été contre-interrogé sur l'explication différente qu'il avait fournie au premier procès et que le ministère public a présentée comme faisant foi de son contenu. Rendant jugement pour la Cour, le juge McIntyre a statué que le contre-interrogatoire était inadmissible. En tirant cette conclusion, toutefois, il a mis l'accent sur l'*objet* du contre-interrogatoire (l'incrimination) plutôt que sur l'*objet* de l'art. 13 (la protection contre l'*obligation* de s'incriminer). Le juge McIntyre, à l'opinion duquel ses collègues ont unanimement souscrit, a conclu que la décision rendue dans *Dubois* (où il était dissident) dictait l'issue dans *Mannion*. Il n'a formulé aucun commentaire sur le fait que le témoignage de M. Dubois à son deuxième procès était un témoignage forcé, tandis que M. Mannion avait témoigné volontairement à ses deux procès.

The Court returned to a purposive interpretation in *Kuldip*. The accused was charged with failing to remain at the scene of a car accident with the intent of escaping civil or criminal liability. At his first trial he volunteered that he had reported the accident to a constable at a police station in Toronto whom he identified as P.C. Brown. The Crown established that Brown was not on duty on the day in question. At the retrial, the accused again chose to testify, but changed his story to accommodate that awkward fact. Lamer C.J. for the majority of the Court held that the accused was properly confronted with his prior inconsistent statement:

29 La Cour est revenue à une interprétation téléologique dans *Kuldip*. L'accusé avait été inculpé d'omission de s'arrêter lors d'un accident dans l'intention d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle. Lors de son premier procès, il avait déclaré volontairement avoir signalé l'accident à un agent d'un poste de police de Toronto, qu'il avait identifié comme P.C. Brown. Le ministère public a prouvé que cet agent n'était pas en fonction ce jour-là. Lors de son nouveau procès, l'accusé a une fois de plus choisi de témoigner, mais il a modifié sa version des faits pour se sortir de cette situation embarrassante. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge en chef Lamer a statué que l'accusé avait été à bon droit confronté à ses déclarations antérieures incompatibles :

> An interpretation of s. 13 which insulates such an accused from having previous inconsistent statements put to him/her on cross-examination where the only purpose of doing so is to challenge that accused's credibility, would, in my view, "stack the deck" too highly in favour of the accused. [p. 636]

> Interpréter l'art. 13 de façon à protéger l'accusé contre un contre-interrogatoire portant sur ses déclarations antérieures incompatibles aux seules fins d'attaquer sa crédibilité, équivaudrait, à mon avis, à trop « fausser la donne » en faveur de l'accusé. [p. 636]

In other respects, *Kuldip* followed where *Mannion* had led. Lamer C.J. stated that the questions raised in the appeal were "identical to those examined by this Court in *Mannion*" (p. 628). The only difference in his view was that in *Mannion*, the

30 À d'autres égards, *Kuldip* a suivi la voie tracée par *Mannion*. Le juge en chef Lamer a estimé que les questions soulevées dans le pourvoi étaient « identiques à celles que la Cour a étudiées dans l'arrêt *Mannion* » (p. 628), à l'unique différence

purpose of the cross-examination was to incriminate, whereas in *Kuldip* it was to impeach credibility. A successful impeachment would do no more than nullify the accused's testimony. The Crown could not obtain a conviction except on the basis of other evidence.

31 Of interest in *Kuldip* is the example given by Lamer C.J., at p. 634, of a witness at a murder trial who testifies that the accused could not have murdered the victim in Ottawa because on the day in question they were both in Montreal doing a bank robbery. If the witness were later charged with the bank robbery in Montreal, and changed his story at his trial to say that in fact he was in Ottawa that day, Lamer C.J. said it would not infringe s. 13 to impeach credibility using the earlier admission (despite the fact the statement was incriminating both when given at the earlier trial and when used at the later trial). However the trial judge must warn the jury "that it would not be open to it to conclude, on the basis of his previous statement, that the accused was in Montreal on the day of the alleged bank robbery nor to conclude that the accused did, in fact, commit the bank robbery" (pp. 634-35). As will be seen, the facts of the example anticipate, to some extent, the situation in *Noël*.

32 *Kuldip* thus qualified *Mannion*. If the prior testimony is used at the retrial to incriminate, *Mannion* says s. 13 is violated. If the prior testimony is used to impeach credibility, and thereby to nullify the accused's retrial testimony, *Kuldip* says s. 13 permits it. As Lamer C.J.'s example of the bank robber shows, however, the distinction poses problems. There can be few triers of fact, whether judge or jurors, who would not have found the prior admission of the accused, that on the day in question he was in Montreal robbing a bank, probative on the issue of guilt of that offence.

que, dans *Mannion*, le contre-interrogatoire visait à incriminer l'accusé, tandis que, dans *Kuldip*, il visait à attaquer sa crédibilité. Le fait de réussir à discréditer l'accusé témoin aurait pour unique conséquence d'anéantir son témoignage. Le ministère public ne pourrait obtenir une condamnation sans l'appuyer sur d'autres éléments de preuve.

Dans l'arrêt *Kuldip*, le juge en chef Lamer donne, à la p. 634, l'exemple intéressant d'un témoin affirmant, lors d'un procès pour meurtre, que l'accusé ne peut avoir tué la victime à Ottawa parce que, cette journée-là, l'accusé et le témoin étaient à Montréal, occupés à dévaliser une banque. Si le témoin est par la suite accusé du vol de banque commis à Montréal et qu'il modifie sa version des faits à son procès pour affirmer qu'il se trouvait à Ottawa le jour en question, il ne serait pas contraire à l'art. 13, selon le juge en chef Lamer, d'utiliser la déclaration antérieure du témoin pour attaquer sa crédibilité (malgré que cette déclaration ait été incriminante à la fois lorsqu'elle a été donnée au procès antérieur et lorsqu'elle est utilisée au procès subséquent). Toutefois, le juge du procès doit avertir le jury « qu'il ne peut s'inspirer de la déclaration antérieure pour conclure que l'accusé se trouvait à Montréal le jour du vol de banque ni pour conclure que l'accusé a de fait commis le vol de banque » (p. 634). Comme on le verra, les faits de cet exemple préfigurent jusqu'à un certain point la situation de l'affaire *Noël*.

Kuldip apporte donc des réserves à *Mannion*. *Mannion* pose que l'utilisation du témoignage antérieur de l'accusé dans le but de l'incriminer lors de son nouveau procès viole l'art. 13. *Kuldip* statue que l'art. 13 permet néanmoins le recours au témoignage antérieur de l'accusé s'il vise à attaquer sa crédibilité et à anéantir ainsi son témoignage au nouveau procès. Comme l'illustre l'exemple du voleur de banque donné par le juge en chef Lamer, cette distinction pose toutefois des difficultés. En prenant connaissance du témoignage antérieur de l'accusé selon lequel il se trouvait à Montréal à dévaliser une banque le jour en question, peu de juges des faits, qu'ils soient juges ou jurés, réussiraient à ne lui attribuer aucune valeur probante quant à la culpabilité relativement à cette infraction.

Kuldip was endorsed by *Noël*, which applied the s. 13 jurisprudence to the case of an accused who at the previous trial was not the accused but a mere witness at somebody else's trial (as in Lamer C.J.'s bank robbery example in *Kuldip*). The accused had testified as a compellable witness during his brother's trial about his complicity in the senseless strangulation of a nine-year-old boy. He was subsequently charged with the murder, but at his own trial he denied any such complicity. The Crown put to him statement after statement that he had made at the earlier trial, which he acknowledged having made, and which formed an important element (if it was not virtually conclusive) in establishing his guilt. In that context, and recognizing that when testifying as a witness at his brother's trial Noël had claimed the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, Arbour J. emphasized the *quid pro quo* "when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination" (emphasis added) and held that "the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony" (para. 21). The emphasis in *Noël* on the *quid pro quo* reinforces the link between s. 13 of the *Charter* and s. 5 of the *Canada Evidence Act* and the whole issue of compelled testimony. It must be recognized that a witness who was also the accused at the first trial is at *both* trials a voluntary rather than a compelled witness, and therefore does not offer the same *quid pro quo*. (The notion that an accused who volunteers testimony can simultaneously object to answering questions whose answers may tend to incriminate him or her is a difficult concept. The whole point of volunteering testimony is to respond to the prosecution's case. Even answers to his or her own counsel's questions may tend to incriminate.)

Despite the difference between the trial of an accused who was a compelled witness in another "proceeding" and the retrial of an accused who volunteered evidence at both the first and second trials, the appellants here rely on the observation of Arbour J. at para. 4 of *Noël*:

L'arrêt *Noël* a confirmé l'arrêt *Kuldip*. Il a appliqué la jurisprudence relative à l'art. 13 au procès d'un accusé qui avait auparavant témoigné au procès d'un autre accusé, comme dans l'exemple du vol de banque donné par le juge en chef Lamer dans *Kuldip*. L'accusé avait déposé à titre de témoin contraignable au procès de son frère, relativement à sa complicité dans le meurtre gratuit d'un garçonnet de neuf ans mort par strangulation. Il avait par la suite été accusé de meurtre mais, à son propre procès, il avait nié toute complicité. Le ministère public l'avait confronté à de nombreuses déclarations, qu'il avait reconnu avoir faites au procès antérieur et qui constituaient un élément important (sinon pratiquement déterminant) de la preuve de sa culpabilité. Dans ce contexte, la juge Arbour, reconnaissant que M. Noël avait témoigné au procès de son frère en invoquant la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, a souligné qu'il y avait *quid pro quo*, ou contrepartie, « lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère » (par. 21 (je souligne)). L'accent mis sur la notion de contrepartie dans l'affaire *Noël* renforce le lien entre, d'une part, l'art. 13 de la *Charte* et l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et, d'autre part, toute la question du témoignage forcé. Il faut reconnaître que le témoin qui était aussi l'accusé au premier procès témoigne volontairement aux *deux* procès, sans y être contrait, et qu'il ne fournit donc pas la même contrepartie. (L'idée qu'un accusé qui décide de témoigner puisse en même temps refuser de répondre à des questions parce que ses réponses pourraient l'incriminer est difficile à saisir. Un accusé ne choisit de témoigner que pour réfuter la preuve du ministère public. Même les réponses aux questions de son propre avocat peuvent tendre à l'incriminer.)

Malgré la différence entre le procès d'un accusé qui a été contraint de témoigner dans une autre « procédure » et le nouveau procès d'un accusé qui a témoigné volontairement à ses deux procès, les appelants appuient leur argumentation sur le commentaire fait par la juge Arbour au par. 4 de l'arrêt *Noël* :

When an accused testifies at trial, he cannot be cross-examined on the basis of a prior testimony unless the trial judge is satisfied that there is no realistic danger that his prior testimony could be used to incriminate him. The danger of incrimination will vary with the nature of the prior evidence and the circumstances of the case including the efficacy of an adequate instruction to the jury.

The facts of *Noël* provide an interesting parallel to Lamer C.J.'s bank robbery example in *Kuldip*. In Lamer C.J.'s example, the prior testimony was considered admissible for impeachment, although it was undeniably incriminatory when given, and would almost certainly have been taken as incriminatory if allowed into evidence at the second trial. In *Noël*, the Crown's incriminatory purpose was unmistakable. Yet in both the bank robber example and in *Noël* itself the prior testimony was compelled, and its use thus posed a serious problem not only under the *Dubois* analysis of s. 13 but under s. 11(*c*) of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. (For present purposes, evidence of compellable witnesses should be treated as compelled even if their attendance was not enforced by a subpoena.)

35 *Kuldip* can be seen as an attempt by the Court to put the brakes on *Mannion*, but in its unwillingness to reconsider its reasoning in *Mannion*, the Court was required to resort to reliance on the sometimes difficult distinction between the purposes of impeachment of credibility and incrimination. Although this distinction is well established in the law (see, e.g., *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 25), its practicality in this particular context is frequently questioned. It is worth setting out in full what was said by Arthur Martin J.A., writing in *Kuldip*, when it was before the Ontario Court of Appeal:

Furthermore, in my view, where the prior evidence is used ostensibly to impeach the accused's credibility only, it nevertheless does assist the Crown in its case and, in a broad sense, may help to prove guilt. It is often difficult to draw a clear line between

[L]'accusé qui témoigne à son procès ne peut être contre-interrogé relativement à un témoignage qu'il a rendu antérieurement, sauf si le juge du procès est convaincu qu'il n'existe aucun risque réaliste que ce témoignage antérieur puisse être utilisé pour l'incriminer. Le risque d'incrimination variera selon la nature du témoignage antérieur et les circonstances de l'affaire, y compris l'efficacité de directives appropriées données au jury.

Les faits de l'affaire *Noël* permettent un parallèle intéressant avec l'exemple du vol de banque donné par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Kuldip*. Dans cet exemple, le témoignage antérieur était admissible pour attaquer la crédibilité, même s'il était incontestablement incriminant au moment où il a été donné et s'il était presque certain qu'il aurait été considéré tel au deuxième procès s'il y avait été admis en preuve. Dans *Noël*, le but du ministère public d'incriminer l'accusé était indéniable. Pourtant, tant dans l'exemple du voleur de banque que dans l'affaire *Noël*, le témoignage antérieur n'était pas volontaire, et son utilisation soulevait par conséquent un grave problème non seulement au regard de l'analyse de l'art. 13 faite dans *Dubois* mais également au regard de l'al. 11*c*) de la *Charte* et du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. (En l'espèce, il y a lieu de considérer la déposition d'un témoin contraignable comme un témoignage forcé même si le témoin n'a pas été assigné formellement.)

On peut voir dans *Kuldip* une tentative de la Cour de circonscrire la portée de l'arrêt *Mannion*, mais en voulant éviter de reconsidérer le raisonnement qu'elle avait suivi dans *Mannion*, la Cour a dû recourir à la distinction, parfois difficile à faire, entre l'objectif d'attaquer la crédibilité de l'accusé et l'objectif de l'incriminer. Bien que cette distinction soit bien établie en droit (p. ex. voir *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 25), son utilité pratique dans le contexte qui nous occupe est souvent remise en question. Ce qu'en a dit le juge Arthur Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Kuldip*, mérite d'être cité textuellement :

[TRADUCTION] J'estime en outre que même si le témoignage antérieur est visiblement utilisé dans le seul but d'attaquer la crédibilité, il n'en concourt pas moins à prouver les allégations du ministère public et, dans un sens large, il peut contribuer à établir la culpabilité.

cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. If the court concludes on the basis of the accused's contradictory statements that he deliberately lied on a material matter, that lie could give rise to an inference of guilt. [p. 23]

Il est souvent difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le tribunal qui, à partir des déclarations contradictoires d'un accusé, conclut que ce dernier a menti sciemment sur un point important, pourrait en inférer qu'il est coupable. [p. 23]

In Martin J.A.'s view, successful invocation of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* ought to exclude the prior testimony of the witness for *any* purpose, including impeachment of credibility (p. 20). Arbour J., writing in *Noël* in the context of incriminating statements made by a current accused at the earlier trial of somebody else, agreed with this interpretation (paras. 31-33) except for her acceptance of *Kuldip* in the very limited case of statements innocuous when made at the first trial and still innocuous with respect to the issue of guilt at the second trial (paras. 30 and 45). This, she observed, is the only outcome consistent with the *quid pro quo* that "lies at the heart of s. 13" (para. 25), which should be interpreted in a manner "co-extensive with that of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*" (para. 34).

Suivant le juge Martin, lorsque la protection prévue au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* s'applique, le témoignage antérieur du témoin ne peut être utilisé à *quelque* fin *que ce soit*, même pas pour miner sa crédibilité (p. 20). Dans *Noël*, dans le contexte de déclarations incriminantes faites par l'accusé actuel au procès antérieur d'un tiers, la juge Arbour a souscrit à cette interprétation (par. 31-33), sauf dans un cas très limité où elle estime que *Kuldip* s'applique, soit celui des déclarations qui étaient inoffensives lorsqu'elles ont été faites au premier procès et qui le sont toujours lorsqu'il s'agit d'établir la culpabilité au deuxième procès (par. 30 et 45). Selon elle, seul ce résultat est compatible avec la contrepartie « qui constitue un élément essentiel de l'art. 13 » (par. 25), lequel doit être interprété comme ayant « la même portée que celle accordée au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* » (par. 34).

The controversial aspect of *Noël* lies in its *obiter* extending to an accused at a retrial on the same indictment the identical protection enjoyed by witnesses who are compelled to testify at the trial of somebody else (or in another "proceeding"), and who can therefore invoke both s. 13 of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. *Noël* decides that in both cases, the root of this protection lies "in the *quid pro quo*" (para. 22) under which as a matter of legislative policy, testimonial immunity at common law was exchanged in 1893 for a limited testimonial *use* immunity.

36 L'aspect controversé de l'arrêt *Noël* réside dans l'opinion incidente qui accorde à l'accusé subissant un nouveau procès pour la même accusation une protection identique à celle dont bénéficient les témoins qui sont contraints de témoigner au procès d'un tiers (ou dans une autre « procédure »), et qui peuvent par conséquent invoquer tant l'art. 13 de la *Charte* que le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Selon l'arrêt *Noël*, dans les deux cas, « il s'agit à l'origine d'une contrepartie » (par. 22) qui procède du choix fait par le législateur en 1893 de remplacer l'immunité testimoniale en common law par une immunité limitée touchant l'*utilisation* du témoignage.

Noël was subsequently applied by this Court in *Allen*. That too was a case of an accused being confronted with prior testimony he had given as a witness at the trial of somebody else for the same murder. The Newfoundland Court of Appeal,

37 Notre Cour a par la suite appliqué l'arrêt *Noël* dans l'affaire *Allen*, laquelle concernait elle aussi un accusé confronté à un témoignage antérieur donné au procès d'un tiers pour le même meurtre. La Cour d'appel de Terre-Neuve (le juge

O'Neill J.A. dissenting, found that the cross-examination was directed to credibility, and was therefore authorized by *Kuldip*: (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2. Some of the prior compelled testimony used "to impeach" included statements that the accused had killed or thought he had killed the victim. In a brief judgment, this Court without much discussion applied *Noël* to find a s. 13 violation.

38 To recapitulate: *Dubois* was an attempt to compel testimony at a retrial; *Mannion* and *Kuldip* involved the use of prior voluntary testimony of an accused at the retrial; and *Noël* and *Allen*, were attempts by the Crown to use the compelled testimony of a witness at an earlier trial who had become the accused at the later trial. Despite this variation, in all of these cases except *Kuldip*, the prior testimony was excluded on the basis of s. 13 operating in combination with s. 11(*c*) of the *Charter* (and, in *Noël*, with s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*). Clearly there has not been consistent adherence to the underlying purpose of s. 13, namely "to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves" (emphasis added) (*Dubois*, at p. 358; *Kuldip*, at p. 629; and *Noël*, at para. 21).

2. *Should the Court Reconsider Dubois?*

39 The Attorney General of Canada submits that the Court should overrule *Dubois* and hold that s. 13 has no application to a retrial. The rationale underlying *Dubois* for extending s. 13 protection to an accused in a retrial, however, was because when a "new" trial is ordered the accused is entitled not to testify at all. Thus, to allow the Crown simply to file the testimony of the accused given at the prior trial (now overturned) would permit the Crown indirectly to compel the accused to testify at the retrial where s. 11(*c*) of the *Charter* would not permit such compelled self-incrimination directly. The Crown must prove its case without

O'Neill était dissident) avait conclu que le contre-interrogatoire visait à attaquer la crédibilité et qu'il était donc autorisé en vertu de *Kuldip* : (2002), 208 Nfld. & P.E.I.R. 250, 2002 NFCA 2. Le témoignage forcé utilisé afin de « discréditer » le témoin comprenait notamment des déclarations dans lesquelles l'accusé disait avoir tué la victime ou penser l'avoir tuée. Dans un jugement succinct, notre Cour a appliqué l'arrêt *Noël*, sans procéder à une longue analyse, et elle a conclu qu'il y avait eu violation de l'art. 13.

Pour récapituler, *Dubois* portait sur une tentative de forcer un témoignage lors d'un nouveau procès; *Mannion* et *Kuldip* concernaient l'utilisation, lors d'un nouveau procès, du témoignage volontaire que l'accusé avait donné antérieurement; dans *Noël* et *Allen*, le ministère public a voulu utiliser contre l'accusé, lors de son procès, le témoignage forcé qu'il avait donné à titre de témoin dans un procès antérieur. En dépit de ces différences, dans tous les cas sauf *Kuldip*, le témoignage antérieur a été exclu sur le fondement de l'art. 13, appliqué en conjonction avec l'al. 11*c*) de la *Charte* (et, dans *Noël*, avec le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*). On constate à l'évidence que certaines décisions s'éloignent de l'objet fondamental de l'art. 13, qui consiste à « protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (je souligne) (*Dubois*, p. 358; *Kuldip*, p. 629; et *Noël*, par. 21).

2. *La Cour devrait-elle reconsidérer l'arrêt Dubois?*

Le procureur général du Canada soutient que la Cour devrait revenir sur sa décision dans *Dubois* et déclarer que l'art. 13 ne s'applique pas à un nouveau procès. Toutefois, la raison fondamentale pour laquelle l'arrêt *Dubois* statue que la protection prévue à l'art. 13 s'étend à l'accusé qui subit un « nouveau » procès est le droit de l'accusé de ne pas témoigner du tout à son nouveau procès. Ainsi, en permettant au ministère public de déposer simplement le témoignage de l'accusé au procès antérieur (maintenant annulé), on lui permettrait de contraindre indirectement l'accusé à témoigner à son nouveau procès, alors que l'al. 11*c*) de la *Charte* lui

recruiting the accused to self-incriminate. As Lamer J. pointed out,

> the accused is being *conscripted* to help the Crown in discharging its burden of *a case to meet*, and is thereby denied his or her right to stand mute until a case has been made out. [Emphasis in original; p. 365.]

Dubois, to repeat, was an attempt to compel testimony. The result was correct and we should decline the invitation to revisit it.

3. *Should the Court Reconsider Mannion?*

While *Mannion* followed *Dubois* on the textual point that the words "other proceedings" in s. 13 include a retrial of the same accused on the same indictment, it did not ask the further question whether excluding cross-examination on the prior volunteered testimony would further the *purpose* of s. 13 identified in *Dubois*, namely "to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves" (p. 358 (emphasis added)). *Mannion* was under reserve at the same time as *Dubois* and, as stated, the Court seems to have concluded that the result in the latter dictated the outcome of the former.

In my view, the crux of the problem is this. In *Dubois*, the prosecution sought to pre-empt the right of the accused not to testify. The filing of the earlier testimony was compelled self-incrimination. In *Mannion*, there was no such compulsion. The accused freely testified at his first trial and freely testified at his second trial. The compulsion, which lies at the root of the *quid pro quo* which in turn lies at the root of s. 13, was missing. Experience in the 20 years since *Dubois* and *Mannion* were decided shows that taking our eye off the underlying purpose of s. 13 has given rise to a number of distinctions and sub-distinctions that in the end have proven unworkable. Indeed in *Noël*, as Fish J.A. pointed out when the case was

interdit de le forcer directement à s'auto-incriminer. Le ministère public doit faire sa preuve sans faire appel à l'accusé pour qu'il s'auto-incrimine. Comme le juge Lamer l'a fait remarquer,

> l'accusé serait alors *forcé* d'aider la poursuite à s'acquitter du fardeau de *présenter une preuve complète* et en conséquence privé de son droit de se taire jusqu'à ce que la preuve ait été faite. [En italique dans l'original; p. 365.]

L'affaire *Dubois*, je le répète, portait sur la tentative de forcer un témoignage. Cette décision est bien fondée, et la Cour devrait refuser de la reconsidérer. 40

3. *La Cour devrait-elle reconsidérer l'arrêt Mannion?*

Bien que l'arrêt *Mannion* ait suivi l'arrêt *Dubois* quant à savoir si les mots « autres procédures » à l'art. 13 comprennent le nouveau procès d'un même accusé pour la même accusation, il n'a pas poursuivi l'analyse et examiné la question de savoir si l'exclusion du contre-interrogatoire sur le témoignage antérieur donné volontairement permettrait de réaliser l'*objet* de l'art. 13 défini dans *Dubois*, c'est-à-dire de « protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (p. 358 (je souligne)). L'affaire *Mannion* était en délibéré en même temps que l'affaire *Dubois* et, comme on l'a indiqué, la Cour semble avoir conclu que l'issue de cette dernière dictait celle de *Mannion*. 41

À mon avis, le nœud du problème est le suivant. Dans *Dubois*, le ministère public voulait agir d'une façon qui aurait empiété sur le droit de l'accusé de ne pas témoigner. Le dépôt du témoignage antérieur équivalait à une auto-incrimination forcée. Cette contrainte était absente dans l'affaire *Mannion*, où l'accusé avait choisi librement de témoigner à ses deux procès. La contrainte à l'origine de la contrepartie, qui constitue un élément essentiel de l'art. 13, n'existait pas. Ce qui s'est produit au cours des 20 années écoulées depuis les arrêts *Dubois* et *Mannion* démontre qu'en s'éloignant de l'objet fondamental de l'art. 13, on tend à établir des distinctions et sous-distinctions qui mènent à des impasses fonctionnelles. Ainsi, 42

before the Quebec Court of Appeal, the jury asked a question which clearly demonstrated their failure (or unwillingness) to grasp the distinction between use of prior statements for the impeachment of credibility and use of prior statements for the purpose of incrimination (see (2001), 156 C.C.C. (3d) 17, at paras. 169 and 173-74, and in this Court, at paras. 19-20).

43 In my respectful view, notwithstanding the strong Court that decided *Mannion* and the cases that followed it, we should hold that s. 13 is *not* available to an accused who chooses to testify at his or her retrial on the same indictment.

44 The Court's practice, of course, is against departing from its precedents unless there are compelling reasons to do so: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at pp. 777-83; and *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at paras. 16-46. Nevertheless, while rare, departures do occur. In *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680, it was said that "[t]his Court has made it clear that constitutional decisions are not immutable, even in the absence of constitutional amendment" (p. 704), and in the *Charter* context the Court in *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, effectively overturned the result (if not the reasoning) in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, and *Reference re Ng Extradition (Can.)*, [1991] 2 S.C.R. 858. In the area of human rights, important reappraisals were made in *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489 (overturning the reasoning in *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561), and *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219 (overturning *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183). The Court should be particularly careful before reversing a precedent where the effect is to diminish *Charter* protection.

comme le juge Fish siégeant alors à la Cour d'appel du Québec l'a souligné dans *Noël*, le jury a posé une question indiquant indéniablement qu'il ne réussissait pas (ou n'était pas disposé) à saisir la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer (voir [2001] R.J.Q. 1464, par. 169 et 173-74, et les motifs de notre Cour, par. 19-20).

Je suis d'avis que, malgré l'arrêt unanime de la Cour dans *Mannion* et les arrêts qui ont suivi, il nous faut statuer qu'un accusé qui choisit de témoigner à son nouveau procès pour la même accusation *ne* peut *pas* se prévaloir de l'art. 13.

Naturellement, il n'est pas d'usage à la Cour de s'écarter des précédents à moins de raisons impérieuses : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 777-783; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 16-46. Néanmoins, il lui arrive effectivement de s'en écarter, même si elle le fait rarement. L'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, précise que la « Cour a affirmé clairement que les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle » (p. 704) et, dans *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, elle a effectivement écarté, dans le contexte de la *Charte*, le résultat auquel elle était parvenue (sinon son raisonnement) dans *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, et *Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)*, [1991] 2 R.C.S. 858. D'importantes réévaluations ont été faites dans le domaine des droits de la personne, notamment dans *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489 (rejetant le raisonnement adopté dans *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561), et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 (rejetant *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183). Cependant, la Cour doit se montrer particulièrement prudente avant d'écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte*.

I believe there are compelling reasons for declining to follow *Mannion*. The first, as discussed earlier, is that *Mannion* did not adopt an interpretation in line with the purpose of s. 13 spelled out in *Dubois*. Although *Dubois* had said that no distinction should be drawn between testimony that had been compelled or voluntary at the first trial, that comment was made in the context of an attempt to compel testimony at the second trial. The second reason is that the consequences of failing to return to the purpose of s. 13 have only emerged over time as the courts have struggled to work with the distinction between impeachment of credibility and incrimination in ways that, as the appellants' invocation of *Noël* illustrates in the present case, become "unduly and unnecessarily complex and technical": *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 859. In *Noël*, it will be recalled, the Court identified permissible cross-examination by reference to testimony "innocuous" when made at the initial trial and "innocuous" when used at the retrial, opening up consideration of various combinations and permutations of statements innocuous/incriminating, incriminating/innocuous and incriminating/incriminating, an exercise in classification that when argued on a question by question basis can become both protracted and somewhat unpredictable, as an examination of the questions at issue in the present appeal illustrates.

Je crois qu'il existe des raisons impérieuses de ne pas suivre l'arrêt *Mannion*. Premièrement, je le répète, l'interprétation retenue dans *Mannion* n'était pas conforme à l'objet de l'art. 13 défini dans *Dubois*. Bien que la Cour ait indiqué, dans *Dubois*, qu'il n'y avait pas lieu de distinguer les témoignages selon qu'ils étaient forcés ou volontaires au premier procès, elle a fait ce commentaire dans le contexte d'une tentative de forcer un témoignage au second procès. Deuxièmement, les conséquences du défaut de se reporter à l'objet de l'art. 13 se sont manifestées graduellement, au fur et à mesure que les tribunaux ont essayé de trouver tant bien que mal des façons d'appliquer la distinction entre attaquer la crédibilité de l'accusé et l'incriminer qui, comme le démontre l'utilisation de *Noël* faite par les appelants en l'espèce, sont devenues « inutilement et indûment complexe[s] et formaliste[s] » : *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 859. On se rappellera que, dans *Noël*, la Cour a déterminé quels contre-interrogatoires étaient permis en faisant référence au témoignage qui est « inoffensif » au procès initial et demeure « inoffensif » au moment où il est utilisé lors du nouveau procès, ouvrant ainsi la porte à l'examen de diverses combinaisons et permutations de déclarations inoffensives/incriminantes, incriminantes/inoffensives et incriminantes/incriminantes, un exercice de classification qui, s'il est exécuté individuellement pour chaque question, peut durer longtemps et donner un résultat imprévisible, comme le révèle l'examen des questions en litige en l'espèce.

The third reason, and I think the most important, is that the insistence that s. 13 has the same application in a retrial of the same accused on the same indictment as it does in a trial where the accused was formerly not an accused but a compellable witness has led to an unfair dilution of the s. 13 protection in the latter situation. Thus in the bank robbery example in *Kuldip*, the compelled testimony given as a witness at somebody else's trial would virtually guarantee the bank robber's conviction in his own subsequent prosecution. This is contrary to sound principle. Even though the bank robber was a compelled witness who had given *quid pro quo* testimony (as in *Noël*) at somebody else's trial, he would receive no greater or lesser protection than

Enfin, la troisième raison — et, à mon avis, la plus importante — est qu'en soutenant que l'art. 13 s'applique de la même façon qu'il s'agisse du deuxième procès d'un même accusé pour la même infraction ou du procès d'un accusé qui n'était qu'un témoin contraignable dans l'instance antérieure, on a indûment affaibli la protection offerte par l'art. 13 dans cette deuxième situation. Ainsi, dans l'exemple du voleur de banque évoqué dans *Kuldip*, la déposition forcée qu'il a faite en qualité de témoin au procès d'un tiers lui vaudrait presque inévitablement d'être déclaré coupable lors de son propre procès. Ce résultat serait contraire à des principes judicieux. Même si le voleur de banque a été contraint de témoigner au procès d'un tiers,

an accused who had been under no such compulsion at the earlier trial (*Kuldip* and *Mannion*). The attempt to subject these very different situations to the same constitutional rule results in the end in a satisfactory solution for neither.

47 In *Noël*, the Court saw the unfairness of putting *compelled* testimony to the accused and held that the Crown would be permitted to cross-examine an accused on prior testimony only

> when there is no possibility that the jury could use the content of the prior testimony to draw an inference of guilt, except to the limited extent that a finding that the accused has been untruthful under oath could be damaging to his defence. [Emphasis added; para. 54.]

The "no possibility" test significantly raises the bar set in *Kuldip*, yet one can readily see the need for such a stringent test on the facts of *Noël*, where the prior statements were made by a compelled witness who had invoked s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. However, the stringency of the "no possibility" test in *Noël* does not provide a satisfactory resolution in the case of a retrial of the accused who volunteers testimony at both trials and then seeks to shelter self-serving inconsistencies behind a *Charter* barrier. While the appellants argue (with some justification) that such an immunity flows from the *Mannion* line of cases, such a result is completely inconsistent with a purposive reading of s. 13. For these reasons, I believe *Mannion* should not be followed. Accused persons who testify at their first trial and then volunteer inconsistent testimony at the retrial on the same charge are in no need of protection "from being indirectly compelled to incriminate themselves" in any relevant sense of the word, and s. 13 protection should not be available to them.

fournissant ainsi sa contrepartie (comme dans *Noël*), la protection dont il bénéficierait ne serait pas différente de celle accordée à un accusé qui n'aurait pas fait l'objet d'une telle contrainte lors du procès antérieur (*Kuldip* et *Mannion*). En voulant appliquer la même règle constitutionnelle à ces situations très différentes, on aboutit à un résultat insatisfaisant dans les deux cas.

Dans *Noël*, la Cour a reconnu qu'il serait contraire à l'équité de confronter un accusé à son témoignage *forcé*, et elle a statué que le ministère public ne serait être autorisé à contre-interroger un accusé sur un témoignage antérieur que

> lorsqu'il est impossible que le jury puisse utiliser le contenu du témoignage antérieur pour inférer la culpabilité de l'accusé, sauf dans la mesure où la constatation que l'accusé a menti sous serment pourrait nuire à sa défense. [Je souligne; par. 54.]

Le critère de l'« impossibilité » est nettement plus exigeant que celui énoncé dans *Kuldip*, mais la nécessité d'un critère aussi rigoureux est facile à constater si l'on se reporte à l'affaire *Noël*, où les déclarations antérieures avaient été faites par un témoin forcé qui avait invoqué le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, la rigueur du critère de l'« impossibilité » énoncé dans *Noël* ne donne pas un résultat satisfaisant lorsqu'un accusé témoigne volontairement à ses deux procès et tente ensuite de protéger ses déclarations incompatibles intéressées en invoquant la *Charte*. Bien que les appelants avancent l'argument (justifié dans une certaine mesure) qu'une telle immunité découle des arrêts rendus dans la lignée de *Mannion*, ce résultat est totalement incompatible avec une interprétation téléologique de l'art. 13. J'estime, pour ces raisons, qu'il n'y a pas lieu de suivre l'arrêt *Mannion*. Les accusés qui, sans y être contraints, décident de témoigner à leur nouveau procès pour y faire des déclarations incompatibles avec celles qu'ils ont faites volontairement à leur premier procès relativement à la même accusation n'ont pas besoin d'être protégés « contre l'obligation indirecte de s'incriminer », quel que soit le sens attribué à ce mot, et ils ne devraient pas bénéficier de la protection de l'art. 13.

4. *Should the Court Reconsider Kuldip?*

Insofar as *Kuldip* permitted cross-examination of the accused on the inconsistent testimony he volunteered at his first trial, *Kuldip* should, of course, be affirmed. However, insofar as the Court felt compelled by *Mannion* to narrow the purpose of the cross-examination to the impeachment of credibility, and to deny the probative effect of the answers on the issue of guilt or innocence, it seems to me our decision today not to follow *Mannion* renders such restrictions no longer operative. If the contradiction reasonably gives rise to an inference of guilt, s. 13 of the *Charter* does not preclude the trier of fact from drawing the common sense inference.

5. *Should the Court Reconsider Noël?*

Noël is a classic example of prosecutorial abuse of the very "bargain" s. 13 was designed to enforce. Noël was not on trial at the time he gave the testimony subsequently relied upon by the Crown. He was a compellable witness who at common law could have refused to answer the Crown's questions that tended to show his guilt. He was compelled by s. 5(1) of the *Canada Evidence Act* to answer the incriminating questions, and in consequence he invoked the protection of s. 5(2). When s. 5(2) says "the answer so given shall not be used or admissible in evidence", it means not to be used for *any* purpose, including the impeachment of credibility. We should affirm the correctness of the result in *Noël* on its facts.

I would go further. Even though s. 13 talks of precluding the use of prior evidence "to incriminate that witness", and thus implicitly leaves the door open to its use for purposes other than incrimination such as impeachment of credibility (as *Kuldip* accepted), experience has demonstrated the difficulty in practice of working with that distinction. If, as *Noël* held, and as Arthur Martin J.A.

4. *La Cour devrait-elle reconsidérer l'arrêt Kuldip?*

48 L'arrêt *Kuldip* devrait bien sûr être confirmé, dans la mesure où il permet le contre-interrogatoire d'un accusé sur les déclarations incompatibles qu'il a faites volontairement à son premier procès. Toutefois, comme la Cour s'est sentie obligée, par l'arrêt *Mannion*, de limiter le but du contre-interrogatoire à une attaque de la crédibilité et de nier aux réponses tout effet probant relativement à la culpabilité ou à l'innocence, je crois que la présente décision de ne pas suivre l'arrêt *Mannion* a rendu ces restrictions inopérantes. Si les contradictions permettent raisonnablement d'inférer la culpabilité, l'art. 13 de la *Charte* n'empêche pas le juge des faits de tirer des conclusions fondées sur le bon sens.

5. *La Cour devrait-elle reconsidérer l'arrêt Noël?*

49 L'affaire *Noël* est l'exemple classique du non-respect par la poursuite du « marché » même auquel l'art. 13 vise à donner effet. M. Noël ne subissait pas son propre procès lorsqu'il a fait le témoignage que le ministère public a voulu utiliser par la suite. Il était un témoin contraignable qui, suivant la common law, aurait pu refuser de répondre aux questions de la poursuite qui tendaient à l'incriminer. Le paragraphe 5(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* l'obligeant à répondre aux questions incriminantes, il s'est prévalu de la protection prévue au par. 5(2). Le libellé du par. 5(2) selon lequel la réponse d'un témoin « ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve » signifie qu'elle ne peut être invoquée à *quelque* fin *que ce soit*, même pas pour attaquer sa crédibilité. Nous devons confirmer la validité de l'arrêt *Noël*, compte tenu des faits en cause.

50 J'irais plus loin. Bien que l'art. 13 dispose que le témoignage antérieur d'une personne ne peut être « utilisé pour l'incriminer », et qu'il laisse ainsi implicitement subsister la possibilité de l'utiliser à une autre fin que pour l'incriminer, par exemple pour attaquer sa crédibilité (comme l'a reconnu l'arrêt *Kuldip*), l'expérience a démontré qu'il était difficile d'appliquer cette distinction en pratique.

observed in *Kuldip*, the distinction is unrealistic in the context of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, it must equally be unrealistic in the context of s. 13 of the *Charter*. Accordingly, by parity of reasoning, I conclude that the prior *compelled* evidence should, under s. 13 as under s. 5(2), be treated as inadmissible in evidence against the accused, even for the ostensible purpose of challenging his or her credibility, and be restricted (in the words of s. 13 itself) to "a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence".

Si, comme l'a statué l'arrêt *Noël* et l'a fait remarquer le juge Arthur Martin dans *Kuldip*, cette distinction est irréaliste dans le contexte du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, elle doit aussi l'être dans le contexte de l'art. 13 de la *Charte*. Par souci de cohérence, je conclus donc que le témoignage antérieur *forcé* doit être considéré, tant sous le régime de l'art. 13 de la *Charte* que sous celui du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, comme inadmissible en preuve contre l'accusé, même dans le but manifeste d'attaquer sa crédibilité, et que son utilisation doit se limiter, selon les termes mêmes de l'art. 13, aux « poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires ».

6. *Should the Court Reconsider Allen?*

6. *La Cour devrait-elle reconsidérer l'arrêt Allen?*

51 *Allen* was a straightforward application of *Noël* to an accused who was confronted with prior compelled testimony given at the trial of somebody else. He had given his *quid pro quo*. The decision was correct.

L'affaire *Allen* est un cas d'application pure et simple de l'arrêt *Noël* à un accusé confronté à des déclarations antérieures qu'il avait faites à titre de témoin contraignable au procès d'un tiers. Il avait fourni sa contrepartie. Cette décision est correcte.

7. *The Significance of Obiter Dicta in Noël*

7. *La portée des remarques incidentes exprimées dans Noël*

52 The Attorney General of Ontario, in particular, argued more strenuously about some of the *obiter* commentary in *Noël* than about its actual result, such as Arbour J.'s suggestion that circumstances enabling a *Kuldip* type cross-examination might be "rare" (para. 60). The Attorney General worries that this sort of *obiter* will be seen as binding on trial courts. I do not think this "concern" is plausible. The comment was neither part of the legal analysis nor a direction to trial courts. It was simply an observation by an experienced judge. More significantly, the respondent and the intervening attorneys general contend that everything said in *Noël* about the application of s. 13 to an accused in a retrial on the same charge is *obiter*. While I agree that every judgment has to be read in light of the facts the Court was dealing with, and that *Noël* was emphatically not a case of a retrial of the same accused on the same indictment, nevertheless I believe the submissions of the attorneys general presuppose a strict and tidy demarcation between

Le procureur général de l'Ontario, en particulier, a fait valoir son point de vue sur certaines remarques incidentes exprimées dans *Noël* avec plus d'énergie que sur les principes effectivement établis par cette décision, notamment en ce qui concerne l'observation de la juge Arbour selon laquelle les circonstances où le contre-interrogatoire sera permis conformément à *Kuldip* seront « rares » (par. 60). Le procureur général craint que les tribunaux de première instance se sentent liés par ce genre de remarques. Cette « crainte » n'est pas plausible selon moi. Ce commentaire ne faisait nullement partie de l'analyse juridique et ne constituait aucunement une directive à l'intention des tribunaux de première instance. Il s'agissait simplement d'une observation émanant d'une juge expérimentée. Ce qui est plus important, l'intimée et les procureurs généraux intervenants soutiennent que tout ce qui est dit dans *Noël* au sujet de l'application de l'art. 13 au nouveau procès d'un accusé pour la même accusation n'a que valeur

the narrow *ratio decidendi* of a case, which is binding, and *obiter*, which they say may safely be ignored. I believe that this supposed dichotomy is an oversimplification of how the common law develops.

de remarque incidente. Bien que je convienne qu'il faille interpréter chaque décision en fonction des faits en cause et que l'affaire *Noël* ne mettait absolument pas en cause le nouveau procès d'un accusé pour la même accusation, je suis d'avis que l'affirmation des procureurs généraux présuppose qu'il existe une ligne de démarcation très nette entre la *ratio decidendi* bien circonscrite d'une affaire, qui a force contraignante, et les remarques incidentes, dont on peut, selon eux, faire abstraction sans danger. À mon avis, cette prétendue dichotomie procède d'une simplification à outrance du mode évolutif de la common law.

The traditional view expressed by the Earl of Halsbury L.C. was that "a case is only an authority for what it actually decides", and that

Selon l'opinion classique exprimée par le comte Halsbury, lord chancelier, [TRADUCTION] « une décision ne fait autorité qu'à l'égard des questions qu'elle tranche effectivement », et 53

> every judgment must be read as applicable to the particular facts proved, or assumed to be proved, since the generality of the expressions which may be found there are not intended to be expositions of the whole law, but governed and qualified by the particular facts of the case in which such expressions are to be found.

> [TRADUCTION] chaque jugement doit être interprété tel qu'il s'applique aux faits particuliers qui ont été établis, ou que l'on présume avoir été établis, car la plupart des énoncés qui y figurent ne se veulent pas des exposés de l'ensemble du droit, mais sont régis et nuancés par les faits particuliers de l'affaire dans laquelle ils se trouvent.

(*Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.), at p. 506)

(*Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.), p. 506)

The caution was important at the time, of course, because the House of Lords did not then claim the authority to review and overrule its own precedents. This is no longer the case. Even in the time of the Earl of Halsbury L.C., however, the challenge was to know how broadly or how narrowly to draw "what it actually decides" (p. 506). In Canada in the 1970s, the challenge became more acute when this Court's mandate became oriented less to error correction and more to development of the jurisprudence (or, as it is put in s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, to deal with questions of "public importance"). The amendments to the *Supreme Court Act* had two effects relevant to this question. Firstly, the Court took fewer appeals, thus accepting fewer opportunities to discuss a particular area of the law, and some judges felt that "we should make the most of the opportunity by adopting a more expansive approach to our

Naturellement, cette mise en garde était importante à l'époque, parce que la Chambre des Lords ne se prétendait pas alors autorisée à réviser et à écarter ses propres décisions. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. Toutefois, même à l'époque du comte Halsbury, la difficulté consistait à ne pas circonscrire trop largement ni trop étroitement les [TRADUCTION] « questions [que la décision] tranche effectivement » (p. 506). Dans les années 1970, au Canada, cette difficulté s'est accrue avec la réorientation de la mission de notre Cour, qui consiste désormais moins à corriger les erreurs et davantage à développer la jurisprudence (ou à analyser des questions ayant de « l'importance [. . .] pour le public », aux termes du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26). Les modifications apportées à la *Loi sur la Cour suprême* ont eu deux effets pertinents pour la question qui nous occupe. Premièrement, la Cour a autorisé moins

decision-making role": B. Wilson, "Decision-making in the Supreme Court" (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, at p. 234. Secondly, and more importantly, much of the Court's work (particularly under the *Charter*) required the development of a general analytical framework which necessarily went beyond what was essential for the disposition of the particular case. In those circumstances, the Court nevertheless intended that effect be given to the broader analysis. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, for example, Dickson C.J. laid out a broad purposive analysis of s. 1 of the *Charter*, but the dispositive point was his conclusion that there was no rational connection between the basic fact of possession of narcotics and the legislated presumption that the possession was for the purpose of trafficking. Yet the entire approach to s. 1 was intended to be, and has been regarded as, binding on other Canadian courts. It would be a foolhardy advocate who dismissed Dickson C.J.'s classic formulation of proportionality in *Oakes* as mere *obiter*. Thus if we were to ask "what *Oakes* actually decides", we would likely offer a more expansive definition in the post-*Charter* period than the Earl of Halsbury L.C. would have recognized a century ago.

54 From time to time there have been statements of some members of this Court that have been taken to suggest that other courts are bound by this Court's considered ruling on a point of law, even a point not strictly necessary to the conclusion. Most famously, in *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527, at p. 529, Chouinard J. resolved an issue respecting jury instructions by reference to an earlier decision of this Court and said:

de pourvois, se donnant ainsi moins de possibilités d'examiner un point de droit particulier, et certains juges ont estimé qu'il fallait [TRADUCTION] « tirer le plus grand parti possible de l'occasion offerte, en abordant notre fonction décisionnelle dans une perspective plus large » : B. Wilson, « Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, p. 234. Deuxièmement, et ce qui est plus important, la Cour a dû, dans bon nombre de dossiers (en particulier, ceux concernant la *Charte*), élaborer un cadre général d'analyse qui débordait nécessairement le strict minimum requis pour trancher le pourvoi. En pareil cas, la Cour voulait néanmoins conférer une certaine force contraignante à ce cadre général. Ainsi, le juge en chef Dickson, dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, a établi une méthode d'analyse téléologique générale pour l'application de l'article premier de la *Charte*, alors que le dispositif proprement dit de cet arrêt statuait qu'il n'existait aucun lien rationnel entre le simple fait d'avoir des stupéfiants en sa possession et la présomption légale que cette possession avait pour but d'en faire le trafic. Cependant, l'ensemble de la démarche décrite pour l'application de l'article premier était censée lier les autres tribunaux canadiens, et a effectivement été perçue ainsi. Il faudrait être bien téméraire aujourd'hui pour prétendre que l'énoncé classique du juge en chef Dickson sur la proportionnalité, dans l'arrêt *Oakes*, n'est qu'une remarque incidente. C'est pourquoi si l'on se demande quelles « questions l'arrêt *Oakes* tranche effectivement », on arrivera probablement à une définition plus large depuis l'entrée en vigueur de la *Charte* que celle que le comte Halsbury aurait formulée un siècle auparavant.

Certaines observations faites par des juges de notre Cour ont été interprétées, à l'occasion, comme signifiant que les autres tribunaux sont liés par l'opinion que la Cour exprime sur un point de droit après l'avoir examiné attentivement, même lorsqu'il n'était pas nécessaire qu'elle l'examine pour rendre jugement. Citons en exemple l'arrêt *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527, l'un des cas les plus notoires, où le juge Chouinard tranche une question concernant les directives au jury en se reportant à un arrêt antérieur de la Cour et dit, à la p. 529 :

. . . this is the interpretation that must prevail.

As it does from time to time, the Court has thus ruled on the point, although it was not absolutely necessary to do so in order to dispose of the appeal.

This statement was perfectly understandable in context. So far as Chouinard J. was concerned, the Court of which he was a member had ruled on the point, and he proposed to be consistent and follow it. However, the "*Sellars* principle", as it came to be known, was thought by some observers to stand for the proposition that whatever was said in a majority judgment of the Supreme Court of Canada was binding, no matter how incidental to the main point of the case or how far it was removed from the dispositive facts and principles of law; for varying views see, e.g., *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101 (Ont. C.A.); *R. v. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720 (Man. C.A.); *R. v. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1 (S.C.); *Clark v. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (N.B.C.A.); *Scarff v. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.); *Moses v. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (B.C.C.A.); *Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712 (C.A.); *Cardella v. Minister of National Revenue* (2001), 268 N.R. 168, 2001 FCA 39. Other cases are more critical: *R. v. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409 (Man. C.A.); *R. v. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1 (Nfld. C.A.); *R. v. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22.

Some of these comments simply reflect the practical consideration that disregarding the majority view of this Court on a point of law, even if it was not strictly necessary for the disposition of the case in which it was expressed, may just precipitate a successful appeal. Other comments suggested that the "*Sellars* principle" had ripened into a new doctrine of law. This extension was challenged in "*Ratio Decidendi* and *Obiter Dicta*" (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689, by the Honourable Douglas Lambert, writing extra-judicially, who canvassed the case law and concluded that at least

. . . telle est l'interprétation qui prévaut.

La Cour, comme elle le fait à l'occasion, s'est ainsi prononcée sur la question, même s'il n'était pas indispensable de le faire pour disposer du pourvoi.

55 Cet énoncé était bien compréhensible dans son contexte. Pour le juge Chouinard, l'instance décisionnelle dont il faisait partie avait statué sur la question, et il entendait faire preuve de cohérence et appliquer la règle. Toutefois, certains observateurs ont considéré que le « principe *Sellars* », comme on a fini par l'appeler, voulait que chaque observation figurant dans les motifs des juges majoritaires, si accessoire soit-elle par rapport à la question principale et si éloignée soit-elle des faits et principes de droit déterminants, avait force contraignante; pour différents points de vue, voir, p. ex., *Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association* (1981), 120 D.L.R. (3d) 101 (C.A. Ont.); *R. c. Sansregret*, [1984] 1 W.W.R. 720 (C.A. Man.); *R. c. Barrow* (1984), 65 N.S.R. (2d) 1 (C.S.); *Clark c. Canadian National Railway Co.* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (C.A.N.-B.); *Scarff c. Wilson* (1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290 (C.A.); *Moses c. Shore Board Builders Ltd.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 654 (C.A.C.-B.); *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.* (1998), 41 O.R. (3d) 712 (C.A.); *Cardella c. Canada*, [2001] A.C.F. nº 322 (QL), 2001 CAF 39. D'autres décisions sont plus critiques : *R. c. Chartrand* (1992), 74 C.C.C. (3d) 409 (C.A. Man.); *R. c. Hynes* (1999), 26 C.R. (5th) 1 (C.A.T.-N.); *R. c. Vu* (2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230; *McDiarmid Lumber Ltd. c. God's Lake First Nation* (2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22.

56 Certains de ces commentaires expriment simplement le point de vue pragmatique voulant que faire abstraction d'une opinion majoritaire de la Cour sur un point de droit, même non essentiel à l'arrêt, risque de se traduire par une infirmation en appel. D'autres laissent entendre que le « principe *Sellars* » a accédé au rang de nouvelle règle de droit, ce que nie le juge Douglas Lambert dans l'article « *Ratio Decidendi* and *Obiter Dicta* » (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689. Il y passe en revue la jurisprudence et conclut que la confusion est attribuable en partie, du moins, à une erreur dans la traduction

some of the confusion was due to an error translating Chouinard J.'s opinion from French to English as well as by an overstatement by the writer of the English headnote in *Sellars* itself. More recently, Professor M. Devinat, in "L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême" (1998), 77 *Can. Bar Rev.* 1, suggested that some courts were only too willing to broaden the scope of the "*Sellars* principle" to lighten their own workload by minimizing what remained for them to decide. If Professor Devinat is correct, the effect would be to deprive the legal system of much creative thought on the part of counsel and judges in other courts in continuing to examine the operation of legal principles in different and perhaps novel contexts, and to inhibit or skew the growth of the common law. This would be a consequence totally unforeseen and unintended by the Court that decided *Sellars*. Thus the notion of "binding effect" as a matter of law was disavowed by this Court in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at para. 168, for example, where Lamer C.J., writing for six members of the seven-judge panel said that "the remarks of Le Dain J. [writing for the Court in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673] were strictly *obiter dicta*, and do not bind the courts below".

57 The issue in each case, to return to the Halsbury question, is what did the case decide? Beyond the *ratio decidendi* which, as the Earl of Halsbury L.C. pointed out, is generally rooted in the facts, the legal point decided by this Court may be as narrow as the jury instruction at issue in *Sellars* or as broad as the *Oakes* test. All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative. Beyond that, there will be commentary, examples or exposition that are intended to be helpful and may be found to be persuasive, but are certainly not "binding" in the sense the *Sellars* principle in its most exaggerated form would have it. The objective of the exercise is to promote certainty in the law, not to stifle its

de l'opinion du juge Chouinard du français à l'anglais et à une exagération de la part de l'auteur de la version anglaise du sommaire de l'arrêt *Sellars* lui-même. Plus récemment, dans « L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême » (1998), 77 *R. du B. can.* 1, le professeur M. Devinat a exprimé l'avis que certains tribunaux n'étaient que trop heureux d'élargir la portée du « principe *Sellars* » pour alléger leur charge de travail en minimisant ce qu'il leur restait à décider. Si le professeur Devinat a raison, ce phénomène aurait pour effet de priver le système de justice d'un important apport créateur de la part des avocats et des juges d'autres tribunaux constamment appelés à examiner l'application des principes juridiques dans des contextes différents et peut-être inédits, et de freiner ou de fausser l'évolution de la common law. Or, les juges qui ont rendu l'arrêt *Sellars* n'ont absolument pas voulu ni prévu cette conséquence. Par conséquent, notre Cour a rejeté la notion d'effet juridiquement contraignant, par exemple, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, où le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom de six des sept juges de la formation, a écrit au par. 168 : « les remarques du juge Le Dain [qui a rédigé le jugement de la Cour dans *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673] étaient strictement une opinion incidente, qui ne lie pas les juridictions inférieures ».

Pour reprendre la formulation du comte Halsbury, il faut se demander chaque fois quelles questions ont été effectivement tranchées. Au-delà de la *ratio decidendi* qui est généralement ancrée dans les faits, comme l'a signalé le comte Halsbury, le point de droit tranché par la Cour peut être aussi étroit que la directive au jury en cause dans *Sellars* ou aussi large que le test établi par l'arrêt *Oakes*. Les remarques incidentes n'ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu'elles s'éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s'inscrire dans un cadre d'analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité. Au-delà, il s'agira de commentaires, d'exemples ou d'exposés qui se veulent utiles et peuvent être jugés convaincants, mais qui ne sont certainement pas « contraignants » comme le

growth and creativity. The notion that each phrase in a judgment of this Court should be treated as if enacted in a statute is not supported by the cases and is inconsistent with the basic fundamental principle that the common law develops by experience.

These propositions may be illustrated by *Noël* itself. At paragraph 36 and following, Arbour J. summarizes aspects of the jurisprudence under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, including points not necessary to the *Noël* judgment itself. The discussion, while *obiter*, is (as the saying goes) learned *obiter*, and would quite properly be regarded in future cases as an authoritative summary. On the other hand, the "rare circumstances" comment that bothered the Attorney General of Ontario was not part of the analysis, and should not be taken as imposing a rule or norm or even a statistical hurdle limiting other courts.

It is neither desirable nor practical to go through *Dubois*, *Mannion*, *Kuldip* and *Noël* to identify which of the *obiter* statements urged upon us by counsel at the hearing of this appeal should be regarded as authoritative. The present reasons endeavour to re-establish the core concept stated in *Dubois* that "the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(*c*) and (*d*), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves" (p. 358). To the extent statements in the other cases are inconsistent with the rationale of compulsion (the "*quid pro quo*"), they should no longer be regarded as authoritative.

IV. Conclusion

The result of a purposeful interpretation of s. 13 is that an accused will lose the *Mannion* advantage in relation to prior *volunteered* testimony but his or

voudrait le principe *Sellars* dans son expression la plus extrême. L'objectif est de contribuer à la certitude du droit, non de freiner son évolution et sa créativité. La thèse voulant que chaque énoncé d'un jugement de la Cour soit traité comme s'il s'agissait d'un texte de loi n'est pas étayée par la jurisprudence et va à l'encontre du principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent.

58 L'arrêt *Noël* lui-même peut servir d'illustration à cet égard. Aux paragraphes 36 et suiv., la juge Arbour résume certains points de la jurisprudence relative au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, dont des points non essentiels pour la décision à rendre dans *Noël*. Cet examen, même s'il s'agit d'une remarque incidente, est ce qu'on peut appeler une analyse savante, et il pourrait fort bien être considéré dans des dossiers ultérieurs comme un résumé qui fait autorité. Par contre, la remarque quant aux « rares circonstances » qui inquiétait le procureur général de l'Ontario ne faisait pas partie de l'analyse et ne doit pas être perçue comme imposant une règle, une norme ou même un obstacle statistique qui limite la marge de manœuvre des autres tribunaux.

59 Il ne serait ni utile ni souhaitable de passer au crible les arrêts *Dubois*, *Mannion*, *Kuldip* et *Noël* pour déterminer, parmi les remarques incidentes invoquées par les avocats à l'audition du pourvoi, celles qui devraient être considérées comme faisant autorité. Les présents motifs veulent rétablir le concept fondamental formulé dans *Dubois*, selon lequel « l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11*c*) et *d*), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer » (p. 358). Dans la mesure où les énoncés figurant dans les autres arrêts sont incompatibles avec la justification de la contrainte (la contrepartie), ils ne devraient plus être considérés comme faisant autorité.

IV. Conclusion

60 Selon une interprétation téléologique de l'art. 13, l'accusé perdra l'avantage que lui conférait l'arrêt *Mannion* relativement à son témoignage antérieur

her protection against the use of prior *compelled* testimony will be strengthened. The two different situations will be treated differently instead of homogenized, and the unpredictability inherent in sorting out attacks on credibility from attempts at incrimination will be avoided.

61 For the foregoing reasons, I conclude that the s. 13 *Charter* rights of the appellants (who were volunteers at both trials) were not violated by the Crown's cross-examination. Their appeals must therefore be dismissed.

Appeals dismissed.

Solicitors for the appellant Henry: J. M. Brian Coleman and Lisa Sturgess, Vancouver.

Solicitor for the appellant Riley: Gil D. McKinnon, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

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

volontaire, mais sa protection contre l'utilisation de ses témoignages antérieurs *forcés* sera renforcée. Ces deux situations différentes ne seront pas assimilées, mais traitées différemment, et l'imprévisibilité inhérente à la distinction entre attaquer la crédibilité de quelqu'un et tenter de l'incriminer sera éliminée.

Pour ces motifs, je conclus que le contre-interrogatoire mené par le ministère public n'a pas porté atteinte aux droits que l'art. 13 de la *Charte* garantit aux appelants — qui ont témoigné volontairement à leurs deux procès. Je suis donc d'avis que leurs pourvois doivent être rejetés.

Pourvois rejetés.

Procureurs de l'appelant Henry : J. M. Brian Coleman et Lisa Sturgess, Vancouver.

Procureur de l'appelant Riley : Gil D. McKinnon, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

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

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

Rainer Zenner *Appellant*

v.

Prince Edward Island College of Optometrists *Respondent*

INDEXED AS: ZENNER *v.* PRINCE EDWARD ISLAND COLLEGE OF OPTOMETRISTS

Neutral citation: 2005 SCC 77.

File No.: 30422.

2005: November 9; 2005: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Administrative law — Judicial review — Standard of review — College of Optometrists — College refusing to renew optometrist's licence for failure to provide evidence of continuing education — College issuing new licence five years later with special terms and conditions — Standard of review applicable to College's decisions — Whether standard of review applied correctly — Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, c. O-6, s. 15 — Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, s. 15(4).

Z practised as an optometrist in Ontario and Prince Edward Island beginning in the late 1970s. In 1994, Prince Edward Island amended its *Optometry Act* to require proof of 12 credit hours of continuing education in the preceding year or 36 hours in the preceding three years before a licence to practise optometry could be renewed. The relevant Regulations came into force in July 1995. At the end of that year, the College of Optometrists refused to renew Z's licence for 1996 because he had failed to submit evidence of continuing education for both 1994 and 1995. In 2001, Z applied for a new licence. The College informed him of the conditions for his reinstatement, in particular the completion of an accredited optometric or medical ethics course (condition 3) and success on the provincial jurisprudence examination set by the College (condition 4). Z sought judicial review of the 1996 decision not to renew his licence and of the 2001 decision imposing

Rainer Zenner *Appelant*

c.

Prince Edward Island College of Optometrists *Intimé*

RÉPERTORIÉ : ZENNER *c.* PRINCE EDWARD ISLAND COLLEGE OF OPTOMETRISTS

Référence neutre : 2005 CSC 77.

N° du greffe : 30422.

2005 : 9 novembre; 2005 : 16 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, SECTION D'APPEL

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Ordre des optométristes — Refus par l'Ordre de renouveler le permis d'un optométriste ayant omis d'apporter la preuve de sa participation à des activités de formation permanente — Délivrance par l'Ordre cinq ans plus tard d'un nouveau permis assorti de conditions particulières — Norme de contrôle applicable aux décisions de l'Ordre — La norme de contrôle a-t-elle été appliquée correctement? — Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. O-6, art. 15 — Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, art. 15(4).

Z exerce la profession d'optométriste en Ontario et à l'Île-du-Prince-Édouard depuis la fin des années 1970. En 1994, l'Île-du-Prince-Édouard a modifié l'*Optometry Act* et obligé les optométristes sollicitant le renouvellement de leur permis à prouver qu'ils ont suivi 12 heures-crédit de formation continue au cours de l'année précédente, ou 36 heures au cours des trois années précédentes. Les mesures réglementaires pertinentes sont entrées en vigueur en juillet 1995. À la fin de 1995, l'Ordre des optométristes a refusé de renouveler le permis de Z pour 1996, pour le motif que celui-ci n'avait pas présenté d'attestation de formation continue pour les années 1994 et 1995. En 2001, Z a demandé un nouveau permis. L'Ordre l'a informé des conditions imposées pour sa réintégration, en particulier l'obligation de suivre un cours agréé de déontologie destiné aux médecins ou aux optométristes (troisième condition) et l'obligation de réussir l'examen provincial, élaboré par

conditions for the issuance of his new licence. Both the Trial Division and Appeal Division of the Prince Edward Island Supreme Court dismissed the applications for judicial review.

Held: The appeal should be allowed in part. Condition 3 of the 2001 decision is quashed and the matter is returned to the College.

When the relevant factors of the pragmatic and functional approach are properly considered, the standard of review applicable to the College's decisions is reasonableness. [20-29]

The College properly exercised its jurisdiction for the 1996 decision, but misinterpreted s. 15(4) of the Regulations. Z was not required to demonstrate proof of his 1994 hours of continuing education, or proof of 24 hours for 1994 and 1995. However, once Z received his licence for 1995, the College was entitled to require evidence of 12 hours of continuing education for 1995 for the renewal of his licence in 1996. Since Z did not prove that he met that requirement, the College had, under s. 15(4)(b) of the *Optometrists Act* and s. 13(2) of the Regulations, a discretion not to renew Z's licence for 1996. The decision was reasonable, and the College did not exercise its discretion in an arbitrary manner. [4] [31-33]

With regard to the 2001 decision, the College may, before issuing a new licence, impose any special terms and conditions it considers appropriate. As no optometric or medical ethics course was, at the relevant time, accredited or offered by the College or prescribed in the Regulations, the College's exercise of its discretion in imposing completion of such a course as a condition was unreasonable. It follows that condition 3 is of no effect and must be quashed. The College's decision to impose condition 4, however, was reasonable. The record shows that a jurisprudence examination, which demonstrates knowledge of the applicable laws and ethics, is a normal requirement for the issuance of an initial optometry licence and that there were important factual circumstances in this case supporting the College's decision requiring Z to take such examination. [37] [40] [44]

l'Ordre, sur la connaissance de la législation applicable à l'exercice de l'optométrie (quatrième condition). Z a demandé le contrôle judiciaire de la décision de 1996 lui refusant le renouvellement de son permis et de la décision de 2001 assujettissant la délivrance du nouveau permis au respect de certaines conditions. Tant la Section de première instance que la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard ont rejeté les demandes de contrôle judiciaire.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie. La troisième condition imposée dans la décision de 2001 est annulée et l'affaire est renvoyée à l'Ordre.

Il ressort de la prise en compte des facteurs pertinents de la méthode pragmatique et fonctionnelle que la norme de contrôle applicable aux décisions de l'Ordre est celle du caractère raisonnable. [20-29]

L'Ordre a exercé ses pouvoirs de façon régulière dans le cas de la décision de 1996, mais il a mal interprété le par. 15(4) du Règlement. Z n'était pas tenu de faire la preuve des heures de formation continue suivies en 1994, ni de prouver qu'il en avait suivi 24 heures en 1994 et 1995. Cependant, une fois que Z avait obtenu son permis pour 1995, l'Ordre pouvait exiger une attestation de 12 heures de formation continue en 1995 pour le renouvellement de son permis en 1996. Comme Z n'a pas démontré qu'il s'était conformé à cette obligation, l'Ordre possédait, en vertu de l'al. 15(4)b) de *l'Optometry Act* et du par. 13(2) du Règlement, le pouvoir discrétionnaire de refuser le renouvellement du permis de celui-ci pour 1996. Cette décision était raisonnable et l'Ordre n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de manière arbitraire. [4] [31-33]

Pour ce qui est de la décision de 2001, l'Ordre peut assortir la délivrance d'un nouveau permis de toute condition particulière qu'il estime appropriée. Comme aucun cours de déontologie destiné aux médecins ou aux optométristes n'était, à l'époque pertinente, agréé ou offert par l'Ordre, ou prescrit par le Règlement, l'Ordre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable en imposant comme condition à l'appelant qu'il suive un tel cours. Pour cette raison, la troisième condition est sans effet et est annulée. Cependant, la décision de l'Ordre d'imposer la quatrième condition était raisonnable. Il ressort du dossier qu'un examen permettant d'établir que le candidat connaît les règles juridiques et déontologiques applicables constitue une condition normale de délivrance du premier permis d'exercice de l'optométrie, et qu'il existait en l'espèce plusieurs circonstances factuelles importantes étayant la décision de l'Ordre d'obliger Z à se soumettre à un tel examen. [37] [40] [44]

Cases Cited

Referred to: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

Statutes and Regulations Cited

Judicial Review Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-3, s. 3(1.1).
Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, ss. 5, 9, 13, 15(1), (4), 17, 18.
Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, c. O-6, ss. 12, 15(2), (4), (7), 18.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (Mitchell C.J. and McQuaid and Webber JJ.A.) (2004), 236 Nfld. & P.E.I.R. 198, 700 A.P.R. 198, 15 Admin. L.R. (4th) 241, [2004] P.E.I.J. No. 28 (QL), 2004 PESCAD 7, affirming a judgment of Campbell J. (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 107, 644 A.P.R. 107, [2002] P.E.I.J. No. 55 (QL), 2002 PESCTD 40. Appeal allowed in part.

Peter C. Ghiz, for the appellant.

John W. Hennessey, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

I. Introduction

This appeal is the result of the difficult relationship between the appellant ("Zenner" or "Dr. Zenner") and the Prince Edward Island College of Optometrists (the "respondent" or the "College").

In 1996, the College refused to renew the appellant's licence, concluding that he had not complied with the requirements of the *Optometry*

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Lois et règlements cités

Judicial Review Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-3, art. 3(1.1).
Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, art. 5, 9, 13, 15(1), (4), 17, 18.
Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. O-6, art. 12, 15(2), (4), (7), 18.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel (le juge en chef Mitchell et les juges McQuaid et Webber) (2004), 236 Nfld. & P.E.I.R. 198, 700 A.P.R. 198, 15 Admin. L.R. (4th) 241, [2004] P.E.I.J. No. 28 (QL), 2004 PESCAD 7, qui a confirmé un jugement du juge Campbell (2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 107, 644 A.P.R. 107, [2002] P.E.I.J. No. 55 (QL), 2002 PESCTD 40. Pourvoi accueilli en partie.

Peter C. Ghiz, pour l'appelant.

John W. Hennessey, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

I. Introduction

Le présent pourvoi est le résultat des rapports difficiles qu'entretiennent l'appelant, le Dr Zenner, et le Prince Edward Island College of Optometrist (l'« intimé » ou l'« Ordre »). 1

En 1996, l'Ordre a refusé de renouveler le permis de l'appelant, ayant conclu que celui-ci ne s'était pas conformé aux exigences de 2

Act, R.S.P.E.I. 1988, c. O-6 (the "Act"), and its Regulations (*Licensure Regulations*, P.E.I. Reg. EC473/95), to provide evidence of continuing education ("CE").

3 In 2001, the appellant filed an application for judicial review of the 1996 decision not to renew his licence and, in the meantime, applied to have a new licence issued by the College. On November 26, 2001, the College agreed to issue the appellant a new licence but, as permitted under s. 15(7) of the Act, imposed four conditions:

(1) provide evidence of active practice;

(2) pay fines totalling $14,000;

(3) complete an ethics course;

(4) pass the College jurisprudence examination.

Not content with the conditions imposed for the issuance of the new licence, the appellant amended his original application for judicial review to also include judicial review of the November 26, 2001 decision. Both judicial reviews were dismissed by the Prince Edward Island courts.

4 The College properly exercised its jurisdiction for the 1996 decision, but misinterpreted s. 15(4) of the Regulations. Dr. Zenner was not required to demonstrate proof of his 1994 hours of CE, or proof of 24 hours for 1994 and 1995. However, the request made for proof of 12 hours of CE for 1995 was valid. This request was repeatedly made but never complied with. Relying on his erroneous interpretation of the law, Dr. Zenner refused to provide proof of any hours and this was the immediate cause of the College's refusal to renew his licence. With regard to the 2001 decision, the College improperly imposed condition 3 of its decision. For the following reasons, the appeal is allowed in part.

l'*Optometry Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. O-6 (la « Loi »), et du *Licensure Regulations*, P.E.I. Reg. EC473/95 (le « Règlement »), en ne démontrant pas qu'il avait effectué les périodes de formation continue demandées.

En 2001, l'appelant a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision de 1996 lui refusant le renouvellement de son permis. Il a demandé, par la même occasion, que l'Ordre lui délivre un nouveau permis. Le 26 novembre 2001, l'Ordre a consenti à délivrer un nouveau permis à l'appelant, mais, comme l'y autorisait le par. 15(7) de la Loi, a attaché quatre conditions à celui-ci :

(1) présenter des éléments de preuve attestant qu'il exerçait activement sa profession;

(2) payer des amendes totalisant 14 000 $;

(3) suivre un cours de déontologie;

(4) réussir l'examen de l'Ordre portant sur la connaissance de la législation pertinente.

Insatisfait des conditions de délivrance du nouveau permis, l'appelant a modifié sa demande de contrôle judiciaire initiale, sollicitant également le contrôle judiciaire de la décision du 26 novembre 2001. Ces deux demandes ont été rejetées par les tribunaux de l'Île-du-Prince-Édouard.

L'Ordre a exercé ses pouvoirs de façon régulière dans le cas de la décision de 1996, mais il a mal interprété le par. 15(4) du Règlement. Le D[r] Zenner n'était pas tenu de faire la preuve des heures de formation continue suivies en 1994, ni de prouver qu'il en avait suivi 24 heures en 1994 et 1995. Cependant, la demande d'attestation des 12 heures de formation continue suivies en 1995 était valide. Cette demande a été présentée à maintes reprises, mais sans que l'appelant y donne suite. Se fondant sur sa propre interprétation erronée du droit, le D[r] Zenner a refusé de fournir la moindre preuve que ce soit au sujet des heures de formation continue suivies, ce qui a constitué la cause immédiate du refus par l'Ordre de renouveler son permis. Pour ce qui est de la décision de 2001 de l'Ordre, la troisième condition a été imposée de façon irrégulière. Pour les motifs qui suivent, le pourvoi est donc accueilli en partie.

II. Facts

The appellant has been a practising optometrist in Ontario and Prince Edward Island since the late 1970s. In 1994, the Act was amended and required proof of 12 credit hours of CE in the preceding year or 36 hours in the preceding three years before a licence to practise optometry could be renewed under s. 15(1) and (4) of the Regulations. The amendments to the Act received Royal Assent on May 19, 1994, but the amendment to the Regulations only came into force on July 8, 1995.

The appellant received his licence for 1995, but failed to provide the respondent with proof that he had obtained four hours of CE in 1994, as required under the old provisions of the Act. A curious aspect of the former requirement is that it was apparently never enforced, as it was considered to be a disciplinary matter. In a series of letters to the appellant, the College stated its requirements for CE in 1994 and informed him of the pending changes to the legislation. These changes explain the new approach of the College and its appropriateness.

At the end of 1995, the College refused to renew the appellant's licence for 1996 because he had failed to submit the evidence of CE for both 1994 and 1995. Nevertheless, despite numerous letters sent by the College informing him that his licence had expired, the appellant continued to practise optometry in Prince Edward Island until July 1997 when the College issued a public notice that his licence had expired on January 1, 1996.

In late 1995, the appellant sought legal advice. From 1995 until October 2000, he spoke to his lawyer almost weekly and was assured by her that she was dealing with the College and proceeding to court on his behalf. Instead, it turned out that she forged two court decisions in his favour. In fact, his counsel had taken no action and was subsequently

II. Les faits

5 L'appelant exerce la profession d'optométriste en Ontario et à l'Île-du-Prince-Édouard depuis la fin des années 1970. Par suite de modifications apportées à la Loi en 1994, l'optométriste qui sollicitait le renouvellement de son permis devait, en vertu des par. 15(1) et (4) du Règlement, prouver qu'il avait suivi 12 heures-crédit de formation continue au cours de l'année précédente, ou 36 heures dans les trois années précédentes. Les modifications en question ont reçu la sanction royale le 19 mai 1994, mais les modifications apportées au Règlement ne sont entrées en vigueur que le 8 juillet 1995.

6 L'appelant a reçu son permis pour 1995, mais il n'a pas fourni à l'intimé la preuve qu'il avait suivi quatre heures de formation continue en 1994, comme l'exigeaient les anciennes dispositions de la Loi. Curieusement, cette ancienne exigence semble ne jamais avoir été appliquée, car elle était considérée comme une mesure de nature disciplinaire. Dans une série de lettres adressées à l'appelant, l'Ordre a informé ce dernier de ses exigences en matière de formation continue pour 1994 et l'a averti des modifications imminentes de la législation. Ces changements expliquent et justifient la nouvelle façon de procéder de l'Ordre.

7 À la fin de 1995, l'Ordre a refusé de renouveler le permis de l'appelant pour 1996, pour le motif que celui-ci n'avait pas présenté d'attestation de formation continue pour les années 1994 et 1995. Malgré les nombreuses lettres de l'Ordre l'informant de l'expiration de son permis, l'appelant a néanmoins continué d'exercer l'optométrie à l'Île-du-Prince-Édouard jusqu'en juillet 1997, date à laquelle l'Ordre a fait paraître un avis public indiquant que le permis de ce dernier avait expiré le 1er janvier 1996.

8 Vers la fin de 1995, l'appelant a consulté une avocate. De 1995 à octobre 2000, il a parlé presque toutes les semaines à cette dernière, qui l'a assuré qu'elle négociait avec l'Ordre et avait intenté une poursuite en son nom. Il s'est plutôt avéré qu'elle avait rédigé deux faux jugements en sa faveur. En fait, son avocate n'avait entrepris aucune démarche

disciplined by her law society. It was also revealed that someone at the College had stated to his counsel that it would be "over their collective dead bodies that they would ever reinstate Dr. Zenner".

9 When the appellant became aware of his counsel's failure to deal with the College for his licensing problems, he immediately met with the College Registrar to explain the problem and to provide copies of his CE courses to date.

10 In November 2000, the appellant retained another lawyer and applied for reinstatement of his licence. He did not receive a reply. His new counsel, as instructed, sent a letter of application to the College. The College's response on February 12, 2001 was that, as more than two years had passed since the appellant had been licensed, he was required to apply as though for an initial licence, by paying a fee and submitting evidence that he had practised in another jurisdiction.

11 On February 16, 2001, the appellant sent the fee but did not send evidence that he had been practising in another jurisdiction. On November 26, 2001, the College informed the appellant of the four conditions of his reinstatement, pursuant to s. 15(7) of the Act. They were: (1) that he provide evidence of 900 hours of practice within the last five years or 450 within the last three years (which he provided satisfactorily on December 7, 2001); (2) that he pay fines totalling $14,000 for having contravened s. 18(1)(a) of the Act (this condition was removed at trial); (3) that he complete an accredited optometric or medical ethics course, the curriculum of which was to be provided in advance to the College for approval; (4) that he pass the provincial jurisprudence examination set by the Prince Edward Island College of Optometrists, which is an examination on the knowledge of the Act and Regulations applicable to the practice of optometry.

12 On April 12, 2001, prior to the College's letter setting out the four conditions, the appellant sought

et a subséquemment fait l'objet de sanctions disciplinaires de la part du Barreau. Il a aussi été révélé qu'une personne de l'Ordre avait déclaré à l'avocate qu'on devrait [TRADUCTION] « leur passer sur le corps pour réintégrer le D^r^ Zenner ».

Lorsqu'il a appris que son avocate n'avait pas discuté de ses problèmes de permis avec l'Ordre, l'appelant a rencontré sans délai le registraire de l'Ordre pour lui expliquer la situation et lui remettre des copies des attestations des cours de formation continue qu'il avait suivis jusque-là.

En novembre 2000, l'appelant a retenu les services d'un autre avocat et a demandé le rétablissement de son permis. Il n'a reçu aucune réponse. Conformément aux instructions qui lui avaient été données, son nouvel avocat a envoyé une lettre de demande de permis à l'Ordre. Le 12 février 2001, l'Ordre a répondu que, comme plus de deux années s'étaient écoulées depuis que l'appelant avait été titulaire d'un permis, il devait présenter sa demande comme s'il s'agissait d'une première demande de permis, payer les frais requis et prouver qu'il avait exercé sa profession dans un autre ressort.

Le 16 février 2001, l'appelant a envoyé le paiement des droits, mais non la preuve qu'il avait exercé dans un autre ressort. Le 26 novembre 2001, l'Ordre l'a informé des quatre conditions imposées pour sa réintégration conformément au par. 15(7) de la Loi. Il devait : (1) fournir la preuve qu'il avait exercé sa profession pendant 900 heures au cours des cinq dernières années ou pendant 450 heures au cours des trois dernières années (ce qu'il a fait de manière satisfaisante le 7 décembre 2001); (2) payer des amendes totalisant 14 000 $ pour avoir contrevenu à l'al. 18(1)a) de la Loi (condition levée lors du procès); (3) suivre un cours agréé de déontologie destiné aux médecins ou aux optométristes, dont le programme devait être soumis à l'approbation préalable de l'Ordre; (4) réussir l'examen provincial sur la connaissance de la législation applicable à l'exercice de l'optométrie, élaboré par l'Ordre des optométristes de l'Île-du-Prince-Édouard.

Le 12 avril 2001, avant que l'Ordre n'envoie la lettre énonçant les quatre conditions, l'appelant

judicial review of the 1996 decision not to renew his licence in the Trial Division and requested mandamus "directing the respondent to issue its decision on the [appellant]'s application for licensure" and directing the College to issue a license to the appellant. Later, an amended application sought judicial review of the conditions imposed in the November 26, 2001 letter.

a présenté à la Section de première instance une demande de contrôle judiciaire de la décision de 1996 lui refusant le renouvellement de son permis et une demande de mandamus [TRADUCTION] « enjoignant à l'intimé de statuer sur sa demande de permis » et de lui délivrer un permis. Par la suite, il a déposé une demande modifiée, dans laquelle il sollicitait le contrôle judiciaire des conditions imposées dans la lettre du 26 novembre 2001.

III. Relevant Statutory Provisions

The relevant provisions of the Act and Regulations are attached in the Appendix.

III. Dispositions législatives pertinentes

13 Les dispositions pertinentes de la Loi et du Règlement sont reproduites à l'annexe.

IV. Judicial History

A. *Supreme Court of Prince Edward Island, Trial Division* ((2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 107, 2002 PESCTD 40)

Campbell J. dismissed the application for judicial review with respect to the 1996 decision because it was barred by s. 3(1.1) of the *Judicial Review Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-3. He refused to grant an extension of time and noted that the application had not been filed until more than six months after the appellant became aware that his initial counsel had not taken the required action.

As to the 2001 decision, Campbell J. reviewed the respondent's actions and its legislative authority and found that the conditions imposed by the respondent were within the authority granted by the Act and the Regulations passed under it. He dismissed the application for judicial review.

IV. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section de première instance* ((2002), 215 Nfld. & P.E.I.R. 107, 2002 PESCTD 40)

14 Le juge Campbell a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision de 1996 pour cause de prescription en vertu du par. 3(1.1) de la *Judicial Review Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-3. Il a refusé d'accorder une prorogation de délai, soulignant que la demande avait été déposée plus de six mois après la découverte par l'appelant que sa première avocate n'avait pas pris les mesures nécessaires.

15 Dans le cas de la décision de 2001, après examen des mesures prises par l'intimé et des pouvoirs conférés à celui-ci par la législation, le juge Campbell a estimé que les conditions imposées par l'intimé n'excédaient par les pouvoirs dont disposait celui-ci en vertu de la Loi et du Règlement. En conséquence, il a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

B. *Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division* ((2004), 236 Nfld. & P.E.I.R. 198, 2004 PESCAD 7)

Webber J.A. held that the power to grant extensions of time was discretionary. Deference had to be shown to the College's decision, but its discretion had to be exercised judicially. In this case, the appellant had a *bona fide* intention to challenge

B. *Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel* ((2004), 236 Nfld. & P.E.I.R. 198, 2004 PESCAD 7)

16 La juge Webber a conclu que le pouvoir d'accorder des prorogations de délai était de nature discrétionnaire. Il fallait donc faire preuve de déférence à l'égard de la décision de l'Ordre, lequel était cependant tenu d'exercer judiciairement ce pouvoir

the College's decision and his original counsel's conduct provided him with a more than reasonable explanation for the delay up to October/November 2000.

17 Webber J.A. applied the pragmatic and functional approach to the standard of review and held that the appropriate standard was reasonableness. On the substance of the application, she held that the respondent did not have the authority to demand that the appellant prove that he had met the CE requirements for 1994 when the appellant sought renewal for 1996. For 1996, the amendments were in force and required that Dr. Zenner prove that he had met the CE requirements for the preceding year, but not that he prove that he had met the requirements for the 1995 renewal. Webber J.A. understood that the respondent was attempting to enforce its previous demands, but found that those demands were not relevant to the 1996 renewal.

18 The appellant's success on that point did not resolve the issue in his favour because he failed to prove that he had met the requirements for the 1996 licence: the appellant was required to demonstrate to the College's satisfaction that he had met the CE requirements. Thus, Webber J.A. held that the College did not exercise its power arbitrarily or unreasonably. As for the 2001 decision, she held that the respondent correctly required the appellant to apply as if for initial licensing in 2001. The issue then was whether the respondent was entitled to impose all the conditions set out in its letter of November 26, 2001. While the trial judge did not state a standard of review for the 2001 decision, Webber J.A. decided that the reasonableness standard should be applied. She found that the respondent had authority to require that the courses and exams be taken, and that there was evidence upon which the trial judge could have found that the College's interpretation

discrétionnaire. Dans la présente affaire, l'appelant avait réellement l'intention de contester la décision de l'Ordre et la conduite de l'avocate qu'il avait retenue initialement pouvait constituer une explication plus que raisonnable de son retard à agir, et ce, jusqu'en octobre ou novembre 2000.

La juge Webber a appliqué la méthode pragmatique et fonctionnelle pour déterminer la norme de contrôle applicable et conclu que la norme appropriée était celle fondée sur la décision raisonnable. Sur le fond de la demande, elle a jugé que l'intimé n'avait pas le pouvoir d'exiger de l'appelant la preuve qu'il avait satisfait aux exigences de formation continue pour 1994, lorsque ce dernier a demandé le renouvellement de son permis pour 1996. Pour l'année 1996, les modifications étaient en vigueur et le D[r] Zenner devait prouver qu'il s'était conformé aux exigences en matière de formation continue au cours de l'année précédente, mais il n'était pas tenu de prouver qu'il avait respecté les exigences pour le renouvellement de 1995. La juge Webber comprenait que l'intimé tentait de faire respecter ses exigences antérieures, mais elle a estimé que celles-ci ne s'appliquaient pas au renouvellement de 1996.

Bien qu'on lui ait donné raison sur ce point, l'appelant n'a pas eu gain de cause sur la question en litige, puisqu'il n'avait pas prouvé qu'il avait satisfait aux conditions d'obtention du permis pour 1996 : il devait démontrer à la satisfaction de l'Ordre qu'il s'était conformé aux exigences en matière de formation continue. La juge Webber a donc conclu que l'Ordre n'avait pas exercé son pouvoir de manière arbitraire ou déraisonnable. En ce qui a trait à la décision de 2001, elle a jugé que l'intimé avait eu raison d'obliger l'appelant à présenter sa demande comme s'il s'agissait, en 2001, d'une première demande de permis. Il restait alors à déterminer si l'intimé avait le droit d'imposer toutes les conditions formulées dans sa lettre du 26 novembre 2001. Bien que le juge de première instance n'ait pas précisé la norme de contrôle applicable à la décision de 2001, la juge Webber a décidé d'appliquer celle du caractère raisonnable. Elle a conclu que l'intimé avait le pouvoir d'exiger de l'appelant qu'il

of the legislation was reasonable. The appeal was dismissed.

V. Issues

This appeal raises the following issues:

(1) the appropriate standard of review of the College's decisions; and

(2) whether the standard of review was correctly applied.

VI. Analysis

A. *The Standard of Review*

The first issue is the standard of review that should be applied to the College's decisions? The analytical framework to answer this question was set out in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and re-stated in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19. The factors are: (a) the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; (b) the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; (c) the purposes of the legislation and the provision in particular; and (d) the nature of the question.

On the first ground, the Act does not provide a statutory right of appeal except for disciplinary matters not applicable here, nor does it contain any privative clause. The absence of a privative clause (or a statutory appeal) does not necessarily imply a high standard of scrutiny, where other factors dictate a lower standard. The specialization of duties intended by the legislature may warrant deference notwithstanding the absence of a privative clause: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 29.

suive des cours et se soumette à des examens, et qu'il existait des éléments de preuve au vu desquels le juge de première instance aurait pu conclure que l'interprétation donnée par l'Ordre aux textes de loi était raisonnable. L'appel a été rejeté.

V. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions suivantes : 19

(1) Quelle est la norme de contrôle applicable aux décisions de l'Ordre?

(2) Cette norme de contrôle a-t-elle été appliquée correctement?

VI. Analyse

A. *La norme de contrôle*

La première question consiste à déterminer quelle norme de contrôle doit être appliquée aux décisions de l'Ordre. Le cadre analytique permettant de répondre à cette question a été établi dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et réitéré dans *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19. Les facteurs applicables sont : a) la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; b) l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; c) l'objet de la loi et de la disposition particulière; d) la nature de la question. 20

Pour ce qui est du premier point, la Loi ne prévoit aucun droit d'appel, sauf sur des questions d'ordre disciplinaire non pertinentes en l'espèce, et ne comporte aucune clause privative. L'absence de clause privative (ou de droit d'appel prévu par la loi) n'implique pas nécessairement une norme élevée de contrôle, si d'autres facteurs commandent une norme moins exigeante. La spécialisation des fonctions voulue par le législateur peut appeler à la déférence malgré l'absence de clause privative : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 29. 21

22 The analysis of the expertise of the tribunal has three dimensions. The court must: (i) characterize the expertise of the tribunal, (ii) consider its own expertise relative to the tribunal; and (iii) identify the issue relative to that expertise: *Dr. Q*, at para. 28. In dealing with licensing, the College will logically and necessarily be versed in matters relevant to licensing, including standards of practice, initial educational requirements and CE requirements. In none of these areas would the court ordinarily be expected to have expertise.

23 The purpose of the College is to regulate the practice of optometry in Prince Edward Island, to promote a high standard of care and to safeguard the public's welfare. An important purpose of the College is to protect the public, in assessing qualifications of persons to practise optometry. A review of the Act and Regulations as a whole suggests that the College is to play an important role in setting standards and ensuring that the principles of the profession are upheld. This responsibility sets a higher level of deference.

24 In this specific case, it is the nature of the questions that will be largely determinative of the standard of review applicable. There are two different decisions subject to judicial review in this case: the 1996 decision and the 2001 decision. The nature of the first decision relates to the jurisdiction of the College, initially, to impose specific requirements of CE for the renewal of a licence and, second, to exercise the discretion not to renew the licence in 1996. The question in the 2001 decision relates, at the outset, to whether the College properly exercised its discretion in imposing conditions to the new licence application of the appellant and, second, to whether the conditions imposed were reasonable.

25 Generally, for the first three factors of the pragmatic and functional analysis, no specific factor warrants the lowest deferential standard but, on the

L'analyse relative à l'expertise du tribunal comporte trois dimensions. La cour doit (i) qualifier l'expertise du tribunal, (ii) examiner sa propre expertise par rapport à celle du tribunal et (iii) identifier la nature de la question par rapport à cette expertise : *Dr Q*, par. 28. Pour ce qui est de la délivrance des permis, l'Ordre est logiquement et nécessairement versé dans les divers aspects de cette question, notamment les normes d'exercice, les exigences de base en matière de scolarité et les besoins de formation continue. On ne s'attend pas normalement à ce que la cour de révision possède l'expertise requise dans l'un ou l'autre de ces aspects.

L'Ordre a pour mission de réglementer l'exercice de l'optométrie à l'Île-du-Prince-Édouard, d'assurer des soins de haute qualité et de veiller au bien-être du public. La protection du public par l'évaluation des compétences des personnes qui exercent l'optométrie représente l'une des missions importantes de l'Ordre. L'examen de l'ensemble de la Loi et du Règlement révèle que l'Ordre est censé jouer un rôle important dans l'établissement des normes et dans le contrôle du respect des principes de la profession. Cette responsabilité appelle à une déférence plus grande.

Dans la présente affaire, la nature des questions en litige déterminera dans une large mesure la norme de contrôle applicable. Deux décisions différentes sont soumises au contrôle judiciaire en l'espèce : la décision de 1996 et celle de 2001. La première concerne la compétence de l'Ordre : premièrement, le pouvoir de subordonner le renouvellement d'un permis au respect d'exigences précises en matière de formation continue; deuxièmement, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de refuser le renouvellement du permis en 1996. Dans le cas de la décision de 2001, il s'agit d'abord de déterminer si l'Ordre a exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire en imposant des conditions à l'égard de la nouvelle demande de permis soumise par l'appelant et, ensuite, de décider si les conditions imposées étaient raisonnables.

En règle générale, aucun des trois premiers facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle ne commande l'application de la norme appelant à la

other hand, the expertise of the College, the purpose of the provision and of the Act as a whole are not so specific as to favour the most deferential standard. The applicable standard of review will turn on the fourth criterion of the pragmatic and functional analysis, the nature of the question.

(1) The 1996 Decision

The appellant submitted that in 1996, the College did not have jurisdiction to require evidence of any CE. Even if the College had such jurisdiction, the appellant claims that it exercised this discretion in an arbitrary manner. Whether the College possessed this authority is a question of law, suggesting the least deferential standard of review, while the exercise of the discretion itself, within its jurisdiction, suggests a higher standard. The Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division, was correct in concluding that the standard of review should be reasonableness.

(2) The 2001 Decision

In 2001, the College agreed to re-issue a licence to the appellant, but with specific conditions, namely, that he pass an ethics course and a jurisprudence exam. This decision of the College on both points was discretionary, pursuant to s. 15(7) of the Act, in that the College could impose any special terms and conditions it considered appropriate; the basis for determining whether the conditions are appropriate can be found in s. 12 of the Act.

This Court has held that it is no longer sufficient, in determining the standard of review, to slot a particular issue into a pigeonhole of judicial review (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, and *Dr. Q*, at para. 25), and that it is not sufficient to merely identify a single error by the administrative decision maker. Therefore, the standard applicable to

déférence la moins grande, mais, par ailleurs, ni l'expertise de l'Ordre ni l'objet de la disposition et de la Loi dans son ensemble ne sont particuliers au point de favoriser l'application de la norme requérant la déférence la plus grande. La norme de contrôle applicable dépendra du quatrième critère de l'analyse pragmatique et fonctionnelle : la nature de la question.

(1) La décision de 1996

26 L'appelant a fait valoir que, en 1996, l'Ordre n'avait pas le pouvoir d'exiger une attestation de formation continue. Il soutient que, même si l'Ordre avait possédé ce pouvoir discrétionnaire, il l'a exercé de manière arbitraire. La question de savoir si l'Ordre possédait ce pouvoir est une question de droit, à l'égard de laquelle devrait s'appliquer la norme de contrôle impliquant la déférence la moins grande, alors que l'exercice même du pouvoir discrétionnaire, dans les limites des attributions de l'Ordre, invite à une norme plus stricte. La Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a à juste titre conclu que la norme de contrôle devrait être celle du caractère raisonnable.

(2) La décision de 2001

27 En 2001, l'Ordre a consenti à délivrer un nouveau permis à l'appelant, mais à des conditions précises, à savoir qu'il suive un cours de déontologie et se soumette à un examen portant sur la connaissance de la législation pertinente. Sur ces deux points, la décision de l'Ordre relevait de l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 15(7) de la Loi, en ce que l'Ordre pouvait imposer toutes les conditions particulières qu'il estimait appropriées; le caractère approprié des conditions imposées est déterminé au regard de l'art. 12 de la Loi.

28 La Cour a déjà statué que, pour déterminer la norme de contrôle à appliquer, il ne suffit plus de classer une question donnée dans une catégorie précise de contrôle judiciaire (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et *Dr Q*, par. 25) ni de découvrir simplement une erreur du décideur administratif. Par conséquent, la norme applicable à

the College's exercise of its discretion is not necessarily patent unreasonableness, as "the review for abuse of discretion may in principle range from correctness through unreasonableness to patent unreasonableness": *Dr. Q*, at para. 24; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at para. 54, *per* Binnie J.; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, at para. 37.

29 The Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division, had to determine if the conditions imposed were within the power of the College. Second, if they were, it then had to assess how the College's discretion was exercised. The decision is intricately bound to many factual findings and inferences about the facts surrounding the new application of Dr. Zenner and the interests of the public and the profession. All this suggests that a higher degree of deference should be afforded to the College. This indicates that the standard of review of the 2001 decision should be reasonableness.

B. *Was the Standard of Review Applied Correctly?*

30 The remaining issue is whether the standard of review was applied correctly. It is on this point that the appellant succeeds or fails. Was the College unreasonable in requiring proof of CE for the 1996 renewal, in exercising its discretion not to renew his license, and in requiring the conditions for the 2001 application for an initial licence?

(1) The 1996 Decision

31 Prior to the amendments to the Regulations which came into force in mid-1995, the College required four hours of CE per year. It appears,

l'exercice par l'Ordre de son pouvoir discrétionnaire n'est pas nécessairement celle du caractère manifestement déraisonnable, car « la norme de contrôle en matière d'abus de pouvoir discrétionnaire peut en principe aller de la norme de la décision correcte, en passant par celle du caractère déraisonnable, jusqu'à la norme du caractère manifestement déraisonnable » : *Dr Q*, par. 24; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 54, le juge Binnie; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 37.

La Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard devait d'abord déterminer si les conditions imposées n'excédaient pas les pouvoirs de l'Ordre. Dans l'affirmative, elle devait ensuite apprécier la façon dont l'Ordre avait exercé son pouvoir discrétionnaire. Cette décision est intrinsèquement liée à plusieurs conclusions de faits et inférences factuelles entourant la nouvelle demande soumise par le D[r] Zenner, à l'intérêt du public et à celui de la profession. Tout ceci invite à un degré élevé de déférence envers la décision de l'Ordre. Cela signifie que la norme de contrôle applicable à la décision de 2001 devrait être celle du caractère raisonnable.

B. *La norme de contrôle a-t-elle été appliquée correctement?*

Il reste à déterminer si la norme de contrôle a été appliquée correctement. La conclusion sur ce point déterminera si l'appelant aura gain de cause ou non. L'Ordre a-t-il agi de manière déraisonnable en exigeant une attestation de formation continue en vue du renouvellement du permis de l'appelant pour 1996, en exerçant son pouvoir discrétionnaire de ne pas renouveler ce permis et en imposant les conditions relatives à la demande de premier permis soumise en 2001?

(1) La décision de 1996

Avant les modifications apportées au Règlement, qui sont entrées en vigueur au milieu de l'année 1995, l'Ordre exigeait quatre heures de formation

however, that the College never actually required proof of CE before renewing the licences, as this was dealt with as a disciplinary matter. The appellant's licence was thus renewed for 1995 without such proof. However, as of July 8, 1995, the amendments to the Regulations (s. 15(1) and (4)) required proof of 12 credit hours of CE in the preceding year or 36 hours in the three preceding years. It appears that some of the confusion resulted from the College's requirement for the 1996 renewal of 12 hours of CE in the preceding year plus additional amounts for preceding years, which was invalid. The College was entitled to demand evidence that Dr. Zenner completed 12 hours of CE in 1995, but it was unreasonable to demand additional proof of CE for preceding years. The College, by imposing the 1994 requirement, was trying to retroactively enforce the CE requirements for a 1995 renewal. However, once Dr. Zenner received his licence for 1995, the College was entitled to require evidence of 12 hours of CE for 1995 for the renewal of his licence in 1996. Thus, Dr. Zenner was only obliged to provide proof of his 12 hours of CE in 1995.

This, however, does not affect the 1996 renewal in that the appellant did not prove that he met the requirement of 12 hours of CE in 1995. In these circumstances, did the College have jurisdiction to require this amount of CE for the 1996 renewal? Pursuant to s. 15(4) of the Regulations, effective mid-1995, the College could require proof of 12 hours of CE. Notwithstanding its error in requiring an additional amount, the appellant never complied with the valid requirement to submit evidence of CE. Under s. 13(2) of the Regulations and s. 15(4)(b) of the Act, the College had a discretion not to renew the licence for 1996 because the appellant had not complied with the requirement to

continue par année. Il appert toutefois que l'Ordre n'a jamais vraiment requis d'attestation de formation continue avant de renouveler les permis, cette exigence étant considérée comme une mesure de nature disciplinaire. Le permis de l'appelant a donc été renouvelé pour l'année 1995 sans une telle attestation. Cependant, à compter du 8 juillet 1995, les modifications apportées au Règlement (par. 15(1) et (4)) exigeaient une attestation de 12 heures-crédit de formation continue suivies au cours de l'année précédente ou de 36 heures au cours des trois années précédentes. Il semble que la confusion tienne en partie au fait que l'Ordre a assujetti le renouvellement du permis pour l'année 1996 à l'obligation d'avoir suivi 12 heures de formation continue au cours de l'année précédente, ainsi qu'un certain nombre d'heures additionnelles pour les années antérieures, exigence qui était invalide. L'Ordre pouvait exiger la preuve que le D[r] Zenner avait suivi 12 heures de formation continue en 1995, mais sa demande d'attestation additionnelle de formation continue pour les années antérieures était déraisonnable. En imposant le respect des exigences de formation continue pour 1994, l'Ordre tentait d'appliquer rétroactivement ces exigences comme condition pour le renouvellement de 1995. Cependant, une fois que le D[r] Zenner avait obtenu son permis pour 1995, l'Ordre pouvait exiger une attestation de 12 heures de formation continue en 1995 pour le renouvellement de son permis en 1996. Par conséquent, le D[r] Zenner était seulement tenu d'établir qu'il avait suivi les 12 heures de formation continue requises en 1995.

Cette constatation n'a cependant aucune incidence sur le renouvellement de 1996, l'appelant n'ayant pas prouvé qu'il s'était conformé à l'exigence relative aux 12 heures de formation continue en 1995. Vu ces circonstances, l'Ordre possédait-il le pouvoir d'exiger ce nombre d'heures de formation continue pour le renouvellement de 1996? Suivant le par. 15(4) du Règlement, disposition entrée en vigueur au milieu de 1995, l'Ordre pouvait exiger une attestation de 12 heures de formation continue. En dépit de l'erreur commise par l'Ordre lorsqu'il a exigé un certain nombre d'heures additionnelles, il reste que l'appelant ne s'est jamais conformé à la condition par ailleurs valide requérant la preuve 32

provide proof of CE. The College did not exercise its discretion in an arbitrary manner. It sent numerous letters in 1995 to the appellant requiring him to submit evidence for CE in 1995. The appellant should have known that, even if he was right that under the old abrogated provisions of the Act that the College could not require proof of CE in 1994 for the renewal in 1995, the College could, under the new requirements, require proof of CE in 1995 for the renewal in 1996.

de sa participation à des activités de formation continue. En vertu du par. 13(2) du Règlement et de l'al. 15(4)b) de la Loi, l'Ordre disposait du pouvoir discrétionnaire de refuser le renouvellement du permis pour 1996, puisque l'appelant ne s'était pas conformé à l'obligation de fournir une attestation de formation continue. L'Ordre n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de manière arbitraire. Il a envoyé de nombreuses lettres à l'appelant en 1995 afin de lui demander une attestation de formation continue pour l'année 1995. L'appelant aurait dû savoir que, même s'il avait raison d'affirmer que les anciennes dispositions de la Loi ne permettaient pas à l'Ordre d'exiger une attestation de participation à des activités de formation continue en 1994 pour le renouvellement du permis en 1995, l'Ordre pouvait, en vertu des nouvelles dispositions, exiger la preuve de la participation à de telles activités en 1995 pour le renouvellement du permis en 1996.

33 This is not a case where the licence was suspended without notice. The appellant knew what was required of him, the College had jurisdiction to make that requirement (i.e., the CE for the year preceding) for the 1996 renewal, and the appellant failed to oblige. The College was within its jurisdiction and could refuse the renewal. The decision was reasonable. The appellant argued that the decision was arbitrary, but he brought no valid argument in support of this allegation.

Nous ne sommes pas en présence d'un cas de suspension d'un permis sans préavis. L'appelant savait ce qu'on attendait de lui. L'Ordre avait le pouvoir d'imposer cette exigence (c'est-à-dire la participation à des activités de formation continue l'année précédente) pour le renouvellement de 1996, mais l'appelant n'a pas obtempéré. L'Ordre a agi dans les limites de ses attributions et pouvait refuser le renouvellement. Sa décision était raisonnable. L'appelant a prétendu que la décision était arbitraire, mais il n'a présenté aucun argument valable au soutien de cette prétention.

34 Because Dr. Zenner never applied to have his licence renewed in 1997, 1998, 1999 and 2000, he was unable to have his licence continued for 2001. Success on the 1996 renewal would be limited as his licence would, in the circumstances, here have been expired for more than two years. The 2001 decision is his only recourse for a new licence.

Comme le D[r] Zenner n'a jamais demandé le renouvellement de son permis en 1997, 1998, 1999 et 2000, il ne pouvait en obtenir le renouvellement pour 2001. S'il avait gain de cause sur le renouvellement de 1996, l'effet de cette victoire serait limité du fait que, dans les circonstances de l'espèce, son permis aurait été expiré pendant plus de deux ans. L'unique recours dont il dispose pour la délivrance d'un nouveau permis réside donc dans la décision de 2001.

(2) The 2001 Decision

(2) La décision de 2001

35 The 2001 conditions for a new licence were governed by the Act and provided that if the original

En 2001, les conditions de délivrance d'un nouveau permis étaient régies par la Loi. Celle-ci

licence had lapsed for a period of more than two years, which was not contested by the appellant, he had to apply as though applying for an initial licence, and the College could re-issue according to special terms and conditions (s. 15(7)).

The two impugned conditions, outlined in the College's letter dated November 26, 2001, state:

3. You are required to complete an accredited optometric or medical ethics course, the curriculum of which is to be provided in advance to the College for approval.

4. You must challenge and pass the provincial jurisprudence exam set by the Prince Edward Island College of Optometrists.

In deciding whether the College properly exercised its discretion in imposing the conditions, the basis for doing so must initially be determined. Section 15(7) of the Act provides that the College may impose any special terms and conditions it considered appropriate. Those conditions cannot be outside the jurisdiction of the College, as set out in s. 12 of the Act. Given that s. 12 exhaustively outlines the conditions required of persons seeking to be licensed to practise for the first time, the purpose of s. 15(7), which allows "special terms and conditions" to be imposed for the re-issuance of licences, is to authorize the College to impose less stringent conditions on a previously licensed optometrist seeking the re-issuance of a licence. It follows that the College cannot impose conditions, pursuant to s. 15(7), that could not be required of applicants for a first licence.

There are several relevant sections in the Regulations. Section 18 provides that in assessing an application for a licence to practise, the College or the Registrar may seek and take into account detailed information from the applicant and from other persons or bodies concerning the applicant's

prévoyait que, si le permis original était échu depuis plus de deux ans — fait que l'appelant n'a pas contesté —, l'intéressé devait présenter une demande comme s'il s'agissait d'un premier permis. L'Ordre pouvait alors lui délivrer un nouveau permis moyennant des conditions particulières (par. 15(7)).

Les deux conditions contestées, qui sont exposées dans la lettre de l'Ordre datée du 26 novembre 2001, sont les suivantes : 36

[TRADUCTION]

3. Vous devez suivre un cours de déontologie agréé destiné aux médecins ou aux optométristes, dont le programme devra être soumis à l'approbation préalable de l'Ordre.

4. Vous devez subir et réussir l'examen provincial sur la connaissance de la législation pertinente élaboré par l'Ordre des optométristes de l'Île-du-Prince-Édouard.

Avant de décider si l'Ordre a exercé de façon régulière son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a imposé ces conditions, il faut déterminer le fondement de ce pouvoir. Le paragraphe 15(7) de la Loi précise que l'Ordre peut imposer toute condition particulière qu'il estime appropriée. Dans l'établissement de ces conditions, l'Ordre ne peut outrepasser les pouvoirs dont il dispose en vertu de l'art. 12 de la Loi. Comme cet article énonce de manière exhaustive les conditions auxquelles doivent satisfaire les personnes qui demandent pour la première fois un permis d'exercice, le par. 15(7) — qui permet l'imposition de [TRADUCTION] « conditions particulières » pour la délivrance d'un nouveau permis — vise à autoriser l'Ordre à imposer des conditions moins rigoureuses à l'optométriste qui a déjà été titulaire d'un permis et en sollicite un nouveau. En conséquence, l'Ordre ne peut imposer à cet optométriste, en vertu du par. 15(7), des conditions qu'il ne pourrait imposer à la personne qui demande un premier permis. 37

Le Règlement comporte plusieurs dispositions pertinentes. L'article 18 prévoit que, dans l'évaluation d'une demande de permis d'exercice, l'Ordre ou le registraire peut tenir compte des renseignements détaillés obtenus auprès du demandeur et d'autres personnes ou organismes concernant la 38

training, credentials and experience, including verification of course work, examination results, standing with another regulatory body or professional organization, circumstances of previous practice and the like. This section allows the College to take various factors into account in exercising its discretion under s. 15(7) of the Act. In imposing conditions before issuing a licence, the College may consider a host of factors, including past practice. The College may look to its past experiences with the applicant to determine conditions, if any, for issuing the licence. Those conditions must always remain within the jurisdiction of the College, and be imposed to fulfil the College's purposes and ensure protection of the public.

39 There have been constant and various issues between the College and the appellant. The record identifies three specific problems. First, the appellant never agreed that the amendments to the Act and Regulations permitted the College to require evidence of CE. Second, the appellant was in violation of s. 18 of the Act by continuing to practise while his licence had expired, despite numerous letters from the College to that effect. Third, the appellant was reluctant to recognize the authority of the College, and he was seen by it to be unmanageable (Transcript of Proceedings before Campbell J., February 11, 2002 (reproduced in Appellant's Record, Tab 18, at pp. 54-56)). It is obvious that it was reasonable for the College to impose some conditions on Dr. Zenner's application.

(a) *The Reasonableness of Condition 3*

40 In this case, all the paragraphs of s. 12(1) of the Act are prescribed by Regulation except s. 12(1)(b). Section 12(1)(a) and (b) may be the legal ground to provide for some type of "course" work, as required by condition 3. As for condition 4, for

formation, les titres de compétence et l'expérience du demandeur. Il peut notamment vérifier ses travaux de cours, ses résultats d'examen, sa situation auprès d'un autre organisme de réglementation ou une autre organisation professionnelle et les circonstances de sa pratique antérieure. Cette disposition permet ainsi à l'Ordre de prendre en considération différents facteurs dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 15(7) de la Loi. Lorsqu'il impose des conditions pour la délivrance d'un permis, l'Ordre peut considérer une multitude de facteurs, y compris la pratique antérieure. Il peut s'appuyer sur ses rapports passés avec le demandeur pour fixer, s'il y a lieu, les conditions auxquelles devrait être assujettie la délivrance du permis. Cependant, les conditions imposées par l'Ordre doivent toujours respecter les limites des pouvoirs dont dispose celui-ci et tendre à la réalisation de sa mission et à la protection du public.

Les rapports entre l'Ordre et l'appelant ont constamment été marqués par des difficultés de diverse nature. Le dossier fait état de trois problèmes précis. Premièrement, l'appelant n'a jamais admis que les modifications à la Loi et au Règlement autorisaient l'Ordre à exiger une attestation de formation continue. Deuxièmement, l'appelant a enfreint l'art. 18 de la Loi en continuant d'exercer sa profession alors que son permis avait expiré, et ce, malgré les nombreuses lettres que lui a fait parvenir l'Ordre à ce sujet. Troisièmement, l'appelant s'est montré réticent à reconnaître la compétence de l'Ordre, qui le considérait comme une personne intraitable (Transcription des débats devant le juge Campbell le 11 février 2002 (reproduite dans le dossier de l'appelant, à l'onglet 18, p. 54-56)). Il est évident qu'il était raisonnable que l'Ordre impose certaines conditions à l'égard de la demande du Dr Zenner.

a) *Le caractère raisonnable de la troisième condition*

En l'espèce, les exigences prévues par les différents alinéas du par. 12(1) de la Loi, à l'exception de l'al. 12(1)b), sont prescrites dans le Règlement. Les alinéas 12(1)a) et b) peuvent constituer le fondement juridique permettant de prévoir certains

example, under s. 12(1)(d), a person seeking an original licence shall provide proof of knowledge and acceptance of prescribed standards of practice and ethical guidelines, as demonstrated in such a manner as may be prescribed. Compliance is subject to successful completion of an examination. For condition 3, the College could have prescribed and imposed a course of lectures in ethics. However, as correctly conceded by the respondent, no "optometric or medical ethics course" was, at the relevant time, accredited or offered by the College or prescribed in the Regulations pursuant to s. 12(1)(b). In those circumstances, the exercise of the College's discretion in imposing completion of such a course as a condition was unreasonable. It follows that condition 3 is of no effect and is quashed.

types de « cours », comme celui requis par la troisième condition. Pour ce qui est de la quatrième condition, par exemple, l'al. 12(1)d) précise que la personne qui demande un permis pour la première fois doit démontrer, de la manière prescrite, qu'elle connaît et accepte les normes d'exercice et le code de déontologie prescrits. Pour se conformer à cette condition, les intéressés doivent réussir un examen. En ce qui concerne la troisième condition, l'Ordre aurait pu prescrire et imposer des cours sur la déontologie. Toutefois, comme l'a à juste titre concédé l'intimé, aucun [TRADUCTION] « cours de déontologie destiné aux médecins ou aux optométristes » n'était, à l'époque pertinente, agréé ou offert par l'Ordre, ou prescrit par le Règlement en application de l'al. 12(1)b). Dans ces circonstances, en imposant comme condition à l'appelant qu'il suive un tel cours, l'Ordre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable. Pour cette raison, la troisième condition est sans effet et est annulée.

(b) *The Reasonableness of Condition 4*

As discussed above, the College imposed condition 4 requiring that Dr. Zenner pass a jurisprudence examination. Contrary to condition 3, the jurisprudence examination is provided for in s. 12(1)(d) of the Act, and prescribed in s. 5 of the Regulations. In accordance with s. 17 of the Regulations, which essentially provides that the College shall appoint an Examination Committee to set and administer the examination, this examination should demonstrate that Dr. Zenner had knowledge of the requirements under the Act directly applicable to the practice of optometry, and of prescribed standards of practice and ethical guidelines. Clearly, the College had jurisdiction to impose such a condition.

What remains is whether the College was reasonable in imposing the condition on the appellant. Section 18 of the Regulations permitted the College to consider the three specific problems outlined above. But were such factors serious enough to impose condition 4? In reviewing the exercise of discretion, a reviewing court should not re-weigh

b) *Le caractère raisonnable de la quatrième condition*

Comme il a été expliqué plus tôt, l'Ordre a imposé au D[r] Zenner une quatrième condition, soit celle de se soumettre à un examen portant sur la connaissance de la législation pertinente. Contrairement à la troisième condition, cet examen est prévu à l'al. 12(1)d) de la Loi et prescrit à l'art. 5 du Règlement. Conformément à l'art. 17 du Règlement, qui prévoit essentiellement que l'Ordre doit constituer un comité d'examen qui sera chargé d'élaborer et de faire passer l'examen, cet examen devrait démontrer que le D[r] Zenner connaissait les exigences de la Loi qui s'appliquent directement à l'exercice de l'optométrie, ainsi que les normes d'exercice et le code de déontologie prescrits. De toute évidence, l'Ordre avait compétence pour imposer une telle condition. 41

Il reste à déterminer si l'Ordre a agi raisonnablement en imposant cette condition à l'appelant. L'article 18 du Règlement permettait à l'Ordre de tenir compte des trois problèmes mentionnés précédemment, mais ces éléments étaient-ils suffisamment graves pour justifier l'imposition de la quatrième condition? La cour de révision appelée 42

the facts of the administrative decision maker and the courts below: *Suresh*, at para. 37.

43 A decision will be unreasonable only if there is no line of analysis within the given reasons that could reasonably lead the tribunal from the evidence to the conclusion it reached. If any of the reasons used to support the conclusion are tenable in the sense that they can stand scrutiny, then the decision is not unreasonable and a reviewing court must not interfere. This means that a decision may satisfy the reasonableness standard if it is supported by a tenable explanation even though the reviewing court itself may not have reached the same conclusion: *Ryan*, at para. 55; see also *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 56 and 79.

44 The record shows that a jurisprudence exam is a normal requirement for the issuance of an initial optometry licence. The College was not singling out Dr. Zenner (Appellant's Record, Tab 18, at pp. 97-98). Moreover, a jurisprudence examination demonstrates knowledge of the applicable laws and ethics. Consideration of a number of important factual circumstances supports the conclusion that the imposition of a jurisprudence examination was reasonable in this case: (1) the Act and Regulations had been amended while Dr. Zenner was practising in Ontario; (2) he had challenged the College's interpretation of its jurisdiction in the past on the requirement of proof of CE; (3) he was investigated for having associated with Zellers Optometry, which was presumably something prohibited by the College (Appellant's Record, Tab 18, at p. 97); (4) he continued to practise without a licence in 1996 and 1997 despite the warnings of the College and in breach of its ethical guidelines; (5) he had not practised full time in the province for many years; (6) as it is normal that applicants for an initial licence have to pass the jurisprudence examination, it shows the purpose of that requirement. While it appeared that the College could waive the latter requirement, it decided not to (Appellant's Record, Tab 18, at

à contrôler l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne doit pas réévaluer l'importance accordée aux faits par le décideur administratif et les juridictions inférieures : *Suresh*, par. 37.

La décision n'est déraisonnable que si les motifs exposés ne révèlent aucun mode d'analyse qui pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait. Si l'un ou l'autre des motifs invoqués au soutien de la décision est capable de résister à un examen approfondi, alors la décision n'est pas déraisonnable et la cour de révision ne doit pas intervenir. Cela signifie qu'une décision peut satisfaire à la norme du caractère raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, en dépit du fait que la cour de révision ne serait peut-être pas arrivée à la même conclusion : *Ryan*, par. 55; voir aussi *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 56 et 79.

Le dossier révèle que l'examen portant sur la connaissance de la législation pertinente constitue une condition normale de délivrance du premier permis d'exercice de l'optométrie. L'Ordre n'a pas traité différemment le D^r^ Zenner (dossier de l'appelant, onglet 18, p. 97-98). Qui plus est, un tel examen démontre la connaissance par le candidat des règles juridiques et déontologiques applicables. La prise en considération de plusieurs circonstances factuelles importantes étaye la conclusion selon laquelle le fait d'imposer un examen portant sur la législation pertinente était raisonnable en l'espèce : (1) la Loi et le Règlement avaient été modifiés pendant que le D^r^ Zenner exerçait sa profession en Ontario; (2) l'appelant avait auparavant contesté l'interprétation faite par l'Ordre quant à son pouvoir d'exiger une attestation de formation continue; (3) il avait fait l'objet d'une enquête pour son association avec Zellers Optometry, activité vraisemblablement interdite par l'Ordre (dossier de l'appelant, onglet 18, p. 97); (4) il a continué d'exercer sans permis en 1996 et en 1997, malgré les avertissements de l'Ordre et contrairement au Code de déontologie de celui-ci; (5) il n'avait pas exercé sa profession à temps plein dans la province pendant plusieurs années; (6) comme il est normal que les personnes

p. 98). The College submits that had Dr. Zenner been knowledgeable of the applicable legislation, he would have known what was permitted and prohibited (Appellant's Record, Tab 18, at pp. 96-97). The College could, pursuant to s. 18 of the Regulations, consider all the past experiences with the appellant in deciding which conditions to impose prior to the issuance of his licence. In imposing the conditions, the College was fulfilling its responsibility towards the public, while also respecting Dr. Zenner's right to seek and obtain his licence following the successful completion of the jurisprudence examination.

As a result, the College properly exercised its discretion and was not unreasonable in requiring that Dr. Zenner take the examination.

VII. The Other Grounds of Appeal

The appellant also submitted that he relied on legal advice that assured him that he was within his rights not to file evidence of CE to the College in 1996 and, in addition, that the College was biased against him in 2001. These submissions were not accepted in the Supreme Court of Prince Edward Island, Appeal Division. We agree with the court's disposition. There was no evidence or submissions indicating any error in that court's assessment.

VIII. Conclusion

The appeal is allowed in part with costs awarded to the appellant. Condition 3 requiring that the appellant pass an ethics course is quashed. This matter is returned to the College with directions that it be resolved in a timely manner in accordance with its usual practice, which is apparently four to six months.

demandant un premier permis soient tenues de subir l'examen portant sur la connaissance de la législation pertinente, la raison d'être de cette exigence est établie. Bien que l'Ordre eût pu, semble-t-il, lever cette dernière condition, il a décidé de ne pas le faire (dossier de l'appelant, onglet 18, p. 98). L'Ordre soutient que, si le D[r] Zenner avait connu la législation applicable, il aurait su ce que celle-ci permettait ou interdisait de faire (dossier de l'appelant, onglet 18, p. 96-97). En vertu de l'art. 18 du Règlement, l'Ordre pouvait tenir compte de ses rapports antérieurs avec l'appelant pour déterminer les conditions à imposer avant de lui délivrer son permis. En imposant ces conditions, l'Ordre s'acquittait de ses responsabilités envers le public, tout en respectant le droit du D[r] Zenner de demander et d'obtenir son permis après avoir réussi l'examen portant sur la connaissance de la législation pertinente.

45 En conséquence, l'Ordre a exercé régulièrement son pouvoir discrétionnaire et n'a pas agi de manière déraisonnable en exigeant du D[r] Zenner qu'il subisse l'examen.

VII. Les autres moyens d'appel

46 L'appelant a également fait valoir qu'il s'était fondé sur des conseils juridiques l'ayant assuré qu'il était en droit de ne pas produire d'attestation de formation continue auprès de l'Ordre en 1996 et que, en outre, celui-ci avait fait preuve de partialité à son endroit en 2001. Ces arguments n'ont pas été retenus par la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard. Nous souscrivons à cette décision. Il n'existe ni preuves ni observations indiquant que la cour a commis une erreur dans son appréciation.

VIII. Conclusion

47 Le pourvoi est accueilli en partie, avec dépens en faveur de l'appelant. La troisième condition, qui oblige l'appelant à suivre un cours de déontologie, est annulée. L'affaire est renvoyée à l'Ordre, qui devra en décider dans un délai conforme à sa pratique habituelle, soit apparemment quatre à six mois.

APPENDIX

Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, c. O-6, prior to the May 19, 1994 amendments

15. . . .

(2) Every person who holds a license to practise shall annually, on or before December 15, apply to the Registrar for a renewal thereof for the next ensuing year, and such renewal shall be granted upon payment of the annual fees prescribed by the regulations.

Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, c. O-6, as amended, coming into force May 19, 1994

12. (1) A person seeking to be licensed to practise as an optometrist shall apply to the College and shall provide proof of

(a) graduation from a school of optometry whose program is approved by the College;

(b) successful completion of such practical training and professional experience as may be prescribed;

(c) professional competency, as demonstrated by such examination as may be prescribed;

(d) knowledge and acceptance of the laws directly applicable to the practice of optometry, and of prescribed standards of practice and ethical guidelines, as demonstrated in such manner as may be prescribed; and

(e) currency of professional knowledge and skills, as indicated by such requirements as may be prescribed regarding recentness of professional education, examination, active practice or refresher program.

(2) The College may refuse to issue a license to an applicant who

(a) has been or is being investigated or disciplined for professional misconduct, negligence or incompetence by a regulatory authority or professional organization, until such time as the said authority or organization declares the applicant to be in good standing; or

(b) has been convicted of an offence of such a nature and direct relevance to professional practice that, in

ANNEXE

Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. O-6, avant les modifications du 19 mai 1994

[TRADUCTION]

15. . . .

(2) Les titulaires de permis d'exercice de la profession d'optométriste demandent au registraire, au plus tard le 15 décembre de chaque année, le renouvellement de leur permis pour l'année suivante, et ce renouvellement est accordé sur paiement des droits annuels prescrits par règlement.

Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. O-6, et ses modifications entrées en vigueur le 19 mai 1994

[TRADUCTION]

12. (1) La personne qui sollicite un permis l'autorisant à exercer l'optométrie présente à l'Ordre une demande à cet effet et fournit les pièces justificatives attestant du respect des exigences suivantes :

a) elle est diplômée d'une école d'optométrie dont le programme est approuvé par l'Ordre;

b) elle a effectué avec succès les stages de formation pratique prescrits;

c) elle possède les compétences professionnelles requises, vérifiées par l'examen prescrit;

d) elle démontre de la manière prescrite qu'elle connaît et accepte la législation directement applicable à l'exercice de l'optométrie, ainsi que les normes d'exercice et le code de déontologie prescrits;

e) elle démontre que ses connaissances et habiletés professionnelles sont à jour, en satisfaisant aux conditions prescrites en matière de formation professionnelle récente, d'examen, de pratique active ou de programme de mise à niveau.

(2) L'Ordre peut refuser de délivrer un permis dans les cas suivants :

a) le demandeur a été ou est l'objet d'une enquête ou de mesures disciplinaires pour faute professionnelle, négligence ou incompétence par un organisme de réglementation ou une organisation professionnelle, et il n'a pas encore été déclaré en règle par l'organisme ou l'organisation en question;

b) le demandeur a été reconnu coupable d'une infraction dont la nature et la pertinence directe au

the judgment of the College without any negative vote, the applicant would pose a danger to patients in the context of practice.

. . .

15. . . .

(4) The College shall renew a license if

(a) the College has no reason to believe that the person is in violation of the Act, regulations or any terms or conditions affecting the validity of the person's license;

(b) the person meets the prescribed requirements for currency of professional competency; and

(c) the person pays the prescribed renewal fee.

. . .

(7) If the lapse extends for a period of more than two years, the person must apply as if for initial licensure and the College may re-issue a license according to such special terms and conditions as it considers appropriate.

Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, effective July 8, 1995

5. For the purpose of demonstrating knowledge and acceptance of relevant laws, standards of practice and ethical guidelines under clause 12(1)(d) of the Act, an applicant shall successfully complete an examination on these matters, whether written or oral or both, conducted either in association with the examination cited in section 4 or in accordance with section 17.

. . .

9. The Registrar shall in writing notify the applicant of the decision on issuance of the license and shall

(a) in the case of an application judged eligible, upon receipt of the required fee, issue the license; or

(b) in the case of an application judged ineligible, furnish the applicant with an outline of the reasons

regard de l'exercice de la profession sont telles que, de l'avis unanime de l'Ordre, le demandeur constituerait un danger pour ses patients dans l'exercice de sa profession.

. . .

15. . . .

(4) L'Ordre renouvelle le permis si les conditions suivantes sont réunies :

a) il n'a aucune raison de croire que l'intéressé contrevient à la Loi, à ses règlements d'application ou à quelque condition ayant un effet sur la validité du permis;

b) l'intéressé répond aux exigences prescrites concernant l'actualisation de ses compétences professionnelles;

c) l'intéressé acquitte les droits de renouvellement prescrits.

. . .

(7) S'il s'est écoulé plus de deux ans [depuis l'expiration du permis], l'intéressé doit présenter une demande comme s'il s'agissait d'une première demande de permis et l'Ordre peut délivrer un nouveau permis selon les conditions particulières qu'il estime appropriées.

Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, en vigueur le 8 juillet 1995

[TRADUCTION]

5. Afin de démontrer, comme le requiert l'alinéa 12(1)d), qu'il connaît et accepte la législation, les normes d'exercice et le code de déontologie applicables, le demandeur doit réussir un examen oral, écrit ou les deux sur ces matières, qui aura lieu soit en même temps que l'examen mentionné à l'article 4, soit suivant les dispositions de l'article 17.

. . .

9. Le registraire informe par écrit le demandeur de la décision concernant la délivrance du permis et, selon le cas, prend la mesure prévue :

a) si la demande est jugée admissible, il délivre le permis sur réception des droits requis;

b) si la demande est jugée inadmissible, il fournit au demandeur un résumé des motifs justifiant la

therefor and also any directions regarding subsequent re-application.

. . .

13. (1) A person seeking annual renewal of a license shall apply to the Registrar at least thirty days before its expiry, providing payment of the required renewal fee and such evidence of continuing compliance with the prescribed standards as may be required.

(2) If there is any evidence that the applicant for renewal is in violation of the Act, regulations or terms of the license, or lacking the requirements for professional currency prescribed in sections 14 (currency) and 15 (continuing professional development), the College may refuse, suspend or impose conditions on renewal, but otherwise the license shall be renewed.

. . .

15. (1) A person who applies for renewal of a license shall demonstrate to the satisfaction of the College that the person has maintained familiarity with current practice and endeavoured to enhance professional competency by meeting such requirements for continuing professional development as are prescribed in these regulations or in Standards of Practice Regulations, whichever requirements are the more demanding.

. . .

(4) The prescribed minimum requirement of continuing professional development for purposes of renewing a license is 12 credit hours in the year preceding, or 36 credit hours in the three years preceding, the application for renewal.

. . .

17. (1) Where an examination other than the standard examination cited in subsection 4(1) is necessary, the College shall appoint an Examination Committee to set and administer it and evaluate the candidate's performance on it.

. . .

18. For the purpose of assessing an application for a license to practise, the College or the Registrar may

décision, accompagné de directives, s'il en est, en vue de la présentation d'une demande subséquente.

. . .

13. (1) La personne qui sollicite le renouvellement annuel de son permis présente au registraire, au moins trente jours avant l'expiration du permis, une demande en ce sens, accompagnée des droits de renouvellement requis et, sur demande à cet effet, de la preuve qu'elle continue de se conformer aux normes prescrites.

(2) S'il est prouvé que l'auteur de la demande de renouvellement contrevient à la Loi, aux règlements ou aux conditions du permis, ou qu'il ne respecte pas les exigences relatives aux compétences professionnelles établies aux articles 14 (actualisation) et 15 (formation professionnelle continue), l'Ordre peut refuser le renouvellement, le suspendre ou l'assortir de conditions; en l'absence d'une telle preuve, le permis doit être renouvelé.

. . .

15. (1) La personne qui demande le renouvellement de son permis doit démontrer, à la satisfaction de l'Ordre, qu'elle est au fait des pratiques actuelles et qu'elle s'est efforcée de parfaire ses compétences professionnelles en répondant aux exigences de formation professionnelle continue prescrites par le présent règlement, ou par le règlement sur les normes d'exercice si les exigences qui y sont prescrites sont plus rigoureuses.

. . .

(4) L'exigence minimale prescrite en matière de formation professionnelle continue pour le renouvellement du permis est de 12 heures-crédit dans l'année précédant la demande de renouvellement ou de 36 heures-crédit dans les trois années précédant cette demande.

. . .

17. (1) Lorsqu'un examen autre que l'examen normalisé mentionné au paragraphe 4(1) est nécessaire, l'Ordre doit constituer un comité d'examen chargé d'élaborer l'examen, de le faire passer et d'évaluer les résultats obtenus par le candidat.

. . .

18. Aux fins d'évaluation d'une demande de permis d'exercice, l'Ordre ou le registraire peut tenir compte

seek and take into account detailed information from the applicant and from other persons or bodies concerning the applicant's training, credentials and experience, including verification of course work, examination results, standing with another regulatory body or professional organization, circumstances of previous practice and the like.

Appeal allowed in part with costs.

Solicitor for the appellant: Peter C. Ghiz, Charlottetown.

Solicitors for the respondent: Foster, Hennessey, MacKenzie, Charlottetown.

des renseignements détaillés obtenus auprès du demandeur et d'autres personnes ou organismes concernant la formation, les titres de compétence et l'expérience du demandeur; il peut notamment vérifier ses travaux de cours, ses résultats d'examen, sa situation auprès d'un autre organisme de réglementation ou d'une autre organisation professionnelle, les circonstances de sa pratique antérieure et d'autres éléments du genre.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens.

Procureur de l'appelant : Peter C. Ghiz, Charlottetown.

Procureurs de l'intimé : Foster, Hennessey, MacKenzie, Charlottetown.

C.D., a young person within the meaning of the *Youth Criminal Justice Act* *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Manitoba and Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Interveners*

- and -

C.D.K., a young person within the meaning of the *Youth Criminal Justice Act* *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Manitoba and Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Interveners*

C.D., un adolescent au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général du Manitoba et Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Intervenants*

- et -

C.D.K., un adolescent au sens de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général du Manitoba et Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Intervenants*

INDEXED AS: **R. *v.* C.D.; R. *v.* C.D.K.**

Neutral citation: 2005 SCC 78.

File Nos.: 30254, 30314.

2005: April 14; 2005: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

RÉPERTORIÉ : **R. *c.* C.D.; R. *c.* C.D.K.**

Référence neutre : 2005 CSC 78.

N[os] du greffe: 30254, 30314.

2005 : 14 avril; 2005: 16 décembre.

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

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

Criminal law — Sentencing — Young persons — Committal to custody — Whether arson to property, possession of weapon or dangerous driving "violent offences" for purposes of imposing custodial sentences on young persons — Meaning of term "violent offence" in s. 39(1)(a) of Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1.

C.D., a young person, pleaded guilty to possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace, arson to property, and breach of a recognizance. In a separate proceeding, C.D.K., also a young person, pleaded guilty to dangerous driving, possession of stolen property and theft under $5,000. They were both sentenced to six months of deferred custody followed by probation. Section 39(1)(*a*) of the *Youth Criminal Justice Act* ("*YCJA*"), which represents one of the four gateways to a custodial sentence, provides that "[a] youth justice court shall not commit a young person to custody . . . unless (*a*) the young person has committed a violent offence". The Court of Appeal, in separate decisions, upheld both sentences, holding that the sentencing judges did not err when they determined that C.D.'s arson to property offence and C.D.K.'s dangerous driving offence were "violent offences" within the meaning of s. 39(1)(*a*). The court found that, for purposes of s. 39(1)(*a*), an action is violent if it causes bodily harm, or is intended to cause bodily harm, or if it is reasonably foreseeable that the action may cause bodily harm.

Held: The appeals should be allowed. The custodial sentences should be quashed and the matters remitted to the youth courts.

Per McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: The term "violent offence" found in s. 39(1)(*a*) of the *YCJA* means an offence in the commission of which a young person causes, attempts to cause or threatens to cause bodily harm. [17] [70]

The term "violent offence" is not defined either in the *YCJA* or in the *Criminal Code*, and it must be interpreted in the same manner as any undefined term in a

Droit criminel — Détermination de la peine — Adolescents — Placement sous garde — L'incendie criminel ayant causé des dommages matériels, le port d'arme et la conduite dangereuse constituent-ils des « infractions avec violence » pour l'imposition de peines comportant le placement sous garde à des adolescents? — Sens de « infraction avec violence » à l'art. 39(1)a) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1.

C.D., un adolescent, a plaidé coupable aux infractions suivantes : port d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, incendie criminel ayant causé des dommages matériels et omission de se conformer à un engagement. Dans une procédure distincte, C.D.K., également un adolescent, a plaidé coupable aux infractions de conduite dangereuse, de possession d'un bien volé et de vol de moins de 5 000 $. Ils ont été tous deux condamnés à une peine comportant le placement sous garde différé d'une durée de six mois, assortie d'une période de probation. L'alinéa 39(1)*a*) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* (« *LSJPA* »), qui représente l'une des quatre situations donnant ouverture à une peine comportant le placement sous garde, dispose que « [l]e tribunal pour adolescents n'impose une peine comportant le placement sous garde [. . .] que si [. . .] l'adolescent a commis une infraction avec violence ». La Cour d'appel, dans des décisions distinctes, a confirmé les deux sentences, concluant que les juges chargés de la détermination de la peine a eu raison de décider que l'infraction d'incendie criminel ayant causé des dommages matériels commise par C.D. et celle de conduite dangereuse commise par C.D.K. constituent des « infractions avec violence » au sens de l'al. 39(1)*a*). La cour a jugé que, pour l'application de l'al. 39(1)*a*), un acte est violent s'il cause des lésions corporelles, s'il est commis avec l'intention d'en causer ou s'il est raisonnablement prévisible qu'il en cause.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis. Les peines comportant le placement sous garde doivent être annulées et les affaires renvoyées devant le tribunal pour adolescents.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron : Le terme « infraction avec violence » à l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA* s'entend de toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente ou menace d'en causer. [17] [70]

Le terme « infraction avec violence » n'est pas défini dans la *LSJPA* ni dans le *Code criminel* et il doit être interprété de la même manière que tout autre terme non

statute. It is therefore not appropriate to interpret the term "violent offence" solely by reference to the definition of "serious violent offence" set out in s. 2(1) of the *YCJA*. Although the meaning of "violent offence" must be connected to the statutory definition of "serious violent offence", Parliament's decision not to define the term "violent offence" in the *YCJA* must be given meaning and must be respected. [20] [23-26] [86]

Dictionary, ordinary and judicially constructed definitions of the words "violent" and "violence" typically associate these words with either the application of force or the causation of harm or injury, or with both. While it is clear that "violence" has a spectrum of meanings and that it can be applied to property as well as to persons, in the context of the *YCJA*, the term "violent offence" should be narrowly construed. The object and the scheme of the *YCJA*, and Parliament's intention in enacting it, all indicate that the *YCJA* was designed, in part, to reduce over-reliance on custodial sentences for young offenders. Moreover, where two interpretations affect the liberty of an accused, the one more favourable to the accused should be adopted. A narrow interpretation of "violent offence" means that the definition must exclude pure property crimes. Otherwise, the gate-keeping effect of s. 39(1)(*a*) would be severely diminished. Custodial sentences should be an option for property offences only if the offence meets the criteria for "exceptional cases" under s. 39(1)(*d*). [19-52]

A harm-based definition of "violent offence" is preferable to a force-based definition because it avoids the flaws associated with a force-based definition. Since all offences designated by a youth justice court as "serious violent offences", and all murders, attempted murders and manslaughters, will always involve actual or attempted bodily harm, a harm-based definition will ensure that all "serious violent offences" are also "violent offences", and that all murders, attempted murders and manslaughters will be considered "violent offences". Furthermore, the *YCJA* already considers offences involving physical or psychological harm to be examples of "violent behaviour" for the purpose of determining an application for the continuation of custody and, on the basis of contextual integrity, it follows that these offences should also be considered "violent offences" for purposes of s. 39(1)(*a*). Also, a harm-based definition better accords with the "usual" definition of violence, which tends to focus on the effects of violence rather than on the means employed to produce the effects. Lastly, while a harm-based definition may

défini par la loi. Il ne convient donc pas de l'interpréter en se reportant uniquement à la définition de « infraction grave avec violence » au par. 2(1) de la *LSJPA*. Certes, il faut donner à « infraction avec violence » un sens analogue à celui de « infraction grave avec violence », mais la décision du législateur de ne pas définir « infraction avec violence » dans la *LSJPA* doit avoir une signification et doit être respectée. [20] [23-26] [86]

Selon le sens que donne le dictionnaire au mot « violence », son sens ordinaire et le sens retenu par les tribunaux, ce mot est généralement associé soit à l'usage de la force, soit au fait de causer un préjudice ou des lésions corporelles, soit aux deux. Bien qu'il soit clair que le terme « violence » comporte toute une gamme de sens et qu'il peut s'appliquer aux biens comme aux personnes, dans le contexte de la *LSJPA*, le terme « infraction avec violence » doit recevoir une interprétation stricte. L'objet et l'économie de la *LSJPA*, ainsi que l'intention du législateur en l'adoptant, indiquent tous que la *LSJPA* a été conçue, en partie, pour réduire le recours trop fréquent au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants. De plus, s'il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté de l'accusé, il faut adopter celle qui lui serait plus favorable. Une interprétation restrictive de « infraction avec violence » signifie que sa définition ne peut englober les infractions strictement contre les biens. Sinon, le rôle protecteur de l'al. 39(1)*a*) serait sérieusement réduit. Les peines comportant le placement sous garde ne devraient être une option que dans des « cas exceptionnels » selon l'al. 39(1)*d*). [19-52]

Une définition de « infraction avec violence » établie en fonction du préjudice est préférable à celle fondée sur le recours à la force, parce qu'elle permet d'éviter les deux lacunes fatales que comporte cette dernière. Comme les infractions qualifiées d'« infractions graves avec violence » par le tribunal pour adolescents, ainsi que les meurtres, les tentatives de meurtre et les homicides involontaires coupables, impliquent toujours des lésions corporelles ou des tentatives d'en causer, une définition établie en fonction du préjudice garantira que toutes les « infractions graves avec violence » sont également des « infractions avec violence ». De plus, la *LSJPA* considère déjà que les infractions causant des blessures ou des problèmes psychologiques à autrui sont des exemples de « comportement violent » quand il faut statuer sur la demande de maintien sous garde et la cohérence du contexte législatif commande que ces infractions soient également considérées comme des « infractions avec violence » pour l'application de l'al. 39(1)*a*). Par ailleurs, la définition établie en fonction du préjudice cadre mieux avec la définition « courante » de

exclude assaults committed without causing, attempting to cause or threatening to cause bodily harm, these relatively minor assaults ought not to be considered "violent offences" within the meaning of s. 39(1)(*a*). [53-69]

A harm-based definition of "violent offence" that includes offences in which bodily harm is threatened, as well as caused or attempted, makes the definition sufficiently distinct from the statutory definition of "serious violent offence", pays adequate attention to Parliament's decision to leave the term "violent offence" undefined, and ensures that the *YCJA* operates properly and does not produce absurd results. Including threats of bodily harm in the definition of "violent offence" also accords with the link to be made between "violent behaviour" and threats of violence when determining applications for continuation of custody, and with the commonly held view that a threat to cause bodily harm is an act of violence. [26] [81-86]

The meaning of "violent offence" should not capture offences where bodily harm is merely intended, because something more than a guilty mind is required before criminal punishment is imposed. Nor should the definition be extended to include offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable. Such an extension would be inconsistent with a narrow interpretation of the term "violent offence". With a reasonable foreseeability of harm standard in place, too many *Criminal Code* offences will be included in the definition. This definition would also render s. 39(1)(*c*) and (*d*) redundant. Finally, whether an offence is likely to result in bodily harm is a question of whether the offence is dangerous rather than whether it is violent. Since the *Criminal Code* differentiates violent conduct from dangerous conduct, so too should the *YCJA*. [74-80]

Here, the custodial sentences must be quashed and both matters remitted to the youth courts so that appropriate sentences can be determined. C.D.'s arson offence and his breach of his recognizance order are not "violent offences" under s. 39(1)(*a*) because he did not cause, attempt to cause or threaten to cause bodily harm when committing these offences. Since it is not clear on

violence, laquelle est axée sur les effets de la violence plutôt que sur les moyens employés pour produire ces effets. Enfin, même si la définition établie en fonction du préjudice peut ne pas viser les voies de fait commises sans infliction de lésions corporelles ou bien sans tentative ou menace d'en causer, ces voies de fait relativement mineures ne devraient pas être considérées comme des « infractions avec violence » au sens de l'al. 39(1)*a*). [53-69]

La définition de « infraction avec violence » établie selon le préjudice qui comprend toute infraction comportant la menace d'infliger des lésions corporelles, ainsi que l'infliction elle-même ou la tentative d'une telle infliction, fait qu'elle est suffisamment distincte de celle de « infraction grave avec violence » prévue par la loi, tient dûment compte de la décision du législateur de ne pas définir « infraction avec violence » et assure la bonne application de la *LSJPA* sans donner place à des absurdités. L'inclusion des menaces de causer des lésions corporelles dans la définition de « infraction avec violence » cadre aussi avec le lien à établir entre un « comportement violent » et les menaces de violence au moment de statuer sur les demandes de maintien sous garde et avec l'opinion courante selon laquelle une menace de causer des lésions corporelles est un acte de violence. [26] [81-86]

La définition de « infraction avec violence » ne devrait pas viser les infractions commises avec seulement l'intention de causer des lésions corporelles, parce que l'intention coupable ne suffit pas pour imposer une sanction. Elle ne devrait pas non plus être élargie de manière à englober les infractions au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles. Un tel élargissement irait à l'encontre de l'interprétation restrictive de « infraction avec violence ». Avec la norme de prévisibilité raisonnable du préjudice, trop d'infractions prévues au *Code criminel* seraient visées par la définition. Cette définition rendrait également redondants les al. 39(1)*c*) et *d*). Enfin, la probabilité qu'une infraction entraîne des lésions corporelles dépend de sa dangerosité plutôt que de sa violence. Comme le *Code criminel* établit une distinction entre une conduite violente et une conduite dangereuse, cette même distinction devrait aussi s'appliquer dans le contexte de la *LSJPA*. [74-80]

Ici, les peines comportant le placement sous garde doivent être annulées et les deux affaires doivent être renvoyées devant le tribunal pour adolescents pour qu'il puisse déterminer la peine qu'il convient d'imposer. Les infractions d'incendie criminel et d'omission de se conformer à un engagement commises par C.D. ne constituent pas des « infractions avec violence » selon

the record whether he threatened or attempted to cause bodily harm while committing the offence of possession of a weapon, it cannot be determined whether this was a "violent offence". Similarly, C.D.K. did not cause, attempt to cause or threaten to cause bodily harm in any of his offences, and the offences were accordingly not "violent offences". In both cases, no argument was made that the requirements of one of the other gateways to custody set out in s. 39(1) of the *YCJA* were satisfied. [88-94]

Per LeBel J.: A "violent offence" should be identified as an offence whereby the offender intends, threatens or attempts to cause harm. A fault-based approach is more consonant with the nature of the Canada's criminal law system, which primarily attaches criminal liability and punishment to criminal intent. A focus on intent to apply or use force better catches the nature of violence which may expose a young offender to a custodial sentence whereas a harm-based approach focuses more on the outcome of the act than on its nature or intent. A fault-based definition of "violent offence" would not fail to catch culpable homicides. [98-99]

Cases Cited

By Bastarache J.

Discussed: *R. v. C. (J.J.)* (2003), 180 C.C.C. (3d) 137, 2003 PESCAD 26; *R. v. D. (T.M.)* (2003), 181 C.C.C. (3d) 518, 2003 NSCA 151; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; **distinguished:** *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; **referred to:** *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Pitters v. Criminal Injuries Compensation Board (Ont.)* (1996), 95 O.A.C. 325; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Lew* (1978), 40 C.C.C. (2d) 140; *R. v. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Trudel* (1984), 12 C.C.C. (3d) 342; *R. v. Sayers and McCoy* (1983), 8 C.C.C. (3d) 572; *R. v. Lecky* (2001), 157 C.C.C. (3d) 351; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122; *R. v. Colburne* (1991), 66 C.C.C. (3d) 235; *R. v. Younger* (2004), 187 Man. R. (2d) 121, 2004 MBCA 113; *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Clowes*, [1977] 1 W.L.R. 1353; *Coca Cola Ltd. v. Deputy Minister of National*

l'al. 39(1)*a*), parce qu'il n'a pas causé de lésions corporelles, ni tenté ou menacé d'en causer au cours de leur perpétration. Comme il ne ressort pas clairement du dossier s'il menaçait de causer des lésions corporelles ou tentait d'en causer lorsqu'il a commis l'infraction de port d'arme, on ne peut déterminer s'il s'agit d'une « infraction avec violence ». De même, C.D.K. n'a pas causé de lésions corporelles, ni tenté ou menacé d'en causer au cours de ses infractions, lesquelles ne constituent donc pas des « infractions avec violence ». Dans les deux affaires, personne n'a soutenu que les exigences d'une des autres situations donnant ouverture au placement sous garde énoncées au par. 39(1) de la *LSJPA* sont remplies. [88-94]

Le juge LeBel : L'« infraction avec violence » devrait être définie comme étant une infraction commise par un contrevenant et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci a l'intention de causer ou bien menace ou tente de causer un préjudice. Une approche fondée sur la faute est plus compatible avec la nature du système canadien de droit pénal, qui rattache principalement la responsabilité criminelle et les sanctions à l'intention criminelle. En mettant l'accent sur l'intention de recourir à la force, on peut mieux tenir compte de la nature de la violence pour décider s'il y a lieu d'imposer au jeune contrevenant une peine comportant le placement sous garde, tandis qu'une approche fondée sur le préjudice s'attache davantage au résultat de l'acte qu'à sa nature et tient moins compte de l'intention. Une définition de « infraction avec violence » fondée sur la faute ne manquerait pas d'englober les homicides coupables. [98-99]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts analysés : *R. c. C. (J.J.)* (2003), 180 C.C.C. (3d) 137, 2003 PESCAD 26; *R. c. D. (T.M.)* (2003), 181 C.C.C. (3d) 518, 2003 NSCA 151; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; **arrêts mentionnés :** *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Pitters c. Criminal Injuries Compensation Board (Ont.)* (1996), 95 O.A.C. 325; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Lew* (1978), 40 C.C.C. (2d) 140; *R. c. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Trudel*, 1984 CarswellQue 129, 12 C.C.C. (3d) 342; *R. c. Sayers and McCoy* (1983), 8 C.C.C. (3d) 572; *R. c. Lecky* (2001), 157 C.C.C. (3d) 351; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122; *R. c. Colburne*, [1991] R.J.Q. 1199; *R. c. Younger* (2004), 187 Man. R. (2d) 121, 2004 MBCA 113; *R. c. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Clowes*, [1977] 1 W.L.R. 1353; *Coca*

Revenue for Customs and Excise, [1984] 1 F.C. 447; *R. v. N.S.O.*, [2003] O.J. No. 2251 (QL); *R. v. D.L.C.*, [2003] N.J. No. 94 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(*b*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 2 "bodily harm", 24(1), 88, 145(3), 222, 229, 234, 235, 236, 239, 249(1)(*a*), 264.1(1)(*a*), 322, 343, 354, 434, 515(10)(*b*), 745.1, 752.
Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3.
Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 24(1), (1.1), (4).
Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1, preamble, ss. 2 "presumptive offence", "serious violent offence", 3, 4(*c*), 29(2), 38, 39, 42, 62(*a*), 94, 98(4)(*a*), 104(3)(*a*).

Treaties and Other International Instruments

Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992 No. 3, art. 37(b).

Authors Cited

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto: Irwin Law, 2003.
Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., February 14, 2001, p. 704.
Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8e éd. Paris: Presses universitaires de France, 2000, "violence".
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Markwart, Alan. "Custodial Sanctions Under The *Young Offenders Act*", in Raymond R. Corrado et al., eds., *Juvenile Justice in Canada: A Theoretical and Analytical Assessment*. Toronto: Butterworths, 1992, 229.
Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "violence", "violent".
Scassa, Teresa. "Violence Against Women in Law Schools" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Ritter J.A. and Brooker and Martin JJ. (*ad hoc*)), [2005] 1 W.W.R. 442 (*sub nom. R. v. D. (C)*), 30 Alta. L.R. (4th) 226, 346 A.R. 289, 320 W.A.C. 289, 184 C.C.C. (3d) 160, [2004]

Cola Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise, [1984] 1 C.F. 447; *R. c. N.S.O.*, [2003] O.J. No. 2251 (QL); *R. c. D.L.C.*, [2003] N.J. No. 94 (QL).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*b*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 2 « lésions corporelles », 24(1), 88, 145(3), 222, 229, 234, 235, 236, 239, 249(1)*a*), 264.1(1)*a*), 322, 343, 354, 434, 515(10)*b*), 745.1, 752.
Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1, préambule, art. 2 « infraction désignée », « infraction grave avec violence », 3, 4*c*), 29(2), 38, 39, 42, 62*a*), 94, 98(4)*a*), 104(3)*a*).
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1, art. 24(1), (1.1), (4).
Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, ch. J-3.

Traités et autres instruments internationaux

Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3, art. 37b).

Doctrine citée

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.
Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto : Irwin Law, 2003.
Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1re sess., 37e lég., 14 février 2001, p. 704.
Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2000, « violence ».
Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Markwart, Alan. « Custodial Sanctions Under The *Young Offenders Act* », in Raymond R. Corrado et al., eds., *Juvenile Justice in Canada : A Theoretical and Analytical Assessment*. Toronto : Butterworths, 1992, 229.
Scassa, Teresa. « Violence Against Women in Law Schools » (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (le juge Ritter et les juges Brooker et Martin (*ad hoc*)), [2005] 1 W.W.R. 442 (*sub nom. R. c. D. (C.)*), 30 Alta. L.R. (4th) 226, 346 A.R. 289, 320 W.A.C. 289, 184 C.C.C. (3d) 160, [2004] A.J.

A.J. No. 179 (QL), 2004 ABCA 14, upholding the custodial sentence imposed on C.D. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Ritter J.A. and Bielby and Sanderman JJ. (*ad hoc*)) (2004), 346 A.R. 393, 320 W.A.C. 393, [2004] A.J. No. 237 (QL), 2004 ABCA 77, upholding the custodial sentence imposed on C.D.K. Appeal allowed.

Patricia Yuzwenko and *Charles Seto*, for the appellants.

James C. Robb, Q.C., for the respondent.

Miriam Bloomenfeld and *Geoff Chesney*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Kathleen M. Ker, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Dale Tesarowski and *Jo-Ann Natuik*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Cheryl Milne and *Emily Chan*, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

1 In these appeals, this Court is being asked to define the term "violent offence" for purposes of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1 ("*YCJA*" or the "Act"). This term is found in s. 39(1) of the Act, and it represents one of only four gateways to a custodial youth sentence. Specifically, s. 39(1) provides that a youth justice court shall not commit a young person to custody under s. 42 (youth sentences) unless:

No. 179 (QL), 2004 ABCA 14, qui a confirmé la peine comportant le placement sous garde infligée à C.D. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (le juge Ritter et les juges Bielby et Sanderman (*ad hoc*)) (2004), 346 A.R. 393, 320 W.A.C. 393, [2004] A.J. No. 237 (QL), 2004 ABCA 77, qui a confirmé la peine comportant le placement sous garde infligée à C.D.K. Pourvoi accueilli.

Patricia Yuzwenko et *Charles Seto*, pour les appelants.

James C. Robb, c.r., pour l'intimée.

Miriam Bloomenfeld et *Geoff Chesney*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Kathleen M. Ker, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Dale Tesarowski et *Jo-Ann Natuik*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Cheryl Milne et *Emily Chan*, pour l'intervenante Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Bastarache, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Dans les présents pourvois, on demande à la Cour de définir « infraction avec violence » pour l'application de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1 (« *LSJPA* » ou la « Loi »). Ce terme figure au par. 39(1) de la Loi et représente l'une des quatre situations qui sont les seules à donner ouverture à une peine spécifique comportant le placement sous garde. En particulier, le par. 39(1) dispose que le tribunal pour adolescents n'impose une peine comportant le placement sous garde en application de l'art. 42 (peines spécifiques) que si, selon le cas :

(*a*) the young person has committed a violent offence;

(*b*) the young person has failed to comply with non-custodial sentences;

(*c*) the young person has committed an indictable offence for which an adult would be liable to imprisonment for a term of more than two years and has a history that indicates a pattern of findings of guilt under this Act or the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985; or

(*d*) in exceptional cases where the young person has committed an indictable offence, the aggravating circumstances of the offence are such that the imposition of a non-custodial sentence would be inconsistent with the purpose and principles set out in section 38.

The definition of "violent offence" is at issue in these appeals because the appellants, who are young persons within the meaning of the *YCJA*, were both found to be eligible for the custodial sentence they ultimately received on the basis that they had committed a "violent offence" under s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*.

With regard to the appellant C.D., he pleaded guilty to three offences: possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to s. 88 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, arson to property contrary to s. 434 of the *Code*, and breach of a recognizance contrary to s. 145(3) of the *Code*. The sentencing judge determined that the arson to property offence, which came about when the appellant and an adult offender set fire to a truck at the direction of its owner, was a "violent offence", explaining that "[v]iolence to property is a violent offence and it fits 39(1)(a)" (2003 CarswellAlta 1909, at para. 6). He sentenced C.D. to six months of deferred custody to be followed by nine months of probation. Deferred custody is a type of custodial sentence that "allows the youth to serve what would otherwise be a custodial sentence in the community but subject to strict conditions and with the possibility of immediate apprehension and placement in a custody facility if the youth is believed to 'have breached or to be about to breach' any of the

a) l'adolescent a commis une infraction avec violence;

b) il n'a pas respecté les peines ne comportant pas de placement sous garde qui lui ont déjà été imposées;

c) il a commis un acte criminel pour lequel un adulte est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans après avoir fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité dans le cadre de la présente loi ou de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985);

d) il s'agit d'un cas exceptionnel où l'adolescent a commis un acte criminel et où les circonstances aggravantes de la perpétration de celui-ci sont telles que l'imposition d'une peine ne comportant pas de placement sous garde enfreindrait les principes et objectif énoncés à l'article 38.

2 La définition de « infraction avec violence » est en cause dans les présents pourvois parce que le tribunal a statué que la situation des appelants, adolescents au sens de la *LSJPA*, donnait ouverture à une peine comportant le placement sous garde, laquelle leur a été imposée en fin de compte au motif qu'ils avaient commis une « infraction avec violence » selon l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*.

3 En ce qui concerne l'appelant C.D., il a plaidé coupable à trois infractions : port d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, en violation de l'art. 88 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, incendie criminel ayant causé des dommages matériels, en violation de l'art. 434 du *Code*, et omission de se conformer à un engagement, en violation du par. 145(3) du *Code*. Le juge chargé de la détermination de la peine a décidé que l'incendie criminel causant des dommages matériels, qui s'est déclaré lorsque l'appelant et un contrevenant adulte ont mis le feu à un camion sur l'ordre du propriétaire, constituait une « infraction avec violence », expliquant que [TRADUCTION] « [l]a violence contre des biens constitue une infraction avec violence visée par l'al. 39(1)a) » (2003 CarswellAlta 1909, par. 6). Il a condamné C.D. à une peine comportant le placement sous garde différé d'une durée de six mois, assortie d'une période de probation de neuf mois. Le placement sous garde différé est une sorte de peine de placement sous garde qui [TRADUCTION] « permet au jeune de purger sa peine dans la

conditions": see N. Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), at p. 457.

4 As for the appellant C.D.K., he pleaded guilty to three offences as well: dangerous driving contrary to s. 249(1)(*a*) of the *Criminal Code*, possession of stolen property contrary to s. 354 of the *Code*, and theft under $5,000 contrary to s. 322 of the *Code*. Although the guilty plea on the theft charge was entered on a later date than the pleas on the dangerous driving and possession of stolen property charges, sentencing on all three charges occurred on the same date (C.D.K.'s factum, at para. 2). The sentencing judge determined that the dangerous driving offence before the court, which involved a high speed police chase through city streets, was a "violent offence" within the meaning of s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*. She explained that "[t]he potential for serious damage, injury to the public, to the police and to the people in the chase is beyond question. And the violence of a car speeding through the city chased by police is, by anyone's definition, violent" (2003 CarswellAlta 1924, at para. 7). The sentencing judge sentenced C.D.K. to six months of deferred custody followed by twelve months of probation.

5 Both appellants appealed their sentences to the Court of Appeal for Alberta. Prior to argument before the court, C.D. and C.D.K. both breached their deferred custody sentences and were returned to actual custody until the Crown agreed to their release on bail pending their appeals.

6 Before the Court of Appeal, the appellant C.D. advanced three grounds of appeal. First, C.D. argued that the sentencing judge erred in principle when he found that arson was a "violent offence"

collectivité, mais dans des conditions strictes et avec la possibilité d'être immédiatement arrêté et incarcéré si l'on croit qu'il "a enfreint ou est sur le point d'enfreindre" l'une des conditions » : voir N. Bala, *Youth Criminal Justice Law* (2003), p. 457.

Quant à l'appelant C.D.K., il a également plaidé coupable à trois infractions : conduite dangereuse, en violation de l'al. 249(1)*a*) du *Code criminel*, possession d'un bien volé, en violation de l'art. 354 du *Code*, et vol de moins de 5 000 $, en violation de l'art. 322 du *Code*. Le plaidoyer de culpabilité relatif à l'accusation de vol a été inscrit à une date postérieure à l'inscription des plaidoyers relatifs aux accusations de conduite dangereuse et de possession d'un bien volé, mais la détermination de la peine pour les trois accusations a eu lieu le même jour (mémoire de C.D.K., par. 2). La juge chargée de la détermination de la peine a statué que l'infraction de conduite dangereuse soumise à l'examen du tribunal, laquelle a entraîné une poursuite policière à haute vitesse dans les rues de la ville, constituait une « infraction avec violence » au sens de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*. Elle explique : [TRADUCTION] « [l]e risque de dommages et de blessures graves pour le public, les policiers et les personnes impliquées dans la poursuite est indéniable. Et le fait qu'une voiture roule à toute vitesse en pleine ville, poursuivie par les policiers constitue, à n'en pas douter, un acte de violence » (2003 CarswellAlta 1924, par. 7). La juge a condamné C.D.K. à une peine comportant le placement sous garde différé d'une durée de six mois, assortie d'une période de probation de douze mois.

Les deux appelants ont porté les sentences rendues contre eux devant la Cour d'appel de l'Alberta. Avant que la cour ait l'occasion d'entendre les plaidoiries, C.D. et C.D.K. ont enfreint les conditions de l'ordonnance de placement différé et ont été détenus sous garde jusqu'à ce que le ministère public consente à leur mise en liberté sous caution en attendant l'issue de leurs appels.

L'appelant C.D. a invoqué trois moyens d'appel devant la Cour d'appel. Premièrement, il a fait valoir que le juge chargé de la détermination de la peine avait commis une erreur de principe en concluant

under s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*, because, in C.D.'s view, a property offence, such as arson, could not be a "violent offence" without either actual or attempted bodily harm. Second, C.D. argued that the sentencing judge failed to consider alternatives to custody, as required by s. 39(2) of the Act, when he decided that a community sentence without a "lever" (i.e. something to promote compliance) would not work for the appellant. Third, C.D. contended that the sentencing judge failed to properly consider the provisions of s. 38 of the *YCJA* and thus imposed a sentence that was unfit. Since the Court of Appeal was of the view that the appellant also regarded the sentence imposed as demonstrably unfit, it considered this issue in its analysis as well.

que l'incendie criminel constituait une « infraction avec violence » visée à l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*, puisque, selon C.D., une infraction contre les biens, telle un incendie criminel, ne peut constituer une « infraction avec violence » s'il n'y pas eu infliction de lésions corporelles ou tentative d'une telle infliction. Deuxièmement, le juge n'aurait pas examiné les mesures de rechange au placement sous garde, comme l'exige le par. 39(2) de la Loi, lorsqu'il a décidé qu'une peine à purger dans la collectivité sans moyens de pression (c.-à-d. sans mesures incitant au respect de l'ordonnance) ne conviendrait pas dans le cas de l'appelant. Troisièmement, C.D. a soutenu que le juge n'a pas adéquatement pris en considération l'art. 38 de la *LSJPA* et a imposé une peine inappropriée. Comme la Cour d'appel a estimé que l'appelant avait également considéré comme manifestement inappropriée la peine imposée, elle a aussi examiné cette question dans son analyse.

Prior to the Court of Appeal rendering its decision, C.D. was arrested for breaching his release order. He was then re-released. 7

Avant que la Cour d'appel ait rendu sa décision, C.D. a été arrêté pour avoir enfreint l'ordonnance de sa mise en liberté. Il a ensuite été remis en liberté.

The Court of Appeal released its decision in C.D.'s appeal on March 2, 2004 ((2004), 346 A.R. 289, 2004 ABCA 14 (hereinafter "*C.D.*")). With regard to the appellant's first ground of appeal, it held that "if an action causes bodily harm, is intended to cause bodily harm, or if it is reasonably foreseeable that the action may cause bodily harm, then it is violent" (para. 57). Applying this definition to the circumstances of the arson offence committed by C.D., the court concluded that the offence was a violent one, since "[t]he totality of the circumstances indicates that a reasonable person would have foreseen a risk of bodily harm" (para. 66). By way of explanation, the court noted that although the fire occurred on a deserted street late at night, firefighters were called to the scene within minutes after it began. The court also noted that C.D. and the adult offender used gasoline and propane, two well-known accelerants, to start the fire in the truck, and this increased "the risk to anyone who happened to use the street that night and anyone charged with controlling the fire" (para. 67). Furthermore, the court stated that since 8

Le 2 mars 2004, la Cour d'appel a rendu sa décision relativement à l'appel interjeté par C.D. ((2004), 346 A.R. 289, 2004 ABCA 14 (ci-après « *C.D.* »)). En ce qui concerne le premier moyen d'appel invoqué par l'appelant, la cour a statué qu'[TRADUCTION] « un acte est violent s'il cause des lésions corporelles, s'il est commis avec l'intention d'en causer ou s'il est raisonnablement prévisible qu'il en cause » (par. 57). En appliquant cette définition aux circonstances de l'infraction d'incendie criminel commise par C.D., la cour a conclu qu'il s'agissait d'une infraction avec violence, car [TRADUCTION] « [l]'ensemble des circonstances indique qu'une personne raisonnable aurait prévu le risque de lésions corporelles » (par. 66). À titre d'explications, elle a fait remarquer que, même si l'incendie est survenu tard la nuit dans une rue déserte, on a appelé les pompiers sur les lieux dans les minutes qui ont suivi le début de l'incendie. Elle a également fait observer que C.D. et le contrevenant adulte avaient mis le feu au camion avec de l'essence et du propane, deux accélérateurs bien connus, exposant ainsi à [TRADUCTION] « un plus grand risque quiconque se trouvait à emprunter

the propane used in the fire was housed in a closed bottle and since the truck had to have had a fuel tank, "[t]here was a reasonably foreseeable risk that the burning truck might explode at any time" (para. 67).

9 As for the other grounds of appeal, the Court of Appeal held that the sentencing judge did not err when he decided that community sentence without a lever would not work for the appellant; nor did he err in his interpretation of s. 38 of the *YCJA*. The court also concluded that the appellant was unable to show that the sentence imposed was demonstrably unfit. In fact, the court was of the view that the sentence imposed was the appropriate one having regard to the offender, the offence and the sentencing principles and factors set out in the *YCJA*. Accordingly, the Court of Appeal dismissed C.D.'s appeal.

10 Like C.D., C.D.K. challenged the deferred custody sentence imposed on the basis that (i) it was not an available sentence because he did not commit a "violent offence" within the meaning of s. 39(1)(*a*), and (ii) even if it was an available sentence, it was an unfit one.

11 The Court of Appeal released its decision with regard to the first ground of C.D.K.'s appeal on March 10, 2004 ((2004), 346 A.R. 393, 2004 ABCA 77), eight days after it released its decision in C.D.'s appeal. The court noted that in C.D.'s appeal, it concluded that "if it is reasonably foreseeable that criminal conduct may result in bodily harm that is more than merely trifling or transitory, the offence is violent for the purposes of s. 39(1)(a) of the *Act*" (para. 7). Applying this definition to the dangerous driving offence committed by C.D.K., the court concluded that "[i]n this instance the potential for harm is obvious. High speed chases are very dangerous and can easily result in serious injury or death" (para. 7). Accordingly, the court held that "the

la rue cette nuit-là et tous ceux chargés de maîtriser l'incendie » (par. 67). Par ailleurs, elle a souligné que, comme le propane ayant servi à mettre le feu se trouvait enfermé dans une bouteille et que le camion avait nécessairement un réservoir d'essence, [TRADUCTION] « [l]e risque que le camion en feu explose à tout moment était raisonnablement prévisible » (par. 67).

Quant aux autres moyens d'appel, la Cour d'appel a conclu que le juge chargé de la détermination de la peine a eu raison de décider que la peine à purger dans la collectivité sans moyens de pression ne conviendrait pas dans le cas de l'appelant et qu'il n'a commis aucune erreur dans son interprétation de l'art. 38 de la *LSJPA*. Elle a également conclu que l'appelant n'a pas réussi à établir le caractère manifestement inapproprié de la peine imposée. En fait, elle estime que la peine était appropriée compte tenu du contrevenant, de l'infraction et des principes et facteurs de détermination de la peine énoncés dans la *LSJPA*. La Cour d'appel a donc rejeté l'appel de C.D.

Tout comme C.D., C.D.K. a contesté la peine comportant le placement différé qui lui a été imposée, au motif (i) que ce n'était pas une peine que le tribunal pouvait imposer, car il n'avait commis aucune « infraction avec violence » au sens de l'al. 39(1)*a*), et (ii) que, même si une peine avait pu être imposée, celle qui a été prononcée n'était pas appropriée.

Le 10 mars 2004, la Cour d'appel a rendu sa décision relativement au premier moyen d'appel invoqué par C.D.K. ((2004), 346 A.R. 393, 2004 ABCA 77), soit huit jours après avoir statué sur l'appel interjeté par C.D. Elle a souligné que, dans l'appel de C.D., elle avait conclu que [TRADUCTION] « s'il est raisonnablement prévisible que la conduite criminelle peut entraîner des lésions corporelles qui ne sont pas de nature passagère ou sans importance, il s'agit d'infraction avec violence pour l'application de l'al. 39(1)a) de la *Loi* » (par. 7). Appliquant cette définition à l'infraction de conduite dangereuse commise par C.D.K., elle a conclu qu'[TRADUCTION] « [e]n l'espèce, le risque de préjudice est manifeste. Les

sentencing judge did not err when she determined that the offence was violent and that a custodial sentence was available" (para. 7).

As for C.D.K.'s second ground of appeal, which centred on the fitness of the sentence imposed, the Court of Appeal noted that at the appeal hearing it had granted the parties' request to defer its decision on this issue in order to give counsel an opportunity to propose alternatives to the custodial sentence imposed. The parties made this joint request because, at the time of the appeal hearing, C.D.K. was on judicial interim release and appeared to be doing well. Unfortunately, after the hearing but before the release of the Court of Appeal's reasons for judgment, C.D.K. was charged with another offence, which resulted in the revocation of his bail. Although the Court of Appeal stated in its reasons that this conduct may have jeopardized the Crown's willingness to consider alternatives to the custodial sentence imposed, it nonetheless directed that the matter of the fitness of the sentence imposed on C.D.K. be returned to the panel at a date to be determined. However, after the release of the court's ruling on the interpretation of "violent offence", C.D.K. formally abandoned the fitness of sentence ground of appeal. In his written submissions to this Court, C.D.K. stated that he abandoned this ground of appeal because he wanted to seek leave to appeal the issue of the proper interpretation of "violent offence" concurrently with C.D. (see C.D.K.'s factum, at para. 6). Following the abandonment, the Court of Appeal issued a final judgment, dismissing C.D.K.'s appeal.

On October 7, 2004, this Court granted C.D. and C.D.K.'s applications for leave to appeal and determined that their appeals would be heard together.

poursuites à haute vitesse sont très dangereuses et peuvent facilement causer des blessures graves ou la mort » (par. 7). La cour a donc statué que [TRADUCTION] « la juge chargée de la détermination de la peine n'a pas fait erreur en décidant qu'il s'agit d'une infraction avec violence et qu'une peine comportant le placement sous garde pouvait donc être imposée » (par. 7).

12 Pour ce qui est du deuxième motif d'appel invoqué par C.D.K., lequel portait sur la justesse de la peine imposée, la Cour d'appel a fait remarquer qu'à l'audition de l'appel, elle avait fait droit à la demande des parties de reporter sa décision sur cette question afin de permettre aux avocats de proposer des mesures de rechange au placement sous garde. Les parties ont présenté cette demande conjointement parce qu'au moment de l'audience, C.D.K. bénéficiait d'une mise en liberté provisoire par voie judiciaire et semblait bien s'en tirer. Malheureusement, après l'audience, mais avant que la Cour d'appel ait rendu ses motifs, C.D.K. a été inculpé d'une autre infraction, ce qui a entraîné la révocation de sa mise en liberté sous caution. La Cour d'appel a indiqué dans ses motifs que cette conduite a sans doute fait que le ministère public n'était plus disposé à envisager les mesures de rechange, mais elle a quand même ordonné que la question de la justesse de la peine imposée à C.D.K. soit renvoyée à la formation de la Cour d'appel à une date qui reste à déterminer. Cependant, une fois la décision de la cour sur l'interprétation de « infraction avec violence » rendue, C.D.K. a officiellement renoncé au moyen d'appel fondé sur la justesse de la peine. Dans les observations écrites qu'il a soumises à la Cour, C.D.K. a expliqué que c'était parce qu'il voulait présenter une demande d'autorisation d'appel relativement à l'interprétation juste à donner à « infraction avec violence » en même temps que C.D. (voir mémoire de C.D.K., par. 6). Par suite de la renonciation, la Cour d'appel a prononcé son jugement définitif, rejetant l'appel de C.D.K.

13 Le 7 octobre 2004, la Cour a accueilli les demandes d'autorisation d'appel présentées par C.D. et C.D.K. et décidé que leurs appels seraient entendus ensemble.

14 Argument before this Court centred on the definition of "violent offence". The appellants noted that the Alberta Court of Appeal's conclusion on this point is in conflict with appellate-level decisions from Prince Edward Island and Nova Scotia. In these decisions, the courts defined the term "violent offence" by reference to the statutory definition of "serious violent offence" in s. 2 of the *YCJA*, which, as noted above, provides that a "serious violent offence" is an offence in the commission of which a young person causes or attempts to cause serious bodily harm. In *R. v. C. (J.J.)* (2003), 180 C.C.C. (3d) 137, 2003 PESCAD 26, Webber J.A. for the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division, held that "[a] reasonable analogy can therefore be made that 'violent offence' refers to one in which bodily harm has been caused to the victim albeit not serious bodily harm" (para. 21). Fichaud J.A., for the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. D. (T.M.)* (2003), 181 C.C.C. (3d) 518, 2003 NSCA 151, agreed with Webber J.A.'s deductive approach, subject to her conclusion that a "violent offence" should also include an attempt to cause bodily harm, since the *YCJA* defines "serious violent offence" as including an attempt to cause serious bodily harm (para. 23).

15 Before this Court, the appellants advocated for the acceptance of the Nova Scotia Court of Appeal's interpretation of the term "violent offence". In their view, this term ought to be defined by reference to the definition of "serious violent offence" found in s. 2 of the *YCJA*, such that an offence is "violent" if: (1) bodily harm is caused; or (2) bodily harm is attempted (see C.D.'s factum, at para. 16; C.D.K.'s factum, at para. 10). The respondent supported the Alberta Court of Appeal's interpretation of this term, according to which, for purposes of s. 39(1)(*a*), an action is "violent" if it "causes bodily harm, is intended to cause bodily harm, or if it is reasonably foreseeable that the action may cause bodily harm" (*C.D.*, at para. 57).

L'argumentation devant la Cour reposait essentiellement sur la définition de « infraction avec violence ». Les appelants ont fait remarquer que la conclusion de la Cour d'appel de l'Alberta sur ce point n'est pas compatible avec les décisions prononcées en appel à l'Île-du-Prince-Édouard et en Nouvelle-Écosse. Dans ces décisions, les tribunaux ont défini « infraction avec violence » au regard de la définition de « infraction grave avec violence » à l'art. 2 de la *LSJPA*, laquelle, comme nous l'avons vu précédemment, s'entend de toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles graves ou tente d'en causer. Dans *R. c. C. (J.J.)* (2003), 180 C.C.C. (3d) 137, 2003 PESCAD 26, la juge Webber, de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel, a statué qu'[TRADUCTION] « [o]n peut affirmer, par une analogie raisonnable, qu'une "infraction avec violence" s'entend de toute infraction au cours de la perpétration de laquelle la victime a subi des lésions corporelles, même mineures » (par. 21). Dans *R. c. D. (T.M.)* (2003), 181 C.C.C. (3d) 518, 2003 NSCA 151, le juge Fichaud, de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, s'est rallié au raisonnement déductif de la juge Webber, sous réserve de sa conclusion qu'une « infraction avec violence » doit également comprendre la tentative de causer des lésions corporelles, car la *LSJPA* le prévoit expressément dans sa définition de « infraction grave avec violence » (par. 23).

Devant la Cour, les appelants ont plaidé en faveur de l'interprétation que donne la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse à « infraction avec violence ». À leur avis, ce terme doit être défini au regard de la définition de « infraction grave avec violence » à l'art. 2 de la *LSJPA*, de telle façon que l'infraction est « violente » si, selon le cas : (1) des lésions corporelles ont été causées; (2) il y a eu tentative d'en causer (voir mémoire C.D., par. 16; mémoire C.D.K., par. 10). L'intimée, quant à elle, s'appuie sur l'interprétation de la Cour d'appel de l'Alberta, selon laquelle, pour l'application de l'al. 39(1)*a*) un acte est « violent » s'il [TRADUCTION] « cause des lésions corporelles, s'il est commis avec l'intention d'en causer ou s'il est raisonnablement prévisible qu'il en cause » (*C.D.*, par. 57).

At the hearing of this appeal, one of the members of this Court invited counsel for the respondent to comment on a definition of "violent offence" that utilized a force-based touchstone rather than a harm-based one. Specifically, counsel for the respondent was asked if he agreed that a reasonable interpretation of "violent offence" was one where the offender illegally (1) used, (2) attempted to use, or (3) threatened to use force on a person in the commission or attempted commission of a crime. Counsel replied by stating that this definition would capture what would be commonly understood as violent offences (see transcript, at pp. 45-46).

For the reasons given below, it is my view that the definition of "violent offence" ought to have a harm-based touchstone rather than a force-based one. As for the harm-based definitions originally offered by the parties, I am of the view that the appellants' definition, which is drawn from the Nova Scotia Court of Appeal's decision in *D. (T.M.)*, and the respondent's definition, which is, in reality, the definition crafted by the Alberta Court of Appeal, are both problematic and ought not to be endorsed by this Court. In their stead, I would substitute the following harm-based definition of "violent offence": an offence in the commission of which a young person causes, attempts to cause or threatens to cause bodily harm.

2. Issues

Before this Court, the appellants advanced three grounds of appeal:

(1) that the Alberta Court of Appeal erred in law in its expansive interpretation of "violent offence" in s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*;

(2) that the Alberta Court of Appeal erred in law in its interpretation of the sentencing principles set out in ss. 3 and 38 of the *YCJA*;

16 À l'audition des présents pourvois, l'un des juges de la Cour a invité l'avocat de l'intimée à commenter une définition de « infraction avec violence » fondée sur le recours à la force au lieu d'être établie en fonction du préjudice. Plus précisément, il lui a demandé s'il reconnaissait qu'il était raisonnable de considérer que « infraction avec violence » s'entend de toute infraction commise par le contrevenant et au cours de la perpétration ou de la tentative de perpétration de laquelle celui-ci a illégalement (1) eu recours à la force contre une autre personne, (2) tenté d'y avoir recours ou (3) menacé d'y avoir recours. L'avocat a répondu qu'une telle définition viserait ce qui est normalement reconnu comme étant des infractions avec violence (voir les transcriptions, p. 45-46).

17 Pour les motifs exposés plus loin, la définition de « infraction avec violence » doit, à mon avis, être établie en fonction du préjudice et non en fonction du recours à la force. Quant aux définitions établies en fonction du préjudice initialement proposées par les parties, j'estime que celle des appelants, tirée de l'arrêt *D. (T.M)* de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, et celle de l'intimée, qui reprend en fait la définition élaborée par la Cour d'appel de l'Alberta, posent toutes deux des problèmes et ne sauraient être retenues par la Cour. Je les remplacerais par la définition établie en fonction du préjudice : toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente ou menace d'en causer.

2. Questions en litige

18 Devant la Cour, les appelants ont invoqué trois moyens d'appel :

(1) la Cour d'appel de l'Alberta a commis une erreur de droit en donnant une interprétation large au terme « infraction avec violence » à l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*;

(2) la Cour d'appel de l'Alberta a commis une erreur de droit dans son interprétation des principes de détermination de la peine énoncés aux art. 3 et 38 de la *LSJPA*;

(3) that the Alberta Court of Appeal erred in law in basing a sentence on facts which were not proven or admitted at the sentencing hearing in Youth Justice Court.

3. Analysis

3.1 *Interpretation of "Violent Offence"*

3.1.1 "Violent Offence" Not Defined in the *YCJA*

19 Although the appellants raise three grounds of appeal, the resolution of this appeal really turns on the interpretation of the term "violent offence". As noted above, this term is found in s. 39(1) of the *YCJA*, and it represents one of only four gateways to a custodial youth sentence. For ease of reference, I shall reproduce this section again:

39. (1) A youth justice court shall not commit a young person to custody under section 42 (youth sentences) unless

(*a*) the young person has committed a violent offence;

(*b*) the young person has failed to comply with non-custodial sentences;

(*c*) the young person has committed an indictable offence for which an adult would be liable to imprisonment for a term of more than two years and has a history that indicates a pattern of findings of guilt under this Act or the *Young Offenders Act*, chapter Y-1 of the Revised Statutes of Canada, 1985; or

(*d*) in exceptional cases where the young person has committed an indictable offence, the aggravating circumstances of the offence are such that the imposition of a non-custodial sentence would be inconsistent with the purpose and principles set out in section 38.

20 The term "violent offence" is not defined in the *YCJA* or in the *Criminal Code*; however, there is a definition of "serious violent offence" in s. 2(1) of the *YCJA*. This definition reads as follows:

(3) la Cour d'appel de l'Alberta a commis une erreur de droit en fondant la peine sur des faits qui n'ont pas été établis ou admis lors de l'audience pour la détermination de la peine devant le tribunal pour adolescents.

3. Analyse

3.1 *Interprétation de « infraction avec violence »*

3.1.1 Absence de définition pour « infraction avec violence » dans la *LSJPA*

Les appelants invoquent trois moyens d'appel, mais la résolution des présents pourvois tient à l'interprétation de « infraction avec violence ». Comme il a déjà été mentionné, ce terme figure au par. 39(1) de la *LSJPA* et représente l'une des quatre situations qui sont les seules à donner ouverture à une peine spécifique comportant le placement sous garde. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau la disposition :

39. (1) Le tribunal pour adolescents n'impose une peine comportant le placement sous garde en application de l'article 42 (peines spécifiques) que si, selon le cas :

a) l'adolescent a commis une infraction avec violence;

b) il n'a pas respecté les peines ne comportant pas de placement sous garde qui lui ont déjà été imposées;

c) il a commis un acte criminel pour lequel un adulte est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans après avoir fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité dans le cadre de la présente loi ou de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, chapitre Y-1 des Lois révisées du Canada (1985);

d) il s'agit d'un cas exceptionnel où l'adolescent a commis un acte criminel et où les circonstances aggravantes de la perpétration de celui-ci sont telles que l'imposition d'une peine ne comportant pas de placement sous garde enfreindrait les principes et objectif énoncés à l'article 38.

Le terme « infraction avec violence » n'est pas défini dans la *LSJPA* ni dans le *Code criminel*. Toutefois, la *LSJPA* définit au par. 2(1) « infraction grave avec violence » :

"serious violent offence" means an offence in the commission of which a young person causes or attempts to cause serious bodily harm.

« infraction grave avec violence » Toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles graves ou tente d'en causer.

Although the concept of "bodily harm" is not defined in the *YCJA*, s. 2(2) of this Act states that "[u]nless otherwise provided, words and expressions used in this Act have the same meaning as in the *Criminal Code*." Section 2 of the *Criminal Code* defines "bodily harm" as "any hurt or injury to a person that interferes with the health or comfort of the person and that is more than merely transient or trifling in nature". In *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, Cory J., writing for a unanimous Court, relied on this definition of "bodily harm", as well as the dictionary definition of "serious", to interpret the meaning of "serious bodily harm" for purposes of s. 264.1(1)(*a*) of the *Criminal Code* as it was worded before February 15, 1995. Specifically, Cory J. held that "serious bodily harm" is "any hurt or injury, whether physical or psychological, that interferes in a substantial way with the physical or psychological integrity, health or well-being of the complainant" (p. 81). I see no reason why this definition of "serious bodily harm" should not also be used for purposes of the *YCJA*, and, in particular, for purposes of the definition of "serious violent offence" that is found in s. 2(1) of the Act.

Bien que la *LSJPA* ne donne pas de définition de « lésions corporelles », son par. 2(2) stipule : « Sauf disposition contraire, les termes de la présente loi s'entendent au sens du *Code criminel*. » L'article 2 du *Code criminel* définit ainsi les « lésions corporelles » : « Blessure qui nuit à la santé ou au bien-être d'une personne et qui n'est pas de nature passagère ou sans importance. » Dans *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, le juge Cory, au nom de la Cour, s'est fondé sur cette définition et sur le sens que donne le dictionnaire au mot « grave » pour interpréter « blessures graves » pour l'application de l'al. 264.1(1)*a*) du *Code criminel*, dans sa version antérieure au 15 février 1995. Plus précisément, le juge Cory a affirmé que « blessures graves » signifie « toute blessure physique ou psychologique qui nuit d'une manière importante à l'intégrité, à la santé ou au bien-être physique ou psychologique du plaignant » (p. 81). Je ne vois pas pourquoi cette définition de « blessures graves » ne pourrait pas être également utilisée dans le cadre de la *LSJPA* et, plus particulièrement, pour la définition de « infraction grave avec violence » au par. 2(1) de la Loi.

Although the definition of "serious violent offence" is relatively straightforward, even if a young person's actions would appear to satisfy it — i.e. even if a young person causes or attempts to cause serious bodily harm in the course of committing an offence — it does not automatically follow that he or she has committed a "serious violent offence". Instead, pursuant to s. 42(9) of the *YCJA*, the Crown must apply to have an offence designated as a "serious violent offence", and the youth justice court to which the application is made is required to hold a hearing before it makes its decision: see Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 493. Additionally, s. 42(10) of the *YCJA* allows for an appeal of the determination that a criminal act was or was not a "serious violent offence". Much is involved in deciding whether an offence is a "serious violent offence" because the consequences of

21 Malgré la simplicité relative de la définition de « infraction grave avec violence », même si les actes commis par un adolescent semblent correspondre à la définition — c.-à-d. même si l'adolescent cause des lésions corporelles graves ou tente d'en causer lorsqu'il commet l'infraction — il ne s'ensuit pas automatiquement qu'il a commis une « infraction grave avec violence ». En vertu du par. 42(9) de la *LSJPA*, le ministère public doit plutôt demander au tribunal de déclarer que l'infraction constitue une « infraction grave avec violence », et le tribunal pour adolescents saisi de la demande doit tenir une audience avant de se prononcer : voir Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 493. En outre, le par. 42(10) de la *LSJPA* permet d'interjeter appel de la décision déclarant que l'acte criminel constitue ou ne constitue pas une « infraction grave avec violence ». Le tribunal doit tenir compte

such a designation are quite severe. For instance, if a youth justice court determines that a young person has committed a third "serious violent offence", the young person may presumptively be sentenced as an adult: see ss. 2(1) and 62(*a*) of the *YCJA*. In addition to being presumed deserving of an adult sentence, a young person convicted of his or her third "serious violent offence" is also liable under s. 42(2)(*r*) to a youth sentence of intensive rehabilitative custody and supervision: see also Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 491. I would like to emphasize however that s. 39(1) only addresses a young person's eligibility for a custodial sentence and not the appropriateness of custody in any given case. Indeed, s. 39(2) states that even if custody is an option, the court shall not impose custody unless alternatives have been considered that are reasonable in the circumstances, in accordance with s. 38 of the *YCJA*.

22 For purposes of interpreting the term "violent offence", two conclusions can immediately be drawn from this definition of "serious violent offence". More specifically, these two conclusions will be important considerations in deciding whether a force-based or harm-based definition of "violent offence" better complements the definition of "serious violent offence" in the *YCJA*, and how this eventual definition should be constructed. I will address the precise definition of "violent offence" in paras. 53-87 below.

23 First, the terms "violent offence" and "serious violent offence" must have connected meanings. Otherwise, if their meanings are not connected, then it would be possible for an offence to be a "serious violent offence" without also being a "violent offence". Not only would this result be absurd, it would also interfere with the proper operation of the *YCJA*. Let me explain.

de bon nombre de facteurs pour décider si l'infraction constitue ou non une « infraction grave avec violence », parce que les conséquences d'une telle décision sont très graves. Par exemple, si le tribunal pour adolescents décide qu'il s'agit d'une troisième « infraction grave avec violence » commise par l'adolescent, on pourrait présumer de son assujettissement à la peine applicable aux adultes : voir par. 2(1) et al. 62*a*) de la *LSJPA*. Non seulement l'adolescent reconnu coupable d'une troisième « infraction grave avec violence » est présumé mériter la peine normalement réservée aux adultes, mais, en application de l'al. 42(2)*r*), il est également assujetti à une peine spécifique comportant placement et supervision dans le cadre d'un programme intensif de réadaptation : voir également Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 491. Je tiens cependant à souligner que le par. 39(1) ne sert qu'à déterminer si, dans une affaire donnée, la situation de l'adolescent peut donner ouverture à une peine comportant le placement sous garde et non si celui-ci est indiqué. Le paragraphe 39(2) dit que, même si le placement sous garde est une option, le tribunal ne l'impose qu'en dernier recours après avoir examiné les mesures de rechange raisonnables dans les circonstances, selon l'art. 38 de la *LSJPA*.

Pour l'interprétation de « infraction avec violence », on peut immédiatement tirer deux conclusions de cette définition de « infraction grave avec violence ». Plus précisément, ces deux conclusions sont des éléments importants pour déterminer laquelle des deux définitions de « infraction avec violence », celle fondée sur le recours à la force ou celle établie en fonction du préjudice, complète le mieux la définition de « infraction grave avec violence » dans la *LSJPA*, et pour formuler la définition qui sera retenue. J'aborderai, aux par. 53-87, la question de la définition de « infraction avec violence ».

Premièrement, « infraction avec violence » et « infraction grave avec violence » ont nécessairement des sens analogues. Sinon, une infraction pourrait constituer une « infraction grave avec violence » sans pour autant être une « infraction avec violence ». Un tel résultat serait non seulement absurde, mais il nuirait également à la bonne application de la *LSJPA*. Je m'explique.

Section 42(5)(*a*) of the *YCJA* provides that:

> The court may make a deferred custody and supervision order under paragraph (2)(*p*) if
>
> (*a*) the young person is found guilty of an offence that is not a serious violent offence;

Since this statutory provision prohibits a youth justice court from imposing deferred custody for serious violent offences, this suggests that Parliament intended that young persons who commit serious violent offences should generally receive actual — i.e. not deferred — custodial sentences. However, if the meanings of "serious violent offence" and "violent offence" are not connected, such that a "serious violent offence" is not also a "violent offence", then custody will not even be available as a sentencing option unless the other gates to custody set out in s. 39(1)(*b*) to (*d*) apply. The problem is that these other gates to custody will only open in particular circumstances. For instance, the s. 39(1)(*b*) gate will only open when "[a] young person has failed to comply with non-custodial sentences". What if the young person who commits a "serious violent offence" is a first-time offender? Likewise, the s. 39(1)(*c*) gate requires that the young person commit an indictable offence for which an adult would be liable to imprisonment for a term of more than two years *and* have a history that indicates a pattern of findings of guilt under the *YCJA* or the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1 ("*YOA*"). What if the young person does not have such a history? Finally, the s. 39(1)(*d*) gate will only open in exceptional cases where the young person has committed an indictable offence, the aggravating circumstances of which are such that the imposition of a non-custodial sentence would be inconsistent with the purpose and principles set out in s. 38. What if the circumstances of the particular offence do not make it exceptional? If none of these other gates to custody apply, then a sentencing judge will be placed in the unenviable position of being faced with s. 42(5)(*a*), which suggests that Parliament intended that an actual custodial sentence should be imposed when a young person commits a "serious violent offence", and then being prevented from

L'alinéa 42(5)*a*) de la *LSJPA* dispose : 24

> Le tribunal pour adolescents peut rendre une ordonnance différée de placement sous garde et de surveillance en application de l'alinéa (2)*p*) lorsque :
>
> *a*) d'une part, l'adolescent a été déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction grave avec violence;

Le fait que cette disposition législative interdise au tribunal pour adolescents d'imposer le placement sous garde différé pour des infractions graves avec violence semble indiquer que le législateur a voulu que les adolescents qui commettent ces infractions soient assujettis à une peine comportant la détention sous garde et non le placement sous garde différé. Toutefois, si « infraction grave avec violence » et « infraction avec violence » n'ont pas un sens analogue, de sorte qu'une « infraction grave avec violence » ne constitue pas pour autant une « infraction avec violence », le tribunal ne peut même pas envisager le placement sous garde si les autres situations, énoncées aux al. 39(1)*b*) à *d*), qui l'y autorisent, ne s'appliquent pas. Le problème est que ces autres situations ne donnent ouverture au placement sous garde que dans des circonstances précises. Par exemple, l'al. 39(1)*b*) ne peut être invoqué que si l'adolescent « n'a pas respecté les peines ne comportant pas de placement sous garde qui lui ont déjà été imposées ». Qu'en est-il si l'adolescent qui commet une « infraction grave avec violence » en est à sa première infraction? De même, selon l'al. 39(1)*c*), il faut que l'adolescent ait commis un acte criminel pour lequel un adulte est passible d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans *après* avoir fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité dans le cadre de la *LSJPA* ou de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1 (« *LJC* »). Qu'en est-il si l'adolescent n'a pas fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité? Enfin, l'al. 39(1)*d*) ne peut être invoqué que dans des cas exceptionnels où l'adolescent a commis un acte criminel et où les circonstances aggravantes de la perpétration de celui-ci sont telles que l'imposition d'une peine ne comportant pas de placement sous garde enfreindrait les principes et objectif énoncés à l'art. 38. Qu'en est-il si les circonstances de la perpétration n'en font pas un

ordering a sentence of this type because none of the gates to custody set out in s. 39(1) are open.

25 Accordingly, in order to avoid absurdity and problems like the one discussed above, it is necessary for the terms "violent offence" and "serious violent offence" to have connected meanings.

26 The second conclusion that can be drawn from the existence of the definition of "serious violent offence" is a relatively simple one: Parliament chose to define this term while leaving the term "violent offence" undefined, and this choice must mean something. In other words, although the meaning this Court ultimately ascribes to "violent offence" must be connected to the meaning of "serious violent offence" in order to avoid absurd and problematic results, it need not and, as I will explain below, should not be a mere replica of this definition with the word "serious" omitted. Had Parliament intended for "violent offence" to have such a meaning, it could have easily included this definition in the *YCJA*. Instead, it did not. This decision to leave the term "violent offence" undefined must be respected. Therefore, this Court must approach its task of interpreting the term "violent offence" just as it would if it were dealing with any other undefined term in a statute.

27 In order to determine the meaning of an undefined term in a statute, it is now well established that a court is to read the words making up the term "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42, at para. 26, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87;

cas exceptionnel? Si aucune de ces autres situations ne s'applique, le juge chargé de la détermination de la peine aura alors le sort peu enviable de se trouver devant l'al. 42(5)*a*) — lequel semble indiquer que le législateur veut que des peines comportant la détention sous garde soient infligées aux adolescents qui commettent des « infractions graves avec violence » — et de ne pouvoir imposer ce genre de peine, car il ne peut invoquer aucune des situations prévues au par. 39(1) qui donnent ouverture au placement sous garde.

Par conséquent, pour éviter ce genre d'absurdités et de problèmes, il faut donner un sens analogue à « infraction avec violence » et « infraction grave avec violence ».

La deuxième conclusion que l'on peut tirer de la définition de « infraction grave avec violence » est relativement simple : le législateur a choisi de définir cette expression et de ne pas le faire pour « infraction avec violence ». Son choix doit vouloir dire quelque chose. En d'autres termes, la Cour doit en définitive donner à « infraction avec violence » un sens analogue à celui de « infraction grave avec violence » afin d'éviter les résultats absurdes et problématiques, mais il ne s'agit pas nécessairement, comme je l'expliquerai plus loin, d'une simple réplique de cette définition sans le mot « grave ». Si le législateur avait voulu donner un tel sens à « infraction avec violence », il lui aurait été facile d'incorporer cette définition dans la *LSJPA*. Mais il ne l'a pas fait. Il faut respecter sa décision de ne pas définir « infraction avec violence ». La Cour doit donc interpréter « infraction avec violence » de la même manière qu'elle le ferait pour tout autre terme non défini par la loi.

Pour déterminer le sens d'un terme non défini par la loi, il est maintenant bien établi que le tribunal est tenu d'interpréter les mots qui le composent [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, 2002 CSC 42, par. 26, citant un extrait de l'ouvrage de E. A. Driedger, intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983),

see also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

3.1.2 Grammatical and Ordinary Sense

In accordance with this approach to statutory interpretation, I will first consider the words making up the term "violent offence" in their grammatical and ordinary sense. In particular, I will consider the dictionary, ordinary and judicially constructed definitions of the words "violent" and "violence". I intend to examine the word "violence", first, because its meaning is intertwined with that of the word "violent", and, second, because it is used in the French language version of s. 39(1)(*a*), which reads as follows: "*l'adolescent a commis une infraction avec violence*".

Turning first to dictionary definitions, according to the *Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 656, when the word "violent" is used to describe actions, it means that the actions are "[c]haracterized by the doing of harm or injury" or are "accompanied by the exercise of violence". The primary meaning of "violence", according to this dictionary, is "[t]he exercise of physical force so as to inflict injury on, or cause damage to, persons or property" (p. 654).

While the dictionary definition of "violence" focuses on the means employed to produce injury or damage (i.e. the exercise of physical force), one author argues that, ordinarily, the term "violence" is understood just in terms of its effects:

Violence is not an easy term to define. It is usually defined in terms of its effects. For most people, any act producing even a small amount of blood is violent. Sometimes damage to objects is accepted as a violent expression of anger or hostility against a person (as when someone vandalizes another's car or defaces the walls of a house with slogans).

It is significant that the Criminal Code, which one might assume to be the "bible" of the control of

p. 87; voir également *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

3.1.2 Sens grammatical et ordinaire

28 Conformément à cette méthode d'interprétation des lois, j'examinerai d'abord, selon leur sens grammatical et ordinaire, les mots qui composent « infraction avec violence ». J'examinerai en particulier le sens du dictionnaire, le sens ordinaire et le sens retenu par les tribunaux pour le mot « violence », qui est employé à l'al. 39(1)*a*) du texte français : « l'adolescent a commis une infraction avec violence ».

29 Tout d'abord, pour ce qui est du sens du dictionnaire, le *Vocabulaire juridique* (8e éd. 2000) de G. Cornu donne comme sens général de « violence » : « Contrainte illicite, acte de force dont le caractère illégitime tient (par atteinte à la paix et à la liberté) à la brutalité d'un procédé employé (violence physique ou corporelle, matérielle) ou (et), par effet d'intimidation, à la peur inspirée (violence morale) » (p. 907). Il donne aussi comme sens en droit pénal : « Acte d'agression de nature à porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne contre laquelle il est dirigé » (p. 907).

30 S'il est vrai que le dictionnaire définit le mot « violence » en insistant davantage sur les moyens employés pour l'atteinte à l'intégrité physique ou matérielle (à savoir l'usage de la force physique), une auteure fait valoir que, normalement, le mot « violence » s'entend uniquement des effets de la violence :

[TRADUCTION] Le mot violence n'est pas facile à définir. La violence est habituellement définie en fonction de ses effets. Pour la plupart des gens, les actes qui produisent ne serait-ce qu'un peu de sang sont violents. Parfois, les dommages causés aux biens sont considérés comme une expression violente de colère ou d'hostilité à l'égard d'autrui (par exemple, lorsqu'une personne saccage la voiture d'une autre personne ou dégrade les murs d'une maison par des slogans).

Il est révélateur que le Code criminel, considéré comme étant la « bible » en matière de contrôle de

violence in society, offers no definition of violence. It is, surprisingly, perhaps the most "assumed" term within the entire Code. Offences which one might consider the most "violent" of all crimes, such as murder and assault, do not mention violence. Rather, they talk about concrete, measurable things like "death" and "bodily harm."

(T. Scassa, "Violence Against Women in Law Schools" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809, at p. 816)

Similarly, in *Pitters v. Criminal Injuries Compensation Board (Ont.)* (1996), 95 O.A.C. 325 (Div. Ct.), Watt J. stated that "[i]n ordinary speech, 'violent' includes, but is *not* synonymous with the use of physical force" (para. 46 (emphasis in original)). Although these statements regarding the ordinary meaning of the terms "violence" and "violent" are by no means determinative of the definition of "violent offence" for purposes of s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*, they do reveal that there is some debate over the precise meaning of "violence" (and "violent") and whether the focus should be on the effects of violence (i.e. harm) or the means by which violence is carried out (i.e. the exercise of force). This debate is also reflected in judicially constructed definitions of the word "violence".

31 For example, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 970, this Court held that violence as a form of expression falls outside the sphere of the guarantee of free expression set out in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, this Court explained what it meant when it used the term "violence". Dickson C.J., for the majority in *Keegstra*, stated that this Court used the term "violence" in *Irwin Toy* to refer to "expression communicated directly through physical harm" (p. 732). In contrast, McLachlin J. (as she then was), for the minority, stated that "[v]iolence as discussed in *Dolphin Delivery* [*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573,] and *Irwin Toy* connotes actual or threatened

la violence dans la société, ne donne aucune définition du mot « violence ». Il est surprenant de constater que, parmi tous les termes qu'emploie le Code, c'est celui « que l'on tient le plus pour acquis ». Les infractions jugées les plus « violentes », le meurtre et les voies de fait, par exemple, ne mentionnent pas le mot violence. On utilise plutôt des termes concrets et mesurables comme la « mort » et les « lésions corporelles ».

(T. Scassa, « Violence Against Women in Law Schools » (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809, p. 816)

De même, dans *Pitters c. Criminal Injuries Compensation Board (Ont.)* (1996), 95 O.A.C. 325 (C. div.), le juge Watt a indiqué que [TRADUCTION] « [d]ans le langage courant, le mot "violent" comprend l'usage de la force physique, mais il *n'*en est *pas* synonyme » (par. 46 (en italique dans l'original)). Bien que ces propos sur le sens ordinaire de « violence » et « violent » soient largement insuffisants pour arrêter une définition précise de « infraction avec violence » pour l'application de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*, ils révèlent l'existence d'un débat sur le sens précis à donner à « violence » (et à « violent ») et soulèvent la question de savoir s'il y aurait lieu de se concentrer sur les effets de la violence (le préjudice) ou sur le recours à la violence (l'usage de la force). Ce débat se dégage également du sens retenu par les tribunaux pour le mot « violence ».

Par exemple, dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 970, la Cour a statué que la violence comme forme d'expression sort du champ de la garantie de la liberté d'expression prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, elle a expliqué ce qu'elle entend lorsqu'elle emploie le terme « violence ». Le juge en chef Dickson, au nom des juges majoritaires dans *Keegstra*, a écrit que la Cour a employé le terme « violence » dans *Irwin Toy* pour parler de « l'expression qui se manifeste directement par un préjudice corporel » (p. 732). Par contre, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), a indiqué au nom des juges minoritaires que la « violence dont parlent les arrêts *Dolphin Delivery* [*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573,] et

physical interference with the activities of others" (p. 830).

"Violence" is also a constituent element of the offence of robbery that is set out in s. 343(*a*) and (*b*) of the *Criminal Code*. These paragraphs read as follows:

> **343.** Every one commits robbery who
>
> (*a*) steals, and for the purpose of extorting whatever is stolen or to prevent or overcome resistance to the stealing, uses violence or threats of violence to a person or property;
>
> (*b*) steals from any person and, at the time he steals or immediately before or immediately thereafter, wounds, beats, strikes or uses any personal violence to that person;

Appellate courts have attempted to define "violence" for these two forms of robbery. For instance, in *R. v. Lew* (1978), 40 C.C.C. (2d) 140, and *R. v. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351, the Ontario Court of Appeal held that in order to satisfy the "personal violence" element in what is now s. 343(*b*), something more than a mere technical assault is required. However, in *R. v. Trudel* (1984), 12 C.C.C. (3d) 342, the Quebec Court of Appeal held that this interpretation of "violence" ought not to apply to the form of robbery set out in what is now s. 343(*a*). For purposes of this type of robbery, a simple assault (i.e. the intentional application of force or the attempt or threat thereof), and not necessarily assault causing bodily harm, will satisfy the "violence" requirement. In particular, the court held that the holding of a victim's arms while money is being taken would suffice. In contrast, in *R. v. Sayers and McCoy* (1983), 8 C.C.C. (3d) 572, and *R. v. Lecky* (2001), 157 C.C.C. (3d) 351, the Ontario Court of Appeal held that for the type of robbery set out in what is now s. 343(*a*), a threat of violence is really a threat to cause physical harm or injury, thereby linking violence with the causation of harm or injury rather than the application of force.

Irwin Toy connote une ingérence ou une menace d'ingérence matérielle réelle dans les activités d'autrui » (p. 830).

La « violence » est également un élément constitutif de l'infraction de vol qualifié prévu aux al. 343*a*) et *b*) du *Code criminel* : 32

> **343.** Commet un vol qualifié quiconque, selon le cas :
>
> *a*) vole et, pour extorquer la chose volée ou empêcher ou maîtriser toute résistance au vol, emploie la violence ou des menaces de violence contre une personne ou des biens;
>
> *b*) vole quelqu'un et, au moment où il vole, ou immédiatement avant ou après, blesse, bat ou frappe cette personne ou se porte à des actes de violence contre elle;

Les tribunaux d'appel ont tenté de définir le mot « violence » dans le contexte de ces deux formes de vol qualifié. Par exemple, dans *R. c. Lew* (1978), 40 C.C.C. (2d) 140, et *R. c. Oakley* (1986), 24 C.C.C. (3d) 351, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que pour établir l'élément d'« actes de violence [portés] contre [autrui] » qui figure dans l'al. 343*b*) actuel, les simples voies de fait, strictement parlant, ne suffisent pas. Toutefois, dans *R. c. Trudel*, 1984 CarswellQue 129, 12 C.C.C. (3d) 342, la Cour d'appel du Québec a statué que cette interprétation de « violence » ne doit pas s'appliquer à la forme de vol qualifié prévue à l'al. 343*a*) actuel. Dans le cadre de ce genre de vol qualifié, les simples voies de fait (à savoir l'application intentionnelle de la force ou bien la tentative ou menace d'y recourir), et non pas nécessairement des voies de fait causant des lésions corporelles, suffisent à établir l'élément de « violence ». Plus particulièrement, la cour a conclu que le fait de tenir les bras de la victime pendant que l'argent est dérobé est suffisant. Par contre, dans *R. c. Sayers and McCoy* (1983), 8 C.C.C. (3d) 572, et *R. c. Lecky* (2001), 157 C.C.C. (3d) 351, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que dans le cas du vol qualifié prévu à l'al. 343*a*) actuel, une menace de violence est en réalité une menace de causer un préjudice corporel ou des lésions corporelles, liant ainsi la violence au fait de causer un préjudice ou des lésions corporelles plutôt qu'à l'emploi de la force.

33 After examining these dictionary, ordinary and judicially constructed definitions of "violence", it can be said that "violence" is typically associated with either the application of force or the causation of harm or injury, but is also sometimes associated with both. Not only is it clear from these definitions that "violence" has a spectrum of meanings, it is also clear that "violence" can be applied to property as well as to persons. Nevertheless, while helpful, these particular definitions of "violence" are certainly not determinative of the meaning of the term "violent offence" for purposes of s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*, because it is still necessary to examine this term in the context of the Act. Specifically, this term must be analysed in relation to the object of the *YCJA*, the scheme of the *YCJA* and the intention of Parliament. As I will demonstrate below, all three of these indicators of legislative meaning favour a narrow interpretation of the term "violent offence".

Après avoir examiné le sens que donne le dictionnaire au mot « violence », son sens ordinaire et le sens retenu par les tribunaux, on peut affirmer que la « violence » est généralement associée soit à l'usage de la force soit au fait de causer un préjudice ou des lésions corporelles, mais elle est aussi parfois associée aux deux. Non seulement il ressort clairement de ces définitions que « violence » comporte toute une gamme de définitions, mais il est également clair que ce mot peut s'appliquer aux biens comme aux personnes. Néanmoins, bien qu'utiles, ces définitions particulières de « violence » ne suffisent certainement pas pour préciser le sens de « infraction avec violence » pour l'application de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*, parce qu'il faut aussi examiner ce terme dans le contexte de la Loi. En particulier, il faut l'analyser par rapport à l'objet de la *LSJPA*, à l'économie de la *LSJPA* et à l'intention du législateur. Comme je le démontrerai plus loin, ces trois indices du sens législatif militent tous en faveur d'une interprétation stricte de « infraction avec violence ».

3.1.3 Object of the Act

3.1.3 Objet de la Loi

34 The primary object of the *YCJA* is set out in s. 3(1)(*a*) of the Act. This paragraph reads as follows:

> (*a*) the youth criminal justice system is intended to
>
> (i) prevent crime by addressing the circumstances underlying a young person's offending behaviour,
>
> (ii) rehabilitate young persons who commit offences and reintegrate them into society, and
>
> (iii) ensure that a young person is subject to meaningful consequences for his or her offence
>
> in order to promote the long-term protection of the public;

Le principal objet de la *LSJPA* est énoncé à l'al. 3(1)*a*) de la Loi :

> *a*) le système de justice pénale pour adolescents vise à prévenir le crime par la suppression des causes sous-jacentes à la criminalité chez les adolescents, à les réadapter et à les réinsérer dans la société et à assurer la prise de mesures leur offrant des perspectives positives en vue de favoriser la protection durable du public;

While the Act may be generally concerned with the protection of the public, it also has some specific goals, including restricting the use of custody for young offenders. This particular goal is evidenced in the preamble of the Act, as well as in s. 38(2).

La Loi peut généralement viser la protection du public, mais elle comporte également des objectifs précis, dont celui de restreindre le recours au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants. Cet objectif ressort du préambule de la Loi ainsi que de son par. 38(2).

35 Turning first to the preamble, there are two parts that demonstrate that the Act is aimed at

Examinons d'abord le préambule : deux éléments démontrent que la Loi vise à restreindre le

restricting the use of custody for young persons. First, there is the part of the preamble that states that "Canada is a party to the United Nations Convention on the Rights of the Child and recognizes that young persons have rights and freedoms, including those stated in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*, and have special guarantees of their rights and freedoms". This reference to the *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, is important because art. 37(b) of the Convention provides that:

No child shall be deprived of his or her liberty unlawfully or arbitrarily. The arrest, detention or imprisonment of a child shall be in conformity with the law and shall be used only as a measure of last resort and for the shortest appropriate period of time;

The second part of the preamble that demonstrates that the Act is aimed at restricting the use of custody for young offenders reads as follows:

. . . -WHEREAS- Canadian society should have a youth criminal justice system that commands respect, takes into account the interests of victims, fosters responsibility and ensures accountability through meaningful consequences and effective rehabilitation and reintegration, and that reserves its most serious intervention for the most serious crimes and reduces the over-reliance on incarceration for non-violent young persons;

Turning next to s. 38(2) of the *YCJA*, it sets out the principles that a youth justice court is to follow in determining a youth sentence. Two principles in particular reveal the Act's focus on restricting the use of custody for young offenders. First, the sentencing principle set out in s. 38(2)(*d*) provides that "all available sanctions other than custody that are reasonable in the circumstances should be considered for all young persons, with particular attention to the circumstances of aboriginal young persons". Second, the sentencing principle set out in s. 38(2)(*e*)(i) provides that "the sentence must . . . be the least restrictive sentence that is capable of achieving the purpose set out in subsection (1)".

recours au placement sous garde dans le cas des adolescents. Premièrement, il y a le passage du préambule qui prévoit que « le Canada est partie à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et que les adolescents ont des droits et libertés, en particulier ceux qui sont énoncés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Déclaration canadienne des droits*, et qu'ils bénéficient en conséquence de mesures spéciales de protection à cet égard ». Ce renvoi à la *Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 nº 3, est important parce que l'al. 37b) de la Convention dispose :

Nul enfant ne [doit être] privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une durée aussi brève que possible;

Ensuite, il y a le passage suivant : 36

[Attendu] que la société canadienne doit avoir un système de justice pénale pour les adolescents qui impose le respect, tient compte des intérêts des victimes, favorise la responsabilité par la prise de mesures offrant des perspectives positives, ainsi que la réadaptation et la réinsertion sociale, limite la prise des mesures les plus sévères aux crimes les plus graves et diminue le recours à l'incarcération des adolescents non violents. . .

Passons maintenant au par. 38(2) de la *LSJPA*. 37
Il énonce les principes que le tribunal pour adolescents doit respecter lorsqu'il détermine une peine spécifique. Deux principes en particulier révèlent que la Loi vise essentiellement à restreindre le recours au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants. Premièrement, le principe de détermination de la peine énoncé à l'al. 38(2)*d*) dispose que « toutes les sanctions applicables, à l'exception du placement sous garde, qui sont justifiées dans les circonstances doivent faire l'objet d'un examen, plus particulièrement en ce qui concerne les adolescents autochtones ». Deuxièmement, celui énoncé au sous-al. 38(2)*e*)(i) prévoit que « la peine doit [. . .] être la moins contraignante possible pour atteindre l'objectif mentionné au paragraphe (1) ».

38 Accepting that the Act is aimed at restricting the use of custody for young offenders, it follows that a narrow interpretation of "violent offence" is to be preferred, because the classification of an offender's conduct as a "violent offence" opens the gate to custody.

3.1.4 Scheme of the Act

39 The goal of restricting the use of custody for young offenders is also reflected in the scheme of the Act, and, in particular, in s. 39. For instance, as noted above, subs. (1) of this section provides for only four "gateways" to custody. If an offence committed by a young person does not fit through one of these gateways, then a youth justice court cannot impose a period of custody. However, even if one of the gateways to custody in subs. (1) does apply, subs. (2) prohibits a youth justice court from imposing a custodial sentence under s. 42 (youth sentences) unless the court has determined that there is no reasonable alternative, or combination of alternatives, to custody that is in accordance with the purpose and principles set out in s. 38. Furthermore, subs. (3) sets out a number of factors that a court must consider in determining whether there is a reasonable alternative to custody, such as the alternatives to custody that are available and that have been used in respect of young persons for similar offences committed in similar circumstances, and subs. (9) requires a court that imposes a custodial sentence "[to] state the reasons why . . . a non-custodial sentence is not adequate to achieve the purpose set out in subsection 38(1)".

40 The remaining subsections of s. 39 also support the goal of restricting the use of custody for young offenders. For instance, subs. (4) makes it clear that the previous imposition of a particular non-custodial sentence on a young person does not preclude a court from imposing the same or any other non-custodial sentence for another offence. Subsection (5) prohibits a court from using custody as a substitute for appropriate child protection, mental health or other social measures. Subsections

Si l'on accepte que la Loi vise à restreindre le recours au placement sous garde, on doit alors privilégier l'interprétation stricte de « infraction avec violence », car si l'on qualifie d'« infraction avec violence » la conduite du contrevenant, on ouvre la porte au placement sous garde.

3.1.4 Économie de la Loi

L'économie de la Loi et plus particulièrement l'art. 39 reflètent également l'objectif de restreindre le recours au placement sous garde. Par exemple, comme nous l'avons mentionné, le par. (1) de cet article ne prévoit que quatre situations donnant ouverture au placement sous garde. Si l'infraction commise par un adolescent ne correspond pas à l'une de ces situations, le tribunal pour adolescents ne peut alors imposer une période de placement sous garde. Par ailleurs, même si l'une de ces situations s'applique, selon le par. (2) le tribunal pour adolescents n'impose le placement sous garde en application de l'art. 42 (peines spécifiques) que s'il conclut qu'il n'existe aucune mesure de rechange raisonnable, même combinée à d'autres, qui serait conforme aux principes et objectif énoncés à l'art. 38. En outre, le par. (3) énonce plusieurs facteurs dont le tribunal doit tenir compte dans le cadre de son examen, notamment les mesures de rechange à sa disposition et celles qui sont imposées à des adolescents pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables, et le par. (9) exige que le tribunal qui ordonne une peine spécifique comportant le placement sous garde « donn[e] les motifs pour lesquels une peine spécifique ne comportant pas de placement sous garde ne suffirait pas pour atteindre l'objectif mentionné au paragraphe 38(1) ».

Les autres paragraphes de l'art. 39 tendent également à confirmer que l'objectif est de restreindre le recours au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants. Par exemple, le par. (4) indique clairement que l'imposition à un adolescent d'une peine ne comportant pas de placement sous garde n'a pas pour effet d'empêcher que la même peine ou une autre peine ne comportant pas de placement sous garde lui soit imposée pour une autre infraction. Le paragraphe (5) interdit au tribunal de

(6) and (7) require a court to consider a pre-sentence report and any sentencing proposal made by the young person or his or her counsel before imposing a custodial sentence unless the court, with the consent of the prosecutor and the young person or his or her counsel, determines that the report is not necessary. Finally, subs. (8) prohibits a court that is determining the length of a sentence that includes a custodial portion from taking into consideration the fact that the supervision portion of the sentence may not be served in custody and that the sentence may be reviewed by the court under s. 94.

The fact that the scheme of s. 39 in general reflects the Act's goal of restricting the use of custody for young offenders gives further support to the view that the term "violent offence", being one of the gateways to custody, ought to be narrowly interpreted. Apart from this conclusion about s. 39 in general, there are also two other aspects of the Act's scheme that favour a narrow interpretation.

First, as I explained above, s. 39(1) provides for four gateways to custody, the first of which is the commission of a "violent offence". Whatever interpretation this Court ultimately ascribes to this term, it must ensure that the remaining gateways to custody set out in s. 39(1) continue to be meaningful routes to custody. In my view, the only way to do so is to narrowly interpret the term "violent offence". Otherwise, if "violent offence" is given a broad interpretation, such that it encompasses most indictable offences under the *Criminal Code*, then ss. 39(1)(*c*) and 39(1)(*d*) will lose their importance as gateways to custody, since they both require something in addition to the commission of an indictable offence before they will allow the imposition of a custodial sentence. Section 39(1)(*c*) requires that the indictable offence committed by the youth be one for which an adult would be liable to imprisonment for a term of more than two years and that the youth have a history that indicates a pattern of findings of guilty under the *YCJA* or the

substituer le placement sous garde à des services de protection de la jeunesse ou de santé mentale, ou à d'autres mesures sociales plus appropriées. Selon les par. (6) et (7), le tribunal doit, avant d'imposer le placement sous garde, prendre connaissance du rapport prédécisionnel et des propositions relatives à la peine à imposer faites par le poursuivant et l'adolescent ou son avocat, à moins de décider, avec leur consentement, que le rapport est inutile. Enfin, le par. (8) interdit au tribunal qui fixe la durée de la peine comportant une période de garde de tenir compte du fait que la période de surveillance de la peine peut ne pas être purgée sous garde et que la peine peut faire l'objet de l'examen prévu à l'art. 94.

41 Le fait que l'économie de l'art. 39, dans son ensemble, reflète l'objectif de la Loi de restreindre le recours au placement sous garde vient appuyer le point de vue qu'il faut donner une interprétation stricte à « infraction avec violence » désignant l'une des situations qui donnent ouverture au placement sous garde. Outre la présente conclusion à l'égard de l'ensemble de l'art. 39, deux autres aspects de l'économie de la Loi favorisent une interprétation stricte.

42 Premièrement, comme je l'ai déjà expliqué, le par. 39(1) prévoit quatre situations donnant ouverture au placement sous garde, dont la première est la commission d'une « infraction avec violence ». Quelle que soit l'interprétation que la Cour attribue en fin de compte à ce terme, elle doit s'assurer que les autres situations énoncées au par. 39(1) continuent d'être des avenues valables pour le recours au placement sous garde. À mon avis, le seul moyen d'y parvenir est de donner une interprétation stricte à « infraction avec violence ». En effet, si « infraction avec violence » recevait une interprétation large de manière à englober la plupart des actes criminels prévus au *Code criminel*, les al. 39(1)*c*) et *d*) ne seraient plus des avenues valables pour le recours au placement sous garde, car ils exigent quelque chose de plus que la commission de l'acte criminel avant qu'une peine comportant le placement sous garde puisse être imposée. L'alinéa 39(1)*c*) exige que l'adolescent ait commis un acte criminel pour lequel un adulte est passible

YOA. Section 39(1)(*d*) requires that the aggravating circumstances of the indictable offence be such that the imposition of a non-custodial sentence would be inconsistent with the purpose and principles set out in s. 38.

43 The use of the term "violent offence" elsewhere in the *YCJA* is the second aspect of the Act's scheme that favours a narrow interpretation of this term. Aside from s. 39(1)(*a*), there are two other places in the *YCJA* where the term "violent offence" (or its antonym, "non-violent offence") is used: s. 4(*c*), which states that extrajudicial measures are presumed adequate for a first-time offender who has committed a non-violent offence, and s. 29(2), which provides that in considering whether the detention of a young person is necessary for protection or safety of the public under s. 515(10)(*b*) of the *Criminal Code*, a youth justice court is to presume that detention is not necessary under that paragraph if the young person could not, on being found guilty, be committed to custody under ss. 39(1)(*a*) (i.e. "the young person has committed a violent offence") to 39(1)(*c*). If the term "violent offence" is interpreted narrowly, this will likely mean that extrajudicial measures will be presumed adequate in more cases, and less young people will be detained pending trial, thereby supporting the Act's goal of restricting the use of custody for young persons. Therefore, the use of the term "violent offence" in these two provisions of the *YCJA* militates in favour of a narrow interpretation of this term.

3.1.5 Intention of Parliament

44 Not only is a narrow interpretation of the term "violent offence" supported by the object and scheme of the Act, it is also supported by Parliament's intention in enacting the *YCJA*. Let me explain.

45 Enacted in 1984, the *YOA* created a discretionary sentencing regime which, when compared to the experience under the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, resulted in a substantial

d'une peine d'emprisonnement de plus de deux ans après avoir fait l'objet de plusieurs déclarations de culpabilité dans le cadre de la *LSJPA* ou de la *LJC*. Quant à l'al. 39(1)*d*), il exige que les circonstances aggravantes de la perpétration de l'acte criminel soient telles que l'imposition d'une peine ne comportant pas de placement sous garde enfreindrait les principes et objectif énoncés à l'art. 38.

Deuxièmement, le terme « infraction avec violence » est employé dans d'autres dispositions de la *LSJPA*. Hormis l'al. 39(1)*a*), ce terme (ou son antonyme, « infraction sans violence ») figure dans deux autres dispositions de la *LSJPA* : l'al. 4*c*), selon lequel il est présumé que la prise de mesures extrajudiciaires suffit dans le cas de l'adolescent qui en est à sa première infraction et qui a commis une infraction sans violence, et le par. 29(2), selon lequel le tribunal pour adolescents doit présumer que la détention de l'adolescent n'est pas nécessaire pour la protection ou la sécurité du public au titre de l'al. 515(10)*b*) du *Code criminel*, dans le cas où l'adolescent, sur déclaration de culpabilité, ne pourrait être placé sous garde en vertu des al. 39(1)*a*) (« l'adolescent a commis une infraction avec violence ») à *c*). Si on donne à « infraction avec violence » une interprétation stricte, il y a tout lieu de s'attendre à ce que les mesures extrajudiciaires puissent suffire dans un plus grand nombre de cas, et que moins d'adolescents soient détenus en attendant leur procès. Cela confirme que l'objectif de la Loi est de restreindre le recours au placement sous garde. L'emploi de « infraction avec violence » dans ces deux dispositions de la *LSJPA* milite donc en faveur d'une interprétation stricte.

3.1.5 Intention du législateur

L'interprétation stricte de « infraction avec violence » est étayée non seulement par l'objet et l'économie de la Loi, mais également par l'intention du législateur en adoptant la *LSJPA*. Je m'explique.

Adoptée en 1984, la *LJC* a créé un régime discrétionnaire de détermination de la peine qui, comparativement à l'expérience vécue sous le régime de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970,

increase in the number of custodial sentences for young persons who had violated the criminal law: see Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 444; A. Markwart, "Custodial Sanctions Under The *Young Offenders Act*", in R. R. Corrado et al., eds., *Juvenile Justice in Canada: A Theoretical and Analytical Assessment* (1992), 229. For example, between 1986 and 1994, the average daily population of young offenders in custody in Canada increased by 24 percent, although on average, young persons sentenced to custody under the *YOA* spent less time in custody than those sent to training school under the *Juvenile Delinquents Act*.

ch. J-3, a donné lieu à une augmentation significative du nombre de peines comportant le placement sous garde infligées aux jeunes qui contrevenaient au droit criminel : voir Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 444; A. Markwart, « Custodial Sanctions Under The *Young Offenders Act* » dans R. R. Corrado et autres, dir., *Juvenile Justice in Canada : A Theoretical and Analytical Assessment* (1992), 229. Par exemple, entre 1986 et 1994, la population moyenne de jeunes contrevenants détenus sous garde quotidiennement au Canada a augmenté de 24 pour 100, bien qu'en moyenne, la durée de la période de détention des adolescents condamnés au placement sous garde sous le régime de la *LJC* était moins longue que celle imposée aux jeunes confiés à une école de réforme sous le régime de la *Loi sur les jeunes délinquants*.

In 1986, s. 24(1) of the *YOA* was amended so as to prevent the overuse of custody. This subsection provided that a judge should not commit a young person to custody unless it is considered "necessary for the protection of society having regard to the seriousness of the offence and the circumstances in which it was committed and having regard to the needs and circumstances of the young person". 46

En 1986, le par. 24(1) de la *LJC* a été modifié de manière à empêcher le recours trop fréquent au placement sous garde. Selon cette disposition, le juge ne pouvait imposer le placement sous garde que s'il estimait cette mesure « nécessaire pour la protection de la société, compte tenu de la gravité de l'infraction et de ses circonstances, ainsi que des besoins de l'adolescent et des circonstances dans lesquelles il se trouve ».

It would appear that this amendment did not curb the use of custody for young offenders to Parliament's satisfaction, because it amended the *YOA* again in 1995. This time, it enacted a new sentencing provision, s. 24(1.1), "the obvious intent of which was to avoid the unnecessary use of custody": see N. Bala, *Young Offenders Law* (1997), at p. 261. This new provision provided that: 47

Il semble que cette modification n'ait pas réduit suffisamment, aux yeux du législateur, le recours au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants, parce qu'il a modifié la *LJC* de nouveau en 1995. Cette fois-ci, il a adopté une nouvelle disposition relativement à la détermination de la peine, le par. 24(1.1), [TRADUCTION] « qui visait manifestement à empêcher le recours inutile au placement sous garde » : voir N. Bala, *Young Offenders Law* (1997), p. 261. Voici le texte de la nouvelle disposition :

(1.1) In making a determination under subsection (1), the youth court shall take the following into account:

(*a*) that an order of custody shall not be used as a substitute for appropriate child protection, health and other social measures;

(*b*) that a young person who commits an offence that does not involve serious personal injury should

(1.1) Pour prendre sa décision, le tribunal pour adolescents doit tenir compte des facteurs suivants :

a) l'ordonnance de placement sous garde ne doit pas se substituer à des services de santé ou d'aide à la jeunesse ou à d'autres mesures sociales plus appropriés;

b) l'adolescent qui a commis une infraction ne comportant pas des sévices graves à la personne doit

be held accountable to the victim and to society through non-custodial dispositions whenever appropriate; and

(*c*) that custody shall only be imposed when all available alternatives to custody that are reasonable in the circumstances have been considered.

In addition to s. 24(1.1), Parliament also enacted s. 24(4), which required a youth court judge, when imposing a custodial disposition, to give reasons why a non-custodial disposition would not have been adequate.

48 Although these amendments were aimed at reducing over-reliance on custody for young offenders, they continued to give significant discretion to youth court judges and, therefore, had little effect on sentencing patterns: Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 447. With this in mind, it would appear that the *YCJA*, which departs from the *YOA*'s discretionary approach to custodial dispositions and instead provides for clear conditions that must be satisfied before a custodial disposition can even be considered as an option, was designed, in part, to send a clearer message to those involved in the youth criminal justice system about restricting the use of custody for young offenders: see also Bala, *Youth Criminal Justice Law*, at p. 447. This conclusion is supported by comments made by the then Minister of Justice and Attorney General of Canada, Anne McLellan, when the *YCJA* was introduced for its second reading in Parliament. Specifically, the Minister stated that:

As we also know, the existing YOA has resulted in the highest youth incarceration rate in the western world, including our neighbours to the south, the United States. Young persons in Canada often receive harsher custodial sentences than adults receive for the same type of offence. Almost 80% of custodial sentences are for non-violent offences. Many non-violent first offenders found guilty of less

assumer la responsabilité de ses actes à l'égard de la victime et de la société dans le cadre de décisions ne comportant pas le placement sous garde lorsque cela convient;

c) le placement sous garde ne doit être imposé que lorsque toutes les mesures, raisonnables dans les circonstances, de substitution à la garde ont été envisagées.

Outre le par. 24(1.1), le législateur a également adopté le par. 24(4), lequel exige que le juge du tribunal pour adolescents qui ordonne le placement sous garde donne les motifs pour lesquels une décision ne comportant pas de placement sous garde ne convenait pas.

Certes, ces modifications visaient à réduire le recours trop fréquent au placement sous garde, mais elles continuaient d'accorder aux juges du tribunal pour adolescents un pouvoir discrétionnaire considérable et avaient donc peu d'incidence sur les peines imposées : Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 447. De ce point de vue, il semble que la *LSJPA* — laquelle écarte l'exercice du pouvoir discrétionnaire que prévoyait la *LJC* en matière de décisions comportant le placement sous garde et établit plutôt des conditions claires qui doivent être remplies avant même qu'une telle décision puisse être rendue — a été conçue en partie pour communiquer encore plus clairement aux intervenants du système de justice pénale pour les adolescents le message qu'il faut restreindre le recours au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants : voir également Bala, *Youth Criminal Justice Law*, p. 447. Cette conclusion est étayée par les propos qu'a formulés la ministre de la Justice et procureure générale du Canada, Anne McLellan, au moment où la *LSJPA* a été déposée en deuxième lecture au Parlement. Voici, plus précisément, les propos de la ministre :

Nous savons aussi que, par suite de l'application de la Loi sur les jeunes contrevenants, le nombre de jeunes incarcérés au Canada est le plus élevé dans le monde occidental, ce qui comprend les États-Unis. Au Canada, les jeunes reçoivent souvent des peines privatives de liberté plus rigoureuses que celles qui sont imposées à des adultes pour des infractions du même genre. Dans bon nombre de cas, des jeunes reconnus coupables pour

serious offences such as minor theft are sentenced to custody.

The proposed youth criminal justice act is intended to reduce the unacceptably high level of youth incarceration that has occurred under the Young Offenders Act. The preamble to the new legislation states clearly that the youth justice system should reserve its most serious interventions for the most serious crimes and thereby reduce its over-reliance on incarceration.

In contrast to the YOA, the new legislation provides that custody is to be reserved primarily for violent offenders and serious repeat offenders. The new youth justice legislation recognizes that non-custodial sentences can often provide more meaningful consequences and be more effective in rehabilitating young persons. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, February 14, 2001, at p. 704)

Since it appears that it was Parliament's intent in enacting the *YCJA* to reduce over-reliance on custody for young offenders, it follows that the term "violent offence", which is one of the gateways to custody, should be narrowly interpreted.

3.1.6 Preliminary Conclusion Regarding Context of the Act

Based on the foregoing, it is my conclusion that the object and scheme of the *YCJA*, as well as Parliament's intention in enacting it, all indicate that the *YCJA* was designed, in part, to reduce over-reliance on custodial sentences for young offenders, and, therefore, a narrow interpretation of the term "violent offence", which acts as a gateway to custody, is to be preferred. This conclusion also squares with the well-known principle of statutory interpretation that states that "where two interpretations of a provision which affects the liberty of a subject are available, one of which is more favourable to an accused, then the court should adopt this favourable interpretation": see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 29. Clearly, a narrow interpretation of "violent offence" is more favourable to an accused, since such an interpretation will

la première fois d'infractions sans violence, des vols mineurs par exemple, sont mis en détention préventive.

Le projet de loi sur le système de justice pénale pour les adolescents a pour objet de réduire le nombre inacceptable de jeunes incarcérés en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants. Le préambule du projet de loi prescrit clairement que le système de justice pénale pour les adolescents devrait limiter la prise des mesures les plus sévères aux crimes les plus graves et diminuer le recours à l'incarcération des adolescents non violents.

Contrairement à la Loi sur les jeunes contrevenants, le projet de loi réserverait la garde surtout aux délinquants violents et aux récidivistes dangereux. Le nouveau projet de loi sur le système de justice pour les adolescents reconnaît que les peines en milieu ouvert peuvent souvent être assorties de conséquences davantage significatives et être plus efficaces pour la réadaptation des adolescents. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 14 février 2001, p. 704)

49 Comme il semble que le législateur a voulu, en adoptant la *LSJPA*, réduire le recours trop fréquent au placement sous garde, le terme « infraction avec violence », qui représente l'une des situations donnant ouverture au placement sous garde, devrait donc être interprété de façon restrictive.

3.1.6 Conclusion préliminaire concernant le contexte de la Loi

50 Compte tenu de ce qui précède, je conclus que l'objet et l'économie de la *LSJPA*, ainsi que l'intention du législateur en l'adoptant, indiquent tous que la *LSJPA* a été conçue, en partie, pour réduire le recours trop fréquent au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants, et qu'il faut, donc, opter pour une interprétation stricte de « infraction avec violence », qui dénote une situation donnant ouverture au placement sous garde. Cette conclusion correspond également au principe bien connu en matière d'interprétation des lois selon lequel « dans le cas où il est possible de donner deux interprétations à une disposition qui porte atteinte à la liberté d'une personne, dont l'une serait plus favorable à un accusé, [. . .] la cour devrait adopter l'interprétation qui favorise l'accusé » : voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 29. De toute

limit the circumstances in which custody will be a sentencing option.

51 At the very least, the conclusion that the term "violent offence" must be interpreted narrowly means that the definition of this term must exclude pure property crimes. The Court of Appeal came to this same conclusion and the parties wisely do not take issue with it (*C.D.*, at paras. 3, 56 and 58). This conclusion makes sense because if violence to property was captured by the definition of "violent offence", then the gate-keeping effect of s. 39(1)(*a*) would be severely diminished, since many *Criminal Code* offences involve some type of actual or potential "violence" to property (*C.D.*, at para. 36). At the same time, this narrow interpretation of "violent offence" complements the existence of s. 39(1)(*d*). Thus it is still possible for a property offence to trigger a gateway to custody under s. 39(1). But consistent with the object of the Act, the scheme of the Act and the intention of Parliament, I believe it is correct that custodial sentences should only be an option for offenders guilty of property offences in "exceptional cases". If it seems incongruous to some that a general act involving the destruction of property or cruelty to animals is excluded simply because no person was physically harmed, I believe it is for Parliament to amend the *YCJA* if it deems it is required.

52 Of course, while it can be concluded that the definition of "violent offence" ought to be interpreted narrowly and ought to exclude pure property crimes, this does not mean that the interpretation of this term is complete. It is still necessary to define precisely what is meant by the term "violent offence".

3.2 *Definitions for "Violent Offence"*

53 Definitions for the term "violent offence" may be divided into two categories: those force-based

évidence, une interprétation stricte de « infraction avec violence » serait plus favorable à l'accusé, car elle limite les circonstances permettant l'imposition d'une peine de placement sous garde.

Au minimum, la conclusion que le terme « infraction avec violence » doit être interprété restrictivement signifie que sa définition ne peut englober les infractions strictement contre les biens. La Cour d'appel en est venue à cette même conclusion et les parties se sont sagement abstenues de la contester (*C.D.*, par. 3, 56 et 58). Cette conclusion est logique parce que si la définition visait la violence contre les biens, le rôle protecteur de l'al. 39(1)*a*) serait sérieusement réduit étant donné que de nombreuses infractions prévues au *Code criminel* comportent, effectivement ou probablement, des éléments de « violence » contre des biens (*C.D.*, par. 36). Cette interprétation restrictive de « infraction avec violence » complète par ailleurs l'al. 39(1)*d*). Ainsi, il demeure possible qu'une infraction contre des biens donne ouverture au placement sous garde selon le par. 39(1). Mais compte tenu de l'objet et de l'économie de la Loi ainsi que de l'intention du législateur, j'estime que, pour les contrevenants reconnus coupables d'infractions contre des biens, les peines comportant le placement sous garde ne devraient être une option que dans des « cas exceptionnels ». S'il semble absurde à certains qu'un acte général comportant la destruction de biens et des actes de cruauté envers les animaux ne soit pas visé du fait que personne n'a subi de lésions corporelles, c'est au Parlement, à mon avis, d'apporter à la *LSJPA* les modifications qu'il juge nécessaires.

Bien sûr, même si on peut conclure qu'il faut donner à « infraction avec violence » une interprétation stricte et exclure de sa définition les infractions strictement contre les biens, cela ne veut pas dire que l'interprétation de ce terme s'arrête là. Il reste encore à définir précisément ce qu'on entend par « infraction avec violence ».

3.2 *Les définitions de « infraction avec violence »*

Les définitions de « infraction avec violence » peuvent se diviser en deux catégories : celles

definitions that identify violence where force is exerted, and those harm-based definitions that identify violence where harm is suffered. Below, I first explain why a harm-based definition of "violent offence" for purposes of the *YCJA* is to be preferred. Then, examining what the scope of this harm-based definition should be, I conclude that a "violent offence" is an offence in the commission of which a young person causes, attempts to cause or threatens to cause bodily harm.

3.2.1 Proposed Definitions of "Violent Offence"

3.2.1.1 *Force-Based Definition*

From the outset, I must admit that a number of arguments can be made in support of a force-based definition; however, as I will explain below, I find none of these arguments to be particularly convincing. In fact, I will describe below how one of the apparent advantages of a force-based definition of "violent offence" — i.e. the fact that a force-based definition of "violent offence" is quite distinct from the statutory definition of "serious violent offence" — is also one of its two fatal flaws.

First, in support of a force-based definition, it can be argued that a definition of "violent offence" that focuses on a young offender's application of force to a person rather than on the harm caused by him or her would avoid having the availability of custody vary with the resilience of a victim. In other words, a force-based definition of "violent offence" would capture and therefore expose to a custodial sentence the young offender who punches a victim, irrespective of whether the punch results in bodily harm. However, it bears mentioning here that the criminal law often distinguishes between two offenders who commit the same underlying act on the basis of the act's consequences. For example, two offenders may throw the very same type of punch at two similar victims. The first victim sustains no bodily harm; the other dies from the punch.

fondées sur le recours à la force, qui assimilent la violence à l'emploi de la force, et celles établies en fonction du préjudice, qui assimile la violence à l'infliction d'un préjudice. Je vais d'abord expliquer pourquoi, dans le cadre de la *LSJPA*, il faut privilégier la définition établie en fonction du préjudice. Ensuite, en examinant l'étendue de cette définition, je conclus que « infraction avec violence » s'entend de toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente ou menace d'en causer.

3.2.1 Définitions proposées de « infraction avec violence »

3.2.1.1 *Définition fondée sur le recours à la force*

54 Je dois admettre dès le départ que plusieurs arguments peuvent être invoqués à l'appui de la définition fondée sur le recours à la force; cependant, comme je vais l'expliquer, aucun d'entre eux ne me paraît particulièrement convaincant. En fait, je préciserai plus loin pourquoi l'un des avantages apparents de la définition fondée sur le recours à la force — à savoir qu'une telle définition se distingue nettement de celle de « infraction grave avec violence » prévue dans la loi — constitue également l'une de ses deux lacunes fatales.

55 Premièrement, on peut affirmer au soutien de la définition fondée sur le recours à la force qu'une définition de « infraction avec violence » axée sur le fait que l'adolescent a usé de la force contre une autre personne au lieu du préjudice causé permettrait d'éviter des situations où la possibilité d'une peine de placement sous garde est fonction de la résistance de la victime. Autrement dit, une telle définition s'appliquerait à l'adolescent qui frappe sa victime à coup de poing, sans égard au fait que le coup entraîne des lésions corporelles ou non et exposerait ainsi l'adolescent au placement sous garde. Or, il importe de souligner ici que le droit criminel établit souvent entre deux contrevenants qui commettent le même acte sous-jacent une distinction fondée sur les conséquences de leur acte. Par exemple, deux contrevenants peuvent assener

Assuming the requisite *mens rea* is present on the facts, in the first case, the offender is guilty of an assault *simpliciter* and, at most, is liable to imprisonment for six months, if the offence is charged as a summary offence, and five years, if charged as an indictable offence; whereas, in the second case, the offender is guilty of manslaughter and is liable to imprisonment for life. Accordingly, although a harm-based definition would occasionally have the availability of custody, and therefore the severity of a sentence, vary with the resilience of a victim, since the criminal law does this anyhow, I do not find this argument in support of a force-based definition to be that compelling.

56 Second, it could also be argued that a force-based definition of "violent offence" ought to be used because it would accord with many of the dictionary and judicially constructed definitions of "violent" and "violence" discussed above. However, as noted in that discussion, these definitions are by no means determinative of the meaning of the term "violent offence" for purposes of s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*.

57 Finally, a force-based definition of "violent offence" would respect Parliament's decision to leave that term undefined while defining the term "serious violent offence", since a force-based definition of "violent offence" is certainly distinct from the statutory definition of "serious violent offence".

58 Nevertheless, while advantageous from this perspective, the distinctiveness of a force-based definition is also one of its two fatal flaws. This is because under such a definition not all "serious

le même genre de coup de poing à deux victimes semblables. La première victime ne subit aucune lésion corporelle, tandis que la deuxième succombe au coup porté. En supposant que les faits établissent la *mens rea* requise, dans le premier cas, le contrevenant est coupable de voies de fait pures et simples et passible d'un emprisonnement maximal de six mois s'il est inculpé d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, et de cinq ans, s'il est inculpé d'un acte criminel; tandis que dans le second cas, le contrevenant est coupable d'homicide involontaire coupable et passible de l'emprisonnement à perpétuité. Par conséquent, même si une définition en fonction du préjudice peut à l'occasion faire en sorte que la possibilité d'opter pour le placement sous garde et, donc, la sévérité de la peine varient en fonction de la résistance de la victime, je n'estime pas très convaincant cet argument invoqué au soutien d'une définition fondée sur le recours à la force, car le droit criminel reconnaît déjà ce fait.

Deuxièmement, on pourrait aussi prétendre qu'il faut donner à « infraction avec violence » une définition fondée sur le recours à la force parce qu'elle se concilierait avec bien des définitions que donnent le dictionnaire et les tribunaux pour le mot « violence », dont nous avons déjà parlé. Toutefois, comme je l'ai alors fait remarquer, ces définitions sont loin d'être déterminantes pour le sens à donner à « infraction avec violence » dans le cadre de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*.

Enfin, une définition de « infraction avec violence » fondée sur le recours à la force respecterait la décision du législateur de ne pas définir cette expression alors qu'il a défini « infraction grave avec violence », puisqu'il doit forcément exister une distinction entre la définition de « infraction avec violence » fondée sur le recours à la force et celle de « infraction grave avec violence » prévue par la loi.

Néanmoins, même si de ce point de vue le caractère distinct de la définition fondée sur le recours à la force présente des avantages, il constitue l'une de ses deux lacunes fatales. En

violent offences" will also be "violent offences". For example, if a young offender commits murder without the use, attempted use or threatened use of force (e.g. by starving a victim to death or by leaving a victim to die in the cold), the offence would be liable to designation as a "serious violent offence", since it resulted in serious bodily harm (i.e. death); however, the offence could not be considered a "violent offence", because in the course of committing the murder, the young person did not use, attempt to use or threaten to use force. Creating a situation where not all "serious violent offences" are also "violent offences" is problematic for the two reasons I stated above. First, and quite simply, in my view it would be absurd if an offence could be a "serious violent offence" without also being a "violent offence". Second, it interferes with a youth justice court's ability to sentence a young person who commits a "serious violent offence" to custody, thereby frustrating Parliament's intent in this regard.

effet, selon cette définition toutes les « infractions graves avec violence » ne sont pas pour autant des « infractions avec violence ». Par exemple, si l'adolescent commet un meurtre sans recourir à la force ou bien sans tenter ou menacer d'y recourir (p. ex., en laissant sa victime mourir de faim ou de froid), l'infraction pourrait être qualifiée d'« infraction grave avec violence », car elle a entraîné des lésions corporelles graves (à savoir la mort); toutefois, elle ne pourrait être considérée comme une « infraction avec violence » parce qu'au cours de la perpétration du meurtre, l'adolescent n'a pas recouru à la force ou bien tenté ou menacé d'y recourir. Une situation où toutes les « infractions graves avec violence » ne sont pas pour autant des « infractions avec violence » pose des problèmes pour les deux raisons que j'ai exposées précédemment. Premièrement, il serait tout simplement absurde qu'une infraction puisse être une « infraction grave avec violence » sans pour autant être une « infraction avec violence ». Deuxièmement, une telle situation limite le pouvoir du tribunal d'imposer à l'adolescent qui commet une « infraction grave avec violence » une peine comportant le placement sous garde, ce qui contrecarre l'intention du législateur à cet égard.

The second fatal flaw associated with a force-based definition of "violent offence" is that such a definition will not capture all murders, attempted murders and manslaughters, because the commission of these offences will not always require the actual, attempted or threatened application of force. We know this because none of the provisions of the *Criminal Code* that set out the elements of murder, attempted murder and manslaughter — namely, ss. 222, 229, 234 and 239 — requires that an offender actually apply, attempt to apply or threaten to apply force to the victim before the offence is made out. Instead, the focus is on the harm (i.e. death) caused or attempted regardless of the means. This is also confirmed by the fact that assault, the definition of which includes the actual, attempted or threatened application of force to a person and therefore reflects the proposed force-based definition of "violent offence", is not an included offence in attempted murder *simpliciter*: see *R. v. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (Ont.

59 La deuxième lacune fatale que présente la définition fondée sur le recours à la force est qu'elle ne visera pas tous les meurtres, les tentatives de meurtre et les homicides involontaires coupables parce que ces infractions ne nécessiteront pas toujours l'emploi ou bien la tentative ou menace d'emploi de la force. Nous pouvons l'affirmer parce que aucune des dispositions du *Code criminel* qui énoncent les éléments constitutifs du meurtre, de la tentative de meurtre et de l'homicide involontaire coupable — à savoir les art. 222, 229, 234 et 239 — n'exige la preuve que le contrevenant a employé ou bien a tenté ou menacé d'employer la force contre la victime pour établir la commission de l'infraction. Ces dispositions mettent plutôt l'accent sur le préjudice (p. ex., la mort) causé ou sur la tentative de le causer sans égard aux moyens utilisés. Ce point de vue est également confirmé par le fait que l'infraction de voies de fait — dont la définition englobe l'emploi ou bien la tentative ou menace de l'emploi de la force contre une personne, reflétant ainsi la

C.A.); *R. v. Colburne* (1991), 66 C.C.C. (3d) 235 (Que. C.A.).

60 Additionally, the fact that murder, in particular, can be committed without the direct application of force was recently noted by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Younger* (2004), 187 Man. R. (2d) 121, 2004 MBCA 113. In this case, the court was asked if the act of abandoning a child in cold weather satisfied the *actus reus* of murder. In answering this question in the affirmative, the Court of Appeal stated that:

> It is certainly true that murder usually involves the unlawful application of direct force on another person. Thus, we have murder by smothering or suffocation, murder by stabbing with a knife or shooting with a gun, murder by pushing the victim from a cliff or keeping the victim submerged in water, or murder by the administration of poison, as examples of murder by the direct use of force. But the fact that murder usually involves the direct application of force does not mean that you cannot have murder without it.

The following segments of the *Criminal Code* are germane to this discussion:

> 222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.
>
> . . .
>
> (5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,
>
> (a) by means of an unlawful act,
>
> . . .
>
> 229. Culpable homicide is murder
>
> (a) where the person who causes the death of a human being
>
> (i) means to cause his death, or

définition proposée de « infraction avec violence » fondée sur le recours à la force — n'est pas incluse dans la tentative de meurtre pure et simple : voir *R. c. Simpson (No. 2)* (1981), 58 C.C.C. (2d) 122 (C.A. Ont.); *R. c. Colburne*, [1991] R.J.Q. 1199 (C.A.).

En outre, la Cour d'appel du Manitoba dans *R. c. Younger* (2004), 187 Man. R. (2d) 121, 2004 MBCA 113, a récemment souligné le fait que le meurtre, en particulier, peut être commis sans qu'il n'y ait emploi direct de la force. Dans cette affaire, on a demandé à la cour si le fait d'abandonner un enfant au froid établit l'élément matériel (*actus reus*) du meurtre. La Cour d'appel a répondu par l'affirmative à cette question :

> [TRADUCTION] Il est sûrement vrai que le meurtre comporte habituellement l'emploi illégal de la force directement contre une personne. Ainsi, pour donner des exemples de meurtre par l'emploi direct de la force, citons le meurtre par étouffement ou suffocation, le meurtre par coups de couteau ou par balle, le meurtre par lequel la victime est poussée du haut d'une falaise, le meurtre par noyade et le meurtre par empoisonnement. Toutefois, le fait que le meurtre comporte généralement l'emploi direct de la force ne veut pas dire qu'il ne puisse pas y avoir de meurtre sans cet élément.

Les dispositions suivantes du *Code criminel* sont pertinentes dans le présent débat :

> 222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.
>
> . . .
>
> (5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :
>
> a) soit au moyen d'un acte illégal,
>
> . . .
>
> 229. L'homicide coupable est un meurtre dans l'un ou l'autre des cas suivants :
>
> a) la personne qui cause la mort d'un être humain :
>
> (i) ou bien a l'intention de causer sa mort,

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not.

It follows from these statutory definitions that the actus reus required is an act or, perhaps, an omission which causes the death of another. The means by which the death is caused are irrelevant as long as the death is caused in some way by the offender. The abandonment of a scantily-clad young child is certainly an act which, in my opinion, can be accepted by a jury as the cause of the child's death. [Emphasis added; paras. 14-16.]

Like the Manitoba Court of Appeal, in his reasons in *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Clowes*, [1977] 1 W.L.R. 1353 (Q.B.D.), Eveleigh J. also concluded that murder can be committed without the use of force. Specifically, in the course of interpreting the term "crime of violence" for purposes of a criminal injuries compensation scheme, the learned justice stated that:

. . . if I ask myself what kind of crime do I regard as a crime of violence, it would at once spring to my mind that the most well-known crime of violence is murder. Then if I were to ask: but is it necessary that that murder shall be committed by some particular force, or by excessive force? I would answer "No," because I would regard any murder in common parlance as a crime of violence. In my opinion, a man in the street who is asked "Is murder a crime of violence?" would answer "Yes, it is," even though no actual external physical force can be discerned in the commission of the murder. [p. 1358]

The fact that a force-based definition of "violent offence" will fail to capture all murders, attempted murders and manslaughters is a problem because these three offences are commonly understood to be violent offences, as that term is generally understood, and, as such, are typically thought to be deserving of a custodial sentence — even when committed by a young person. This view of murder, attempted murder and manslaughter as offences typically deserving of custody, even when committed by young persons, is also reflected in certain provisions of the *YCJA*.

(ii) ou bien a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non.

Il ressort de ces définitions prévues par la loi que l'élément matériel (actus reus) requis consiste en la commission, ou peut-être une omission, qui cause la mort d'autrui. Les moyens utilisés pour causer la mort sont sans importance du moment que le contrevenant a, de quelque manière, causé la mort. L'abandon d'un jeune enfant à peine vêtu constitue sûrement un acte qu'un jury, à mon avis, peut considérer comme ayant causé la mort de l'enfant. [Je souligne; par. 14-16.]

Dans *R. c. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Clowes*, [1977] 1 W.L.R. 1353 (Q.B.D.), le juge Eveleigh a conclu, tout comme la Cour d'appel du Manitoba, à la possibilité de commettre un meurtre sans avoir recours à la force. Plus précisément, en interprétant [TRADUCTION] « crime violent » pour les besoins du régime d'indemnisation de victimes d'actes criminels, le savant juge a dit :

[TRADUCTION] . . . si je me demandais quels genres de crimes je considère comme des crimes violents, la première chose qui me viendrait à l'esprit est le meurtre, reconnu comme étant le crime violent par excellence. Se pose ensuite la question : est-il nécessaire que l'auteur du meurtre ait recours à une quelconque force ou à une force excessive? Je ne le crois pas, parce que j'estime que, dans le langage courant, tous les meurtres sont des crimes violents. À mon avis, l'homme de la rue à qui l'on demande : « Le meurtre est-il un crime violent? » répondrait par l'affirmative, même si on ne dénote aucun recours à la force physique extérieure pour commettre le meurtre. [p. 1358]

61 Le fait que la définition de « infraction avec violence » fondée sur le recours à la force ne vise pas tous les meurtres, les tentatives de meurtre et les homicides involontaires coupables pose un problème parce que ces trois infractions sont généralement perçues comme étant des « infractions avec violence », selon le sens qu'évoque normalement cette expression, et, donc, comme devant mériter des peines privatives de liberté, même lorsqu'elles sont commises par un adolescent. L'opinion que le meurtre, la tentative de meurtre et l'homicide involontaire coupable constituent des infractions qui méritent généralement des peines privatives de liberté, même lorsqu'elles sont commises par des adolescents, ressort aussi de certaines dispositions de la *LSJPA*.

62 For instance, under s. 2(1) of the *YCJA*, murder, attempted murder and manslaughter are all considered "presumptive offences", which means that if a youth fourteen or older is charged with one of these offences, there is a presumption that an adult sentence will be imposed upon conviction. This is important, because the *Criminal Code* provides that an offender who commits murder must be sentenced to life in prison (although s. 745.1 of the *Criminal Code* provides for earlier parole eligibility for young persons), whereas an offender who commits attempted murder or manslaughter must be sentenced to a minimum term of four years if a firearm is used and is otherwise liable to a life sentence: see *Criminal Code*, ss. 235, 236 and 239. If a youth sentence is imposed instead of an adult sentence for cases of murder, attempted murder and manslaughter, ss. 42(2)(*o*) and 42(2)(*q*) of the *YCJA* empower a court to make a custody and supervision order for a longer duration than is available for other offences. To be precise, s. 42(2)(*o*) provides that a court may make a custody and supervision order in respect of a young person who attempts to commit murder or commits manslaughter for a specified period not exceeding three years, whereas in cases of murder, s. 42(2)(*q*) provides that a court may order the young person to serve a sentence not to exceed ten years for first degree and seven years for second degree. Additionally, s. 42(7)(*a*)(i) permits a youth justice court to make an intensive rehabilitative custody and supervision order if the young person has been found guilty of murder, attempted murder or manslaughter. In my view, these statutory provisions suggest that Parliament intended that custody ought to at least be an available sentencing option when a young person commits murder, attempted murder or manslaughter.

Par exemple, dans le cadre du par. 2(1) de la *LSJPA*, le meurtre, la tentative de meurtre et l'homicide involontaire coupable sont définis comme des « infractions désignées », ce qui signifie que, dans le cas où un adolescent de 14 ans ou plus est inculpé d'une de ces infractions, il existe la présomption que, en cas de déclaration de culpabilité, la peine applicable aux adultes lui sera imposée. Cela est important parce que le *Code criminel* prévoit que le contrevenant qui commet un meurtre doit être condamné à l'emprisonnement à perpétuité (cependant, l'art. 745.1 du *Code criminel* prévoit un délai préalable à la libération conditionnelle plus court pour les adolescents), tandis que le contrevenant qui commet une tentative de meurtre ou un homicide involontaire coupable doit être condamné à une peine minimale de quatre ans s'il y a usage d'une arme à feu et il est, dans les autres cas, passible de l'emprisonnement à perpétuité : voir les art. 235, 236 et 239 du *Code criminel*. Si le tribunal impose une peine spécifique au lieu d'une peine applicable aux adultes pour les infractions de meurtre, de tentative de meurtre et d'homicide involontaire coupable, il peut, en vertu des al. 42(2)*o*) et *q*) de la *LSJPA*, imposer par ordonnance une mesure de placement et de surveillance dont la durée excède celle des peines prévues pour les autres infractions. Plus précisément, l'al. 42(2)*o*) autorise le tribunal à imposer, par une ordonnance de placement et de surveillance, à l'adolescent qui commet une tentative de meurtre ou un homicide involontaire coupable une peine maximale de trois ans, alors que dans les cas de meurtre, l'al. 42(2)*q*) l'autorise à imposer à l'adolescent une peine maximale de dix ans dans le cas d'un meurtre au premier degré et de sept ans dans le cas d'un meurtre au deuxième degré. En outre, le sous-al. 42(7)*a*)(i) prévoit que le tribunal pour adolescents peut rendre une ordonnance de placement et de surveillance dans le cadre d'un programme intensif de réadaptation si l'adolescent a été déclaré coupable de meurtre, de tentative de meurtre ou d'homicide involontaire coupable. À mon avis, ces dispositions législatives tendent à indiquer que le législateur a voulu que le tribunal ait au moins l'option d'imposer une peine de placement sous garde à l'adolescent qui commet un meurtre, une tentative de meurtre ou un homicide involontaire coupable.

However, as I explained above, a force-based definition of "violent offence" will fail to capture some murders, attempted murders and manslaughters. Accordingly, in order to impose a youth custodial sentence for one of these "missed" offences (assuming, first, that an adult sentence is not an option, and, second, that there is no reasonable alternative, or combination of alternatives, to custody that is in accordance with the purpose and principles set out in s. 38), a youth justice court will have to rely on the other gateways to custody that are set out in s. 39(1)(*b*) to (*d*). However, as I explained above, these gateways will not always be available. For instance, two of these gateways (i.e. s. 39(1)(*b*) and (*c*)) could not be used in the case of a first-time offender and the other gateway (i.e. s. 39(1)(*d*)) is only to be used in exceptional cases. In my opinion, murders, attempted murders and manslaughters that simply do not involve the actual, attempted or threatened application of force will not be so rare as to warrant the classification "exceptional". Therefore, it is reasonable to assume that if the proposed force-based definition of "violent offence" is accepted, there will be cases of murder, attempted murder and manslaughter that will most certainly deserve custody but will not be eligible for such a sentence merely because the offender did not use, attempt to use or threaten to use force. Such a situation ought to be avoided if possible.

63 Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, une définition de « infraction avec violence » fondée sur le recours à la force ne visera pas tous les meurtres, les tentatives de meurtre et les homicides involontaires coupables. C'est pourquoi le tribunal pour adolescents devra, pour imposer une peine spécifique comportant le placement sous garde pour l'une ou l'autre de ces infractions qui ne seront pas visées (à supposer tout d'abord qu'une peine applicable aux adultes ne soit pas une option et ensuite qu'aucune mesure de rechange raisonnable, même combinée à d'autres, ne serait conforme aux principes et objectif énoncés à l'art. 38), se fonder sur les autres situations donnant ouverture au placement sous garde énoncées aux al. 39(1)*b*) à *d*). Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, le tribunal n'aura pas toujours la possibilité d'invoquer ces situations. Par exemple, deux de ces situations (al. 39(1)*b*) et *c*)) ne peuvent être invoquées dans le cas d'un contrevenant qui en est à sa première infraction, et l'autre situation (al. 39(1)*d*)) ne peut l'être que dans des cas exceptionnels. À mon avis, les meurtres, les tentatives de meurtres et les homicides involontaires coupables sans recours à la force ou à la tentative ou menace d'y avoir recours ne seront pas rares au point de permettre de les qualifier de « cas exceptionnels ». Il est donc raisonnable de supposer que, si l'on accepte la définition proposée de « infraction avec violence » fondée sur le recours à la force, il y aura des cas de meurtre, de tentative de meurtre et d'homicide involontaire coupable pour lesquels le contrevenant mérite très certainement la peine de placement sous garde, mais ne la recevra pas simplement parce qu'il n'y a pas eu recours à la force ou bien tentative ou menace d'y avoir recours. Il faut autant que possible éviter une telle situation.

While a force-based definition would lead to the exclusion of some cases of murder, attempted murder and manslaughter, no such drastic result would follow from the adoption of a harm-based definition. Rather, if a harm-based definition is adopted, the only offence that may occasionally be missed is assault, because a young person may commit an assault without causing, attempting to cause or threatening to cause bodily harm.

64 La définition fondée sur le recours à la force emporterait l'exclusion de certains cas de meurtre, de tentative de meurtre et d'homicide involontaire coupable, alors que l'adoption d'une définition établie en fonction du préjudice ne conduirait pas à un résultat aussi démesuré. Au contraire, si l'on adopte cette dernière, seules les voies de fait pourraient ne pas être visées à l'occasion, parce qu'un adolescent peut commettre des voies de fait sans

However, I find this result to be appropriate, because assaults that do not include actual, attempted or threatened bodily harm are, in my opinion, relatively minor assaults and therefore ought not to be considered "violent offences" within the meaning of s. 39(1)(*a*). The fact that the object and scheme of the *YCJA*, as well as Parliament's intention in enacting it, all favour a narrow interpretation of the term "violent offence" also supports the exclusion of these so-called minor assaults — i.e. assaults where the young person does not cause, attempt to cause or threaten to cause bodily harm — from the definition of "violent offence".

causer des lésions corporelles, ni tenter ou menacer d'en causer. Ce résultat me semble acceptable, car les voies de fait commises par un adolescent sans que celui-ci n'ait causé de lésions corporelles ou bien n'ait tenté ou menacé d'en causer constituent, à mon avis, des infractions relativement mineures et ne devraient donc pas être considérées comme des « infractions avec violence » au sens de l'al. 39(1)*a*). Le fait que l'objet et l'économie de la *LSJPA*, ainsi que l'intention du législateur en l'adoptant, militent tous en faveur d'une interprétation stricte de « infraction avec violence » viennent aussi appuyer la conclusion que les voies de fait qualifiées de mineures — c.-à-d. celles ne comportant pas de lésions corporelles, ni tentative ou menace d'en causer — devraient être exclues de la définition de « infraction avec violence ».

3.2.1.2 *Harm-Based Definition*

3.2.1.2 *Définition établie en fonction du préjudice*

65 Accordingly, in light of its two fatal flaws discussed above, I am of the view that a force-based definition of "violent offence" ought to be rejected. In its stead, I would prefer a harm-based definition that focuses, at least in part, on the bodily harm caused or attempted by a young offender. I would prefer such a definition because it avoids the two fatal flaws associated with a force-based definition. That is to say, a definition of "violent offence" that at least captures offences in which the young offender causes or attempts to cause bodily harm will ensure, first, that all "serious violent offences" will also be "violent offences", and, second, that all murders, attempted murders and manslaughters will be considered "violent offences". This is because all offences designated by a youth justice court as "serious violent offences", as well as all murders, attempted murders and manslaughters, will always involve actual or attempted bodily harm.

Vu les deux lacunes fatales examinées précédemment, j'estime qu'une définition de « infraction avec violence » fondée sur le recours à la force doit être rejetée. Je lui préfère plutôt celle établie en fonction du préjudice axée, au moins en partie, sur les lésions corporelles que le jeune contrevenant a causées ou tenté de causer. Je privilégierais une telle définition parce qu'elle permet d'éviter les deux lacunes fatales que comporte une définition fondée sur le recours à la force. Autrement dit, avec une définition qui vise au moins les infractions au cours desquelles l'adolescent cause des lésions corporelles ou tente d'en causer, on est sûr que, premièrement, les « infractions graves avec violence » sont également toutes des « infractions avec violence » et, deuxièmement, que les infractions de meurtre, de tentative de meurtre et d'homicide involontaire coupable sont toutes considérées comme des « infractions avec violence ». Cela tient au fait que les infractions qualifiées d'« infractions graves avec violence » par le tribunal pour adolescents, ainsi que les meurtres, les tentatives de meurtre et les homicides involontaires coupables, impliquent toujours des lésions corporelles ou des tentatives d'en causer.

There are also two other reasons to prefer a harm-based definition over a force-based definition. First, ss. 98(4)(*a*)(i) and 104(3)(*a*)(i) of the *YCJA* provide that, for the purpose of determining an application for the continuation of custody, the youth justice court must take into consideration any factor that is relevant to the case of the young person, including evidence of a pattern of persistent "violent behaviour". The number of offences committed by the young person that caused physical or psychological harm to any other person is identified as a particular indicator of such behaviour. Since the *YCJA* already considers offences involving physical or psychological harm as examples of "violent behaviour", on the basis of contextual integrity it follows that these offences should also be considered "violent offences" for purposes of s. 39(1)(*a*). This result will indeed occur if a definition of "violent offence" based on the concept of bodily harm is used, as such a definition would include both physical and psychological harm: see *McCraw*, at p. 81. However, if a force-based definition is used, only those harm-causing offences that also involve the use, attempted use or threatened use of force will be caught.

Il existe aussi deux autres raisons pour préférer la définition établie en fonction du préjudice à celle fondée sur le recours à la force. Premièrement, les sous-al. 98(4)*a*)(i) et 104(3)*a*)(i) de la *LSJPA* prévoient que, pour décider de la demande de maintien sous garde, le tribunal pour adolescents doit tenir compte de tous les facteurs utiles, notamment de l'existence d'un « comportement violent » continuel démontré par divers éléments de preuve. Le nombre d'infractions commises par l'adolescent ayant causé des blessures ou des problèmes psychologiques à autrui est indiqué comme étant particulièrement révélateur de ce genre de comportement. Comme la *LSJPA* considère déjà que les infractions causant des blessures ou des problèmes psychologiques à autrui sont des exemples de « comportement violent », la cohérence du contexte législatif commande que ces infractions soient également considérées comme des « infractions avec violence » pour l'application de l'al. 39(1)*a*). Un tel résultat est effectivement possible si on donne à « infraction avec violence » une définition fondée sur la notion de lésions corporelles, car une telle définition englobe à la fois les blessures et les problèmes psychologiques : voir *McCraw*, p. 81. Toutefois, si on lui donne une définition fondée sur le recours à la force, ne seront visées que les infractions causant des blessures ou des problèmes psychologiques et au cours de la perpétration desquelles il y a eu usage de la force ou bien tentative ou menace d'un tel usage.

66

The second reason why I prefer a harm-based definition of "violent offence" over a force-based definition is that, although not determinative, such a definition better accords with what Scassa describes as the "usual" definition of violence, which tends to focus on its effects (i.e. harm) rather than on the means employed to produce the effects (i.e. force). For ease of reference, I shall reproduce Scassa's discussion of this issue again:

La deuxième raison pour laquelle je préfère la définition établie en fonction du préjudice à celle fondée sur le recours à la force est qu'une telle définition, même si elle n'est pas déterminante, cadre mieux avec celle que M^me^ Scassa considère comme la définition « courante » de violence, laquelle est axée sur les effets (le préjudice) plutôt que sur les moyens employés pour produire ces effets (la force). Par souci de commodité, je reproduis de nouveau l'analyse de M^me^ Scassa sur cette question :

67

Violence is not an easy term to define. It is usually defined in terms of its effects. For most people, any act producing even a small amount of blood is violent.

[TRADUCTION] Le mot violence n'est pas facile à définir. La violence est habituellement définie en fonction de ses effets. Pour la plupart des gens, les actes qui

Sometimes damage to objects is accepted as a violent expression of anger or hostility against a person (as when someone vandalizes another's car or defaces the walls of a house with slogans).

It is significant that the Criminal Code, which one might assume to be the "bible" of the control of violence in society, offers no definition of violence. It is, surprisingly, perhaps the most "assumed" term within the entire Code. Offences which one might consider the most "violent" of all crimes, such as murder and assault, do not mention violence. Rather, they talk about concrete, measurable things like "death" and "bodily harm". [p. 816]

While I would agree with Scassa that violence is usually defined in terms of its effects — i.e. bodily harm and/or death — and this supports a harm-based definition of "violent offence", I would also note that I do not think it is appropriate to include damage to objects in the definition of "violent offence" for purposes of s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*. As noted above, it is my view that the context of the *YCJA* militates in favour of limiting the definition of "violent offence" to offences against persons only (i.e. not property).

68 As mentioned earlier in these reasons, the French language version of s. 39(1)(*a*) reads: "*l'adolescent a commis une infraction avec violence*". It could be argued that this favours an interpretation based on the commission of the act rather than its consequences. But violence is not a synonym of force. Gérard Cornu writes in his *Vocabulaire juridique* (8th ed. 2000), at p. 907, that violence [TRANSLATION] "[i]ncludes not only actual attacks on bodily integrity (without homicidal intent), but acts resulting in psychological distress, even in the absence of contact with the victim (threat to use a weapon, gunshot fired in the air, telephone harassment . . .)". I would therefore not be dissuaded that my preferred definition is inconsistent with the French language version of the *YCJA*. It can be said that a young person who causes, attempts to cause or threatens to cause bodily harm is acting violently.

produisent ne serait-ce qu'un peu de sang sont violents. Parfois, les dommages causés aux biens sont considérés comme une expression violente de colère ou d'hostilité à l'égard d'autrui (par exemple, lorsqu'une personne saccage la voiture d'une autre personne ou dégrade les murs d'une maison par des slogans).

Il est révélateur que le Code criminel, considéré comme étant la « bible » en matière de contrôle de la violence dans la société, ne donne aucune définition du mot « violence ». Il est surprenant de constater que, parmi tous les termes qu'emploie le Code, c'est celui « que l'on tient le plus pour acquis ». Les infractions jugées les plus « violentes », le meurtre et les voies de fait, par exemple, ne mentionnent pas le mot violence. On utilise plutôt des termes concrets et mesurables comme la « mort » et les « lésions corporelles ». [p. 816]

Je conviens avec M^me^ Scassa que la violence est normalement définie en fonction de ses effets — c.-à-d. les lésions corporelles ou la mort — et que cela étaye la définition établie en fonction du préjudice, mais je tiens à signaler qu'à mon avis il n'est pas justifié d'inclure dans la définition les dommages causés aux biens, pour l'application de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*. Comme je l'ai déjà mentionné, j'estime que le contexte de la *LSJPA* milite en faveur d'une définition de « infraction avec violence » qui se limite aux infractions contre les personnes (et non contre les biens).

Je le répète, l'al. 39(1)*a*) est ainsi formulé en français : « l'adolescent a commis une infraction avec violence ». On pourrait prétendre que cette formulation favorise une interprétation fondée sur la perpétration de l'infraction et non sur les conséquences qui en découlent. La violence n'est toutefois pas synonyme de force. Gérard Cornu écrit dans son ouvrage *Vocabulaire juridique*, p. 907, que la violence « [c]omprend non seulement toutes les atteintes effectivement portées à l'intégrité corporelle (sans intention homicide) mais les actes ayant entraîné un trouble psychologique, même sans contact avec la victime (menace d'une arme, coup de feu en l'air, persécutions téléphoniques . . .) ». Je suis donc absolument convaincu que la définition que je privilégie n'est pas incompatible avec le texte français de cette disposition. On peut affirmer que l'adolescent qui cause des lésions corporelles ou bien tente ou menace d'en causer agit avec violence.

In summary, for the reasons given above, instead of a force-based definition of "violent offence", I would prefer a harm-based definition that at least captures offences in the commission of which a young person causes or attempts to cause bodily harm. Nevertheless, it is still necessary to determine if this definition need encompass anything else.

3.2.2 The Scope of the Harm-Based Definition

As noted above, the appellants and the respondent Crown both proposed harm-based definitions of "violent offence". The appellants argued that the meaning of "violent offence" should be restricted to those offences where bodily harm is caused or attempted. The Crown supported the Alberta Court of Appeal's broader definition of "violent offence", which would capture those offences in which bodily harm is caused, intended or, at least, reasonably foreseeable. As I indicated earlier, I find that both of these definitions are problematic and ought to be rejected. In their stead, I would substitute the following harm-based definition of "violent offence": an offence in the commission of which a young person causes, attempts to cause or threatens to cause bodily harm.

3.2.2.1 *Appellants' Definition: Causes or Attempts to Cause Bodily Harm*

I would reject the appellants' definition because it is merely a replica of the statutory definition of "serious violent offence" with the word "serious" omitted. Earlier in these reasons, I noted that had Parliament intended for "violent offences" to have such a meaning, it could have easily included this definition in the *YCJA*; instead, it did not. To me, this suggests that Parliament intended for

69 En résumé, pour les raisons qui précèdent, au lieu de donner à « infraction avec violence » une définition fondée sur le recours à la force, j'estime préférable de lui donner une définition établie en fonction du préjudice qui vise au moins les infractions commises par un adolescent et au cours de la perpétration desquelles celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente d'en causer. Néanmoins, il reste encore à déterminer si cette définition doit englober d'autres éléments.

3.2.2 L'étendue de la définition établie en fonction du préjudice

70 Comme je l'ai déjà dit, les appelants et le ministère public intimé ont tous deux proposé une définition de « infraction avec violence » établie en fonction du préjudice. Les appelants ont fait valoir que le sens de « infraction avec violence » devrait se limiter aux infractions comportant des lésions corporelles ou la tentative d'en causer. Le ministère public défend la définition élargie de « infraction avec violence » donnée par la Cour d'appel de l'Alberta, définition qui viserait les infractions au cours desquelles des lésions corporelles sont causées, il y a intention de causer de telles lésions ou, à tout le moins, de telles lésions sont raisonnablement prévisibles. Encore une fois, j'estime que ces deux définitions font problème et doivent être rejetées. Je suis d'avis de les remplacer par la définition suivante établie en fonction du préjudice : toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente ou menace d'en causer.

3.2.2.1 *Définition des appelants : fait de causer des lésions corporelles ou tentative d'en causer*

71 Je suis d'avis de rejeter la définition proposée par les appelants parce qu'elle n'est qu'une simple réplique de la définition de « infraction grave avec violence » prévue par la loi, où le mot « grave » est supprimé. Plus haut dans les présents motifs, j'ai fait remarquer que si le législateur avait voulu donner un tel sens à « infraction avec violence », il lui aurait été facile d'incorporer cette définition

"violent offence" to have a meaning that is somewhat distinct from that provided for "serious violent offence". Because the appellants' definition is simply a copy of the statutory definition of "serious violent offence" without the word "serious", in my opinion, it fails to heed Parliament's intent in this regard.

dans la *LSJPA*. Mais il ne l'a pas fait. Cette décision tend à indiquer, à mon sens, que le législateur a voulu que le terme « infraction avec violence » ait un sens quelque peu distinct de celui qu'il a réservé à « infraction grave avec violence ». À mon avis, la définition des appelants n'étant qu'une simple reproduction de la définition de « infraction grave avec violence » prévue par la loi, où le mot « grave » est supprimé, elle ne tient pas compte de l'intention du législateur à cet égard.

72 I do acknowledge that, in their written submissions to this Court, the appellants argued that the presumption of consistent expression supports their definition of "violent offence", since their definition is directly based on the statutory definition of "serious violent offence". This presumption has been described as follows:

> It is presumed that the legislature uses language carefully and consistently so that within a statute or other legislative instrument the same words have the same meaning and different words have different meanings.
>
> (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at p. 162)

Je reconnais que, dans les observations écrites qu'ils ont présentées à la Cour, les appelants ont soutenu que la présomption d'uniformité d'expression appuie leur définition de « infraction avec violence », puisque celle-ci repose directement sur la définition de « infraction grave avec violence » prévue dans la loi. Voici comment on a décrit cette présomption :

> [TRADUCTION] On présume que le législateur rédige les lois avec soin et d'une manière cohérente, de sorte que dans une loi ou un autre texte législatif, les mêmes termes ont le même sens et les mots différents ont un autre sens.
>
> (R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 162)

With respect, I do not think that this presumption should be relied on here because the terms "serious violent offence" and "violent offence" are found in various places and contexts in the *YCJA* and are used for different purposes: see *Coca Cola Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1984] 1 F.C. 447 (C.A.), at pp. 454-56. For instance, as I explained above, if a youth justice court makes a judicial determination that a young person has committed a "serious violent offence", and it happens to be his or her third such offence, the young person is presumed deserving of an adult sentence and is also liable to a youth sentence of intensive rehabilitative custody and supervision. In contrast, the term "violent offence" performs a different function: it represents one of the four gateways in the *YCJA* to a custodial youth sentence. Therefore, it is not appropriate to interpret the term "violent offence"

En toute déférence, je ne crois pas qu'on puisse se fier à cette présomption en l'espèce parce que les termes « infraction grave avec violence » et « infraction avec violence » figurent dans diverses dispositions de la *LSJPA* et dans divers contextes, où ils sont employés à des fins différentes : voir *Coca Cola Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1984] 1 C.F. 447 (C.A.), p. 454-456. Par exemple, comme je l'ai déjà expliqué, si le tribunal pour adolescents décide que l'adolescent a commis une « infraction grave avec violence » et il se trouve qu'il s'agit de sa troisième infraction de cette nature, on présume qu'il mérite la peine normalement réservée aux adultes et qu'il est également passible d'une peine spécifique comportant placement sous garde et surveillance dans le cadre d'un programme intensif de réadaptation. Par contre, le terme « infraction avec violence » joue un rôle différent : elle

solely by reference to the statutory definition of "serious violent offence". Accordingly, I would reject the appellants' consistency of language argument.

In its reasons for judgment in *C.D.*, the Alberta Court of Appeal came to the same conclusion. Specifically, it stated that:

> . . . defining a violent offence in reference to the definition of a serious violent offence disregards legislative intent and rules of statutory interpretation. A violent offence is not simply an offence of lesser severity than a serious violent offence; such an interpretation is an oversimplification. While consistency of language is a factor in statutory interpretation, sole reliance on such a factor in defining a violent offence is inappropriate. [para. 39]

I agree. Accordingly, I am of the view that the appellants' definition of "violent offence" ought to be rejected. The term "violent offence" must encompass something more than just those offences where bodily harm is caused or attempted.

3.2.2.2 *Respondent's Definition: Bodily Harm Is Caused, Intended or Reasonably Foreseeable*

Before this Court, the respondent Crown argued in support of the Alberta Court of Appeal's definition of "violent offence", which would capture those offences in the commission of which bodily harm is caused, intended or, at least, reasonably foreseeable.

As a preliminary point, I wish to draw attention to the fact that this definition of "violent offence" would capture offences where bodily harm is merely *intended* rather than actually *attempted*. In

représente l'une des quatre situations prévues dans la *LSJPA* qui donnent ouverture à une peine spécifique comportant le placement sous garde. Il ne convient donc pas d'interpréter « infraction avec violence » en se reportant uniquement à la définition de « infraction grave avec violence » prévue dans la loi. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter l'argument des appelants fondé sur la cohérence du langage.

73 Dans les motifs qu'elle a exposés dans *C.D.*, la Cour d'appel de l'Alberta en est venue à la même conclusion. Elle a précisé :

> [TRADUCTION] . . . définir une infraction avec violence en renvoyant à la définition prévue pour une infraction grave avec violence ne prend pas en compte l'intention du législateur ni les règles d'interprétation des lois. Une infraction avec violence n'est pas simplement une infraction dont la gravité est moindre que l'infraction grave avec violence; une telle interprétation est simpliste. Certes, la cohérence du langage est un facteur à prendre en considération dans l'interprétation d'une loi, mais il n'est pas justifié de se fonder uniquement sur ce facteur pour définir infraction avec violence. [par. 39]

Je partage cet avis. Par conséquent, j'estime que la définition de « infraction avec violence » proposée par les appelants doit être rejetée. Le terme « infraction avec violence » doit englober davantage que les seules infractions comportant des lésions corporelles ou la menace d'en causer.

3.2.2.2 *Définition de l'intimée : fait de causer des lésions corporelles, intention d'en causer ou prévisibilité raisonnable des lésions corporelles*

74 Devant la Cour, le ministère public intimé a défendu la définition de « infraction avec violence » donnée par la Cour d'appel de l'Alberta, définition qui viserait les infractions au cours desquelles des lésions corporelles sont causées, il y a intention de causer de telles lésions ou, à tout le moins, de telles lésions sont raisonnablement prévisibles.

75 Tout d'abord, je tiens à souligner que cette définition de « infraction avec violence » viserait les infractions commises avec seulement *l'intention* de causer des lésions corporelles sans qu'il y ait eu

other words, as observed by the appellants in their written submissions, the Alberta Court of Appeal's definition of "violent offence" would open the gate to custody simply when the young person has guilty thoughts (i.e. about causing bodily harm) and has not taken the extra step to do or omit to do anything for the purpose of giving effect to them, as is required for an "attempt" at criminal law: see *Criminal Code*, s. 24(1); see also C.D.'s factum, at paras. 19-21, and C.D.K.'s factum, at paras. 26-27. This runs counter to the well-established criminal law principle that requires something more than a guilty mind before punishment is imposed. Accordingly, I would reject this particular aspect of the Court of Appeal's definition, and, for purposes of analysis, I will replace the word "intended" with "attempted" in the Court of Appeal's definition, so that it will now capture offences in which bodily harm is caused, *attempted* or, at least, reasonably foreseeable.

76 With this modification in place, the question then becomes, should the definition of "violent offence" be extended beyond offences in which bodily harm is caused or attempted to those offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable? The Alberta Court of Appeal was of the view that the definition should be extended in this manner because s. 38(3)(*b*) of the *YCJA* requires a youth justice court to take into account "the harm done to victims and whether it was intentional or reasonably foreseeable" (*C.D.*, at para. 57). The court argued that "this provision makes it clear that *foreseeability* of harm is to be considered when a sentence is imposed" (para. 57 (emphasis in original)). This is true; however, this fact does not support extending the definition of "violent offence" to capture those offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable. This is because s. 38(3)(*b*) directs a youth justice court to consider whether harm was intended or reasonably foreseeable *only in cases where harm is actually caused.* Moreover, as noted by the appellant C.D.K., s. 38(3)(*b*) is qualitatively different from s. 39(1)(*a*) in that the latter deals with one of four criteria which must

tentative réelle d'en causer. En d'autres termes, comme l'ont souligné les appelants dans leurs observations écrites, la définition de « infraction avec violence » donnée par la Cour d'appel de l'Alberta autoriserait le placement sous garde dans le cas où l'adolescent a une pensée coupable (celle de causer des lésions corporelles) et qu'il n'a pas fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but, comme l'impose le droit criminel dans le cas de tentatives : voir le par. 24(1) du *Code criminel*; voir également le mémoire de C.D., par. 19-21, et le mémoire de C.D.K., par. 26-27. Cette définition va à l'encontre du principe bien établi en droit criminel selon lequel l'intention coupable ne suffit pas pour imposer une sanction. C'est pourquoi je suis d'avis de rejeter cet aspect précis de la définition de la Cour d'appel et, pour les besoins de l'analyse, je remplacerai dans la définition de la Cour d'appel le terme « intention » par « tentative » pour que la définition vise maintenant les infractions qui comportent des lésions corporelles ou la *tentative* d'en causer, ou au cours desquelles des lésions corporelles sont, à tout le moins, raisonnablement prévisibles.

Cette modification apportée, il faut maintenant se demander s'il convient d'élargir la définition de « infraction avec violence » au-delà des infractions comportant des lésions corporelles ou la tentative d'en causer pour y inclure celles au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles. Selon la Cour d'appel de l'Alberta, il y aurait lieu d'élargir ainsi la définition parce que l'al. 38(3)*b*) de la *LSJPA* commande que le tribunal pour adolescents tienne compte « des dommages causés à la victime et du fait qu'ils ont été causés intentionnellement ou étaient raisonnablement prévisibles » (*C.D.*, par. 57). La cour a affirmé qu'[TRADUCTION] « il ressort clairement de cette disposition que le tribunal doit imposer une peine en tenant compte de la *prévisibilité* des dommages » (par. 57 (en italique dans l'original)). C'est vrai, mais ce fait n'appuie pas pour autant l'élargissement de la définition de « infraction avec violence » de manière à viser les infractions au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles. La raison en est que l'al. 38(3)*b*) invite expressément le tribunal pour adolescents à examiner si les dommages ont été causés

be met before custody can be considered as a sentencing option, whereas the former is a factor for a youth justice court to consider in determining a youth sentence generally (see C.D.K.'s factum, at para. 37). Accordingly, I am not persuaded by this argument. Furthermore, I have three specific reasons why I am of the opinion that the definition of "violent offence" should not be extended to capture those offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable.

First of all, earlier in these reasons I explained that because the object and scheme of the *YCJA*, as well as Parliament's intention in enacting it, all indicate that it was designed, in part, to reduce over-reliance on custody for young offenders, a narrow interpretation of the term "violent offence", which acts as a gateway to custody, is to be preferred. However, a definition of "violent offence" that includes offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable is quite broad, since most *Criminal Code* offences may, at some point, lead to harm. This point was well noted by King J. of the Ontario Court of Justice in *R. v. N.S.O.*, [2003] O.J. No. 2251 (QL). In *N.S.O.*, King J. tackled the issue of whether drug trafficking and possession for the purpose of trafficking were "violent offences" within the meaning of s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*. In coming to the conclusion that, without more, these offences were not "violent offences", King J. stated that:

I find it hard to imagine that the legislature meant the term "violent offence" to apply to drug trafficking and possession for the purpose of trafficking with nothing more. True, there may be cases where drug trafficking becomes a violent offence — for example where

intentionnellement ou étaient raisonnablement prévisibles *seulement dans les cas où des dommages ont effectivement été causés*. En outre, comme l'a fait observer l'appelant C.D.K., l'al. 38(3)*b*) est qualitativement différent de l'al. 39(1)*a*) en ce sens que ce dernier alinéa ne concerne que l'un des quatre critères auquel il faut satisfaire avant qu'une peine comportant le placement sous garde puisse être envisagée, tandis que le premier alinéa constitue l'un des facteurs dont le tribunal pour adolescents doit tenir compte pour déterminer de façon générale la peine spécifique à imposer (mémoire de C.D.K., par. 37). Cet argument ne me convainc donc pas. Par ailleurs, il y a trois raisons précises pour lesquelles j'estime que la définition de « infraction avec violence » ne devrait pas être élargie de manière à englober les infractions au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles.

77 Premièrement, plus tôt dans les présents motifs j'ai expliqué que, puisque l'objet et l'économie de la *LSJPA*, ainsi que l'intention du législateur en l'adoptant, indiquent tous qu'elle a été conçue, en partie, dans le but de réduire le recours trop fréquent au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants, il faut privilégier une interprétation stricte de « infraction avec violence », qui renvoie à l'une des situations donnant ouverture au placement sous garde. Or, une définition qui s'appliquerait aux infractions au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles serait trop large. En effet, la plupart des infractions prévues au *Code criminel* peuvent, à un certain moment, donner lieu à un préjudice. Dans *R. c. N.S.O.*, [2003] O.J. No. 2251 (QL), le juge King, de la Cour de justice de l'Ontario, a insisté sur ce point. Il a abordé la question de savoir si le trafic de drogues et la possession aux fins de trafic constituent des « infractions avec violence » au sens de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*. Concluant qu'à elles seules, ces infractions ne sont pas des « infractions avec violence », il a affirmé :

[TRADUCTION] Il m'est difficile de concevoir que le législateur ait pu vouloir que le terme « infraction avec violence » s'applique au trafic de drogues et à la possession en vue du trafic sans plus. Il est vrai que dans certains cas le trafic de drogues devient une infraction avec

guns or violence are used. This is not one of those. And just because N.S.O. had a large quantity of ecstasy on his possession does not in itself mean the offence is violent. True, someone somewhere may have become ill or worse after ingesting one of these pills. So too could one become ill after ingesting cocaine. Does that mean that all possession for the purpose of trafficking in cocaine then must by definition be a violent offence? If an offence simply with a mere possibility of harm becomes a "violent offence", the limitation would be meaningless. Every act in life and every offence may at some point lead to harm. The examples are endless. [Emphasis added; para. 13.]

violence — par exemple lorsqu'il y a utilisation d'armes ou recours à la violence. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Le seul fait pour N.S.O. d'avoir en sa possession une grande quantité de MDMA (*ecstasy*) ne signifie pas en soi qu'il s'agit d'une infraction avec violence. Certes, il se peut que quelqu'un soit tombé malade ou ait vu son état empirer, après avoir absorbé l'un de ces comprimés. Quelqu'un pourrait aussi tomber malade après avoir consommé de la cocaïne. Toutes les infractions de possession en vue du trafic de cocaïne doivent-elles alors, par définition, être des infractions avec violence? Si une infraction qui ne comporte qu'un simple risque de préjudice devient une « infraction avec violence », la restriction perdrait tout son sens. Tous les actes de la vie, toutes les infractions peuvent à un certain moment aboutir à un préjudice. Les exemples ne manquent pas. [Je souligne; par. 13.]

I agree. I am also aware that the Alberta Court of Appeal attempted to counter this seemingly unavoidable criticism of their inclusion in the definition of "violent offence" of offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable by first acknowledging that "[m]ost property offences can go wrong such that bodily harm results to a victim", and then arguing that "in many instances that risk will not meet the reasonable foreseeability standard" (*C.D.*, at para. 58). Respectfully, I do not find this counter-argument to be compelling. In my view, even with a reasonable foreseeability of harm standard in place, too many *Criminal Code* offences will be caught by the definition of "violent offence", and this will frustrate Parliament's goal of restricting the use of custody for young offenders.

Je partage cet avis. Je suis aussi conscient que la Cour d'appel de l'Alberta a tenté de répondre à cette critique, apparemment inévitable, qui est d'avoir inclus dans la définition de « infraction avec violence » des infractions au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles, en reconnaissant tout d'abord que [TRADUCTION] « la plupart des infractions contre les biens peuvent mal tourner et causer des lésions corporelles à la victime », et en soutenant ensuite que « dans de nombreux cas, ce risque ne saurait satisfaire à la norme de prévisibilité raisonnable » (*C.D.*, par. 58). En toute déférence, je n'estime pas convaincant ce raisonnement. À mon avis, même compte tenu de la norme de prévisibilité raisonnable du préjudice, trop d'infractions prévues au *Code criminel* seraient visées par la définition de « infraction avec violence », ce qui irait à l'encontre de l'objectif du législateur de restreindre le recours au placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants.

78 The second reason why I am of the view that the definition of "violent offence" should not be extended to capture those offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable involves two of the other gateways to custody set out in s. 39(1), specifically, the gateways provided by s. 39(1)(*c*) and (*d*). In the previous paragraph, I characterized the Alberta Court of Appeal's definition of "violent offence", with its inclusion of offences where it is reasonably foreseeable that the action

La deuxième raison pour laquelle j'estime que la définition de « infraction avec violence » ne doit pas être élargie de manière à s'appliquer aux infractions au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles concerne deux autres situations donnant ouverture au placement sous garde énoncées au par. 39(1), soit celles que prévoient les al. 39(1)*c*) et *d*). Au paragraphe précédent, j'ai jugé trop vaste la définition de « infraction avec violence » que la Cour

may cause bodily harm, as being quite broad, since most *Criminal Code* offences may, at some point, lead to harm. This is especially true for indictable offences, as they are the most serious category of offences. Therefore, if most indictable offences are caught by the Court of Appeal's definition of "violent offence", then the gateways to custody in s. 39(1)(*c*) and (*d*), which, as I explained earlier in these reasons, require something *in addition to* the commission of an indictable offence before they will open, would become redundant. This result should be avoided.

d'appel de l'Alberta donne en incluant les infractions au cours desquelles des lésions corporelles sont raisonnablement prévisibles, car la plupart des infractions du *Code criminel* peuvent, à un certain moment, donner lieu à un préjudice. Cela est particulièrement vrai dans le cas des actes criminels, lesquels constituent la catégorie d'infractions les plus graves. Par conséquent, si la définition que donne la Cour d'appel englobe la plupart des actes criminels, les situations prévues aux al. 39(1)*c*) et *d*) — pour lesquelles, comme je l'ai déjà expliqué, il faut quelque chose *de plus* que la perpétration de l'acte criminel pour donner ouverture au placement sous garde — seraient alors redondantes. Il faut éviter un tel résultat.

Third, I do not support the inclusion of a "reasonable foreseeability of bodily harm" aspect in the definition of "violent offence" because, in my view, whether an offence is likely to result in bodily harm is really a question of whether the offence is dangerous rather than whether it is violent, and these two concepts are quite distinct from one another. The fact that violent conduct is different from dangerous conduct is made quite clear in the *Criminal Code* definition of "serious personal injury offence", which is found in s. 752 of the *Code*. The definition provides as follows:

"serious personal injury offence" means

(*a*) an indictable offence, other than high treason, treason, first degree murder or second degree murder, involving

(i) the use or attempted use of violence against another person, or

(ii) conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person or inflicting or likely to inflict severe psychological damage on another person,

and for which the offender may be sentenced to imprisonment for ten years or more, or

(*b*) an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 271 (sexual assault), 272 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm) or 273 (aggravated sexual assault).

79 Troisièmement, je ne suis pas en faveur de l'inclusion de l'aspect « prévisibilité raisonnable des lésions corporelles » dans la définition parce que, à mon avis, la probabilité qu'une infraction entraîne des lésions corporelles dépend vraiment de sa dangerosité plutôt que de sa violence. Ce sont deux concepts totalement distincts. La distinction entre un comportement violent et un comportement dangereux est clairement énoncée dans la définition de « sévices graves à la personne » à l'art. 752 du *Code criminel* :

« sévices graves à la personne » Selon le cas :

a) les infractions — la haute trahison, la trahison, le meurtre au premier degré ou au deuxième degré exceptés — punissables, par mise en accusation, d'un emprisonnement d'au moins dix ans et impliquant :

(i) soit l'emploi, ou une tentative d'emploi, de la violence contre une autre personne,

(ii) soit une conduite dangereuse, ou susceptible de l'être, pour la vie ou la sécurité d'une autre personne ou une conduite ayant infligé, ou susceptible d'infliger, des dommages psychologiques graves à une autre personne;

b) les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions visées aux articles 271 (agression sexuelle), 272 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles) ou 273 (agression sexuelle grave).

It is to be noted that this definition clearly contrasts "the use or attempted use of violence against another person" with "conduct endangering or likely to endanger the life or safety of another person or inflicting or likely to inflict severe psychological damage on another person". Since the *Criminal Code* treats an offence involving violence as something different from an offence involving dangerous conduct, so too should the *YCJA*, in my opinion.

80 Accordingly, for the three reasons discussed above, I am of the view that the definition of "violent offence" should not be extended to capture those offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable. Consequently, I would reject the Alberta Court of Appeal's definition of this term, which was supported by the respondent before this Court.

3.2.2.3 *Preferred Definition: Causes, Attempts to Cause or Threatens to Cause Bodily Harm*

81 Although I do not favour extending the definition of "violent offence" to those offences where bodily harm is merely reasonably foreseeable, in general, I still support extending this definition beyond those offences in which bodily harm is caused or attempted, in order to make the definition of "violent offence" something more than simply a replica of the definition of "serious violent offence" with the word "serious" omitted. Specifically, as indicated above, I support extending the definition to capture those offences in which bodily harm is threatened. This would make the definition of "violent offence" an offence in the commission of which a young person causes, attempts to cause or threatens to cause bodily harm.

82 Before I discuss the reasons why I support incorporating threats of bodily harm into the definition of "violent offence", I wish to note that I am aware that in *Keegstra*, Dickson C.J., for the majority of

Il importe de noter que cette définition met nettement en évidence la distinction entre « l'emploi, ou une tentative d'emploi, de la violence contre une autre personne » et « une conduite dangereuse, ou susceptible de l'être, pour la vie ou la sécurité d'une autre personne ou une conduite ayant infligé, ou susceptible d'infliger, des dommages psychologiques graves à une autre personne ». Comme, selon le *Code criminel*, une infraction avec violence diffère d'une infraction de conduite dangereuse, cette même distinction devrait, à mon avis, s'appliquer également dans le contexte de la *LSJPA*.

Par conséquent, pour les trois raisons examinées précédemment, j'estime que la définition de « infraction avec violence » ne devrait pas être élargie de manière à viser les infractions au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles. Je suis donc d'avis de rejeter la définition que donne la Cour d'appel de l'Alberta, à laquelle souscrit l'intimée en l'espèce.

3.2.2.3 *Définition privilégiée : fait de causer des lésions corporelles ou bien tentative ou menace d'en causer*

Bien que je ne sois pas en faveur de l'élargissement de la définition de « infraction avec violence » au point d'englober les infractions au cours desquelles des lésions corporelles ne sont que raisonnablement prévisibles, de façon générale, j'appuie malgré tout l'élargissement de cette définition de manière qu'elle ne se limite pas aux seules infractions comportant des lésions corporelles ou la tentative d'en causer et qu'elle soit plus qu'une simple réplique de « infraction grave avec violence » où le mot « grave » est supprimé. Plus précisément, la définition doit, à mon avis, également viser les infractions comportant la menace de causer des lésions corporelles. Ainsi, « infraction avec violence » s'entendrait de toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente ou menace d'en causer.

Avant d'examiner les raisons pour lesquelles la définition de « infraction avec violence » devraient, à mon avis, englober les menaces de lésions corporelles, j'aimerais souligner que je suis conscient de

the Court, distinguished threats of violence from violence itself. Specifically, in his reasons for judgment, he stated that violence is a *form* of expression communicated directly through physical harm that is excepted from s. 2(*b*) protection, whereas threats of violence are still covered by s. 2(*b*) of the *Charter* because threats of violence "can only be so classified by reference to the content of their meaning" (p. 733 (emphasis added)). Even though Dickson C.J. did not liken threats of violence to violence itself in *Keegstra*, in my opinion this does not preclude this Court from doing so here because *Keegstra* was a freedom of expression case and the difference between violence as a *form* of expression and threats of violence as expression with a specific *content* was therefore important. However, in this case, this distinction between form and content is not as relevant. Accordingly, I am of the view that this Court is not bound by Dickson C.J.'s comments in *Keegstra* regarding threats of violence.

la distinction faite par le juge en chef Dickson, au nom de la majorité dans *Keegstra*, entre les menaces de violence et la violence elle-même. Plus précisément, il affirme dans ses motifs que la violence est une *forme* d'expression qui se manifeste par un préjudice corporel et ne bénéficie pas de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*, alors que les menaces de violence continuent d'en bénéficier parce qu'elles « ne peuvent à mon avis être classées que par référence au contenu de leur signification » (p. 733 (je souligne)). Même si dans *Keegstra* le juge en chef Dickson n'a pas assimilé les menaces de violence à la violence elle-même, j'estime que cela n'empêche pas la Cour de le faire en l'espèce parce que *Keegstra* est une affaire portant sur la liberté d'expression, d'où l'importance de faire la distinction entre la violence en tant que *forme* d'expression et les menaces de violence en tant que l'expression d'un *contenu* précis. Toutefois, en l'espèce, cette distinction entre la forme et le contenu ne revêt pas la même importance. C'est pourquoi j'estime que la Cour n'est pas liée par les commentaires du juge en chef Dickson dans *Keegstra* en ce qui concerne les menaces de violence.

With that preliminary issue resolved, I will now explain why I am in favour of incorporating threats of bodily harm into the definition of "violent offence". 83

Cette question préliminaire réglée, je vais maintenant expliquer pourquoi, selon moi, la définition de « infraction avec violence » devrait englober les menaces de causer des lésions corporelles.

First, including threats of bodily harm in the definition of "violent offence" accords with ss. 98(4)(*a*)(iv) and 104(3)(*a*)(iv) of the *YCJA*. These sections both provide that for the purpose of determining whether the test for continuation of custody is met 84

Premièrement, une telle inclusion est compatible avec les sous-al. 98(4)*a*)(iv) et 104(3)*a*)(iv) de la *LSJPA*. Ces dispositions prévoient que, pour décider si le critère applicable au maintien sous garde est établi

> the youth justice court shall take into consideration any factor that is relevant to the case of the young person, including
>
> (*a*) evidence of a pattern of persistent violent behaviour and, in particular,
>
> . . .
>
> (iv) explicit threats of violence,
>
> . . .

> le tribunal doit tenir compte de tous les facteurs utiles, notamment :
>
> *a*) l'existence d'un comportement violent continuel démontré par divers éléments de preuve, en particulier :
>
> . . .
>
> (iv) les menaces explicites de recours à la violence,
>
> . . .

Although the term "violent behaviour" is used in a context that is somewhat different than that associated with s. 39(1)(*a*), the fact that in ss. 98 and 104 this term is linked with threats and not simply actions strongly supports the inclusion of threats of bodily harm in the definition of "violent offence".

85 Second, a definition of "violent offence" that includes offences in which the young person threatens bodily harm is to be preferred because it accords with the commonly held view that a threat to cause bodily harm is, at base, an act of violence. For example, Scassa argues that:

> Threats of violence are violence itself. Those who are threatened know that the violence they fear has already begun with the threat. The threat is a taste of violence and a promise of more. It is the slap that foreshadows the beating. [p. 818]

Similarly, in his treatise *Youth Criminal Justice Law*, Bala argues that "a spoken threat to do physical harm is the offence of 'uttering threats' contrary to section 264.1 of the *Criminal Code* and is also likely to be regarded as a violent offence [within the meaning of s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*], even if there is no proof of intent to cause actual physical injury" (p. 448, citing *McCraw* in support). This is also the view expressed by Professor Cornu quoted in these reasons at para. 68. Additionally, in his reasons for judgment in *R. v. D.L.C.*, [2003] N.J. No. 94 (QL), Gorman Prov. Ct. J. opined that a threat to commit rape could be considered a "violent offence":

> It is not necessary for the Court in this case to provide a definitive definition of what will and will not constitute a violent offence within the meaning of subsection 39(1)(a) of the Act. It is suffice to say that it does not require that the offence involve the application or attempted application of physical force. Such a definition would be overly narrow. For instance, uttering a threat to rape someone could constitute a violent offence (see R. v. McCraw (1991), 66 C.C.C. (3d) 517 (S.C.C.) and R. v. Young (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 136 (N.L.C.A.)). [para. 61]

Malgré l'emploi de « comportement violent » dans un contexte quelque peu différent de celui prévu à l'al. 39(1)*a*), le fait que, aux art. 98 et 104, ce terme est lié à des menaces et non simplement à des actes milite fortement en faveur de l'inclusion des menaces de causer des lésions corporelles dans la définition de « infraction avec violence ».

Deuxièmement, il faut privilégier la définition de « infraction avec violence » qui englobe les infractions au cours desquelles l'adolescent menace de causer des lésions corporelles, parce qu'elle va dans le même sens que l'opinion courante selon laquelle une menace de causer des lésions corporelles est fondamentalement un acte de violence. Voici, par exemple, ce qu'affirme M^me^ Scassa :

> [TRADUCTION] Les menaces de violence sont des actes de violence en soi. Les victimes de menaces savent que la violence qu'elles craignent de subir est déjà amorcée par la menace. Il y a dans la menace un avant-goût de la violence et une promesse de son exécution. C'est la gifle qui présage la raclée. [p. 818]

De même, dans son traité *Youth Criminal Justice Law*, Bala soutient que [TRADUCTION] « la menace verbale d'infliger des sévices constitue l'infraction de proférer des menaces prévue à l'article 264.1 du *Code criminel* et est susceptible d'être considérée comme une infraction avec violence [au sens de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*], même en l'absence de preuve de l'intention de causer des blessures corporelles » (p. 448, citant à l'appui *McCraw*). Ce point de vue est également celui qu'exprime le professeur Cornu, cité dans les présents motifs au par. 68. En outre, dans les motifs qu'il a exposés dans *R. c. D.L.C.*, [2003] N.J. No. 94 (QL), le juge Gorman estime que la menace de commettre un viol peut être assimilée à une « infraction avec violence » :

> [TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire en l'espèce que la cour donne une définition définitive de ce qui constitue ou non une infraction avec violence au sens de l'al. 39(1)a) de la Loi. Il suffit de dire que l'application de la force physique ou la tentative d'en appliquer n'est pas visée dans l'infraction. Une telle définition serait exagérément étroite. Par exemple, une menace de viol pourrait constituer une infraction avec violence (voir R. c. McCraw (1991), 66 C.C.C. (3d) 517 (C.S.C.) et R. c. Young (1998), 159 Nfld. & P.E.I.R. 136 (C.A.T.-N.-L.)). [par. 61]

The view that threats of bodily harm are essentially acts of violence is likely based on the fact that threatening to cause bodily harm can often perform the same function as actually causing it, in that both can instill the level of fear in the victim that is needed to achieve the offender's goal: see *McCraw*, at pp. 81-82. In this sense, it can be said that irrespective of whether an offender threatens to cause bodily harm or actually causes bodily harm, in both cases he or she is "wielding violence" to satisfy his or her object(s).

L'opinion que les menaces de causer des lésions corporelles sont essentiellement des actes de violence se fonde probablement sur le fait que la menace de causer des lésions corporelles peut souvent exercer la même fonction que l'infliction de lésions corporelles elle-même, en ce sens que les deux actes peuvent susciter chez la victime suffisamment de crainte pour permettre au contrevenant de réaliser son but : voir *McCraw*, p. 81-82. De ce point de vue, il est possible d'affirmer que, peu importe que le contrevenant menace de causer des lésions corporelles ou qu'il en cause réellement, dans les deux cas il « fait acte de violence » pour parvenir à ses fins.

The final reason why I am in favour of incorporating threats of bodily harm into the definition of "violent offence" is that, as noted above, it will make the definition sufficiently distinct from the statutory definition of "serious violent offence", since it will no longer be a simple copy of the statutory definition with the word "serious" omitted. However, the inclusion of threats of bodily harm will not make the definition of "violent offence" so distinct that it creates a situation where a "serious violent offence" might not also be considered a "violent offence". Accordingly, it can be said that a definition of "violent offence" that includes offences in which bodily harm is threatened, as well caused or attempted, pays adequate attention to Parliament's decision to leave the term "violent offence" undefined, while also ensuring that the *YCJA* operates properly and does not produce absurd results.

86 La dernière raison pour laquelle les menaces de causer des lésions corporelles doivent, à mon avis, être incluses dans la définition de « infraction avec violence » est que, comme je l'ai fait remarquer plus tôt, elle permet à la définition de se distinguer suffisamment de celle de « infraction grave avec violence » prévue par la loi; ce ne sera plus une simple reproduction de la définition prévue par la loi où le mot « grave » a été supprimé. Toutefois, cette inclusion n'établit pas une distinction importante au point de créer une situation où une « infraction grave avec violence » ne saurait également être considérée comme une « infraction avec violence ». On peut donc affirmer que la définition de « infraction avec violence » qui comprend toute infraction comportant la menace d'infliger des lésions corporelles, l'infliction elle-même ou la tentative d'une telle infliction tient dûment compte de la décision du législateur de ne pas définir « infraction avec violence », tout en assurant également la bonne application de la *LSJPA* sans donner place à des absurdités.

For all these reasons, I support extending the definition of "violent offence" to capture those offences in which bodily harm is threatened. Accordingly, I am of the view that, for purposes of s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*, the term "violent offence" must be defined as an offence in the commission of which a young person causes, attempts to cause or threatens to cause bodily harm. Since the Alberta Court of Appeal defined this term differently, I

87 Pour tous ces motifs, je suis d'accord pour que la définition de « infraction avec violence » soit élargie de manière à englober les infractions comportant des menaces de lésions corporelles. J'estime donc que, pour l'application de l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*, le terme « infraction avec violence » doit s'entendre de toute infraction commise par un adolescent et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci cause des lésions corporelles ou bien tente

must respectfully conclude that it erred in law in doing so.

ou menace d'en causer. Comme la Cour d'appel de l'Alberta a donné à cette expression une définition différente, je dois, malheureusement, conclure qu'elle a de ce fait commis une erreur de droit.

4. Disposition

4. Dispositif

4.1 *The Appellant C.D.*

4.1 *L'appelant C.D.*

88 As noted previously, C.D. pleaded guilty to three offences: possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to s. 88 of the *Criminal Code*, arson to property contrary to s. 434 of the *Code*, and breach of a recognizance contrary to s. 145(3) of the *Code*. It is clear from the facts read into the record at the time the guilty pleas were entered that in neither the arson to property offence nor the breach of a recognizance offence did C.D. cause, attempt to cause or threaten to cause bodily harm. Therefore, I conclude that these two offences are not "violent offences" and cannot open the gate to custody provided by s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*.

Comme je l'ai déjà souligné, C.D. a plaidé coupable à trois infractions : port d'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, en violation de l'art. 88 du *Code criminel*; incendie criminel ayant causé des dommages matériels, en violation de l'art. 434 du *Code*; et omission de se conformer à un engagement, en violation du par. 145(3) du *Code*. Il ressort des faits au dossier qu'au moment de l'inscription des plaidoyers de culpabilité, C.D. n'avait pas, relativement aux infractions d'incendie criminel ayant causé des dommages matériels et d'omission de se conformer à un engagement, causé de lésions corporelles, ni tenté ou menacé d'en causer. Je conclus donc que ces deux infractions ne constituent pas des « infractions avec violence » et ne peuvent donner ouverture au placement sous garde prévu à l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*.

89 As for the weapons offence committed by C.D., the facts read into the record indicate that, in committing this offence, C.D. raised a metal table leg over his head during an altercation with the complainant. While this act could constitute a threat, it is not clear on the record whether in doing so C.D. was actually threatening or attempting to cause bodily harm to the complainant. Accordingly, this Court cannot determine whether this weapons offence was a "violent offence" within the meaning of s. 39(1)(*a*).

Quant à l'infraction relative aux armes commise par C.D., les faits au dossier indiquent qu'au cours de la perpétration de l'infraction, C.D. a brandi au-dessus de sa tête un pied de table en métal au cours d'une altercation avec le plaignant. Cet acte pourrait constituer une menace, mais il ne ressort pas clairement du dossier si, ce faisant, C.D. réellement menaçait de causer des lésions corporelles au plaignant ou tentait de lui en causer. La Cour ne peut donc pas déterminer si l'infraction relative aux armes constitue une « infraction avec violence » au sens de l'al. 39(1)*a*).

90 Furthermore, no argument was made before this Court that the other gateways to custody set out in s. 39(1), in particular the "exceptional cases" gateway provided by s. 39(1)(*d*), might apply in the circumstances. In the absence of any such argument, I would prefer not to decide this issue.

Par ailleurs, personne n'a soutenu devant la Cour que les autres situations donnant ouverture au placement sous garde énoncées au par. 39(1), plus particulièrement le « cas exceptionnel » prévu à l'al. 39(1)*d*), pourraient s'appliquer dans les circonstances. En l'absence d'un tel argument, je préfère ne pas me prononcer sur ce point.

Since it is unclear whether C.D. is even eligible for a custodial sentence, I would allow his appeal, quash the custodial sentence imposed, and send this matter back to the sentencing judge so that an appropriate sentence can be determined. In light of this disposition, there is no need to address the appellant's other two grounds of appeal.

Puisqu'on ne sait pas si la situation de C.D. peut donner ouverture à une peine comportant le placement sous garde, je suis d'avis d'accueillir son pourvoi, d'annuler la peine comportant le placement sous garde qui lui a été imposée et de renvoyer l'affaire devant le juge chargé de la détermination de la peine pour qu'il puisse déterminer la peine qu'il convient d'imposer. Compte tenu de ma décision, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur les deux autres motifs d'appel invoqués par l'appelant. 91

4.2 *The Appellant C.D.K.*

The appellant C.D.K. pleaded guilty to three offences as well: dangerous driving contrary to s. 249(1)(*a*) of the *Code*, possession of stolen property contrary to s. 354 of the *Code* and theft under $5,000 contrary to s. 322 of the *Code*. It is clear from the facts read into the record at the time the guilty pleas were entered that in none of these offences did C.D.K. cause, attempt to cause or threaten to cause bodily harm. Therefore, I conclude that these three offences are not "violent offences" and cannot open the gate to custody provided by s. 39(1)(*a*) of the *YCJA*.

As it was with the appellant C.D., no argument was made before this Court that C.D.K.'s criminal conduct satisfied the requirements of one of the other gateways to custody set out in s. 39(1), including the "exceptional cases" gateway provided by s. 39(1)(*d*). In the absence of any such argument, I would prefer not to decide this issue.

Since it is unclear whether a custodial sentence is even available for C.D.K., I would allow his appeal, quash the custodial sentence imposed, and send this matter back to the sentencing judge so that an appropriate sentence, be it custodial or non-custodial, can be determined. In light of this disposition, it is not necessary to address C.D.K.'s other two grounds of appeal.

4.2 *L'appelant C.D.K.*

L'appelant C.D.K. a également plaidé coupable à trois infractions : conduite dangereuse, en violation de l'al. 249(1)*a*) du *Code*, possession d'un bien volé, en violation de l'art. 354 du *Code*, et vol de moins de 5 000 $, en violation de l'art. 322 du *Code*. Il ressort des faits au dossier qu'au moment de l'inscription des plaidoyers de culpabilité, C.D.K. n'avait pas causé de lésions corporelles, ni tenté ou menacé d'en causer. J'estime donc que ces trois infractions ne constituent pas des « infractions avec violence » et ne peuvent donner ouverture au placement sous garde prévu à l'al. 39(1)*a*) de la *LSJPA*. 92

Comme dans le cas de l'appelant C.D., personne n'a soutenu devant la Cour que les actes criminels commis par C.D.K. répondaient aux critères propres aux autres situations donnant ouverture au placement sous garde énoncées au par. 39(1), y compris celle qui prévoit à l'al. 39(1)*d*) le « cas exceptionnel ». En l'absence d'un tel argument, je préfère ne pas me prononcer sur ce point. 93

Puisqu'on ne sait pas si une peine comportant le placement sous garde peut être imposée à C.D.K., je suis d'avis d'accueillir son pourvoi, d'annuler la peine comportant le placement sous garde qui lui a été imposée et de renvoyer l'affaire devant le juge chargé de la détermination de la peine pour qu'il puisse déterminer la peine qu'il convient d'imposer, qu'elle comporte ou non le placement sous garde. Compte tenu de ma décision, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur les deux autres motifs d'appel invoqués par C.D.K. 94

The following are the reasons delivered by

95 LEBEL J. — Clarity in the law is to be hoped for. Given the sometime uncertain relationship between language and perceived reality, the hope may remain a moving horizon. Interpretation, it is said, fills the gaps. As members of courts, we have the duty to find, divine or create meaning when none is readily apparent. The issue in the present appeal is about discovering the meaning and proper scope of application of a rather obscure section, s. 39(1) of the *Youth Criminal Justice Act*, S.C. 2002, c. 1. The task has challenged the learning of counsel and the wisdom of judges.

96 The question at stake in the present appeals is of limited scope. It does not concern guilt or innocence. It is about the interpretation of a gateway provision in the Act which determines eligibility for custodial sentences in respect of young offenders, but not whether a custodial sentence should actually be imposed.

97 As the reasons of my colleague Bastarache J. and the history of these cases amply demonstrate, the drafting of s. 39(1)(*a*) is anything but felicitous. To say the least, a challenging exercise in the arts of legal interpretation is required to make some sense of it. In the end, although I agree with the disposition proposed by my colleague, I am of the opinion that our conclusion should have flowed from a different interpretive approach.

98 The reasons of my colleague adopt a harm-based approach, of an objective nature, which focuses more on the outcome of the act than on its nature and even less on the underlying intent of the young offender. The drafting of the provision would have allowed a different approach, more consonant with the nature of the criminal law system of Canada, which primarily attaches criminal liability and punishment to the relevant form of criminal intent.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LEBEL — La clarté du droit demeure un objectif nécessaire. Cependant, vu le rapport parfois incertain entre le langage et notre perception des choses, sa réalisation se déplace parfois sur un horizon évanescent. L'interprétation, affirme-t-on, permet de faire les rapprochements nécessaires. Notre fonction judiciaire exige que nous trouvions, devinions ou créions le sens d'une disposition, dont l'évidence nous échappe. Les présents pourvois nous demandent ainsi de découvrir le sens et la portée qu'il convient de donner à une disposition plutôt obscure, le par. 39(1) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, L.C. 2002, ch. 1. Cette tâche ardue a mobilisé toutes les connaissances des avocats et toute la sagesse des juges.

La question en jeu dans les présents pourvois reste de portée limitée. Elle ne concerne ni la culpabilité ni l'innocence. Notre Cour doit ici interpréter une disposition de la Loi énumérant les situations susceptibles de donner ouverture à des peines comportant le placement sous garde dans le cas des jeunes contrevenants, mais non décider s'il faut vraiment imposer une peine comportant le placement sous garde.

Les motifs de mon collègue le juge Bastarache et l'historique des affaires démontrent amplement que la rédaction de l'al. 39(1)*a*) n'est pas un succès, loin de là. À tout le moins, la découverte du sens de cette disposition exige un exercice difficile de l'art de l'interprétation des lois. En fin de compte, bien que je souscrive au dispositif proposé par mon collègue, j'estime que notre conclusion aurait dû résulter d'une méthode d'interprétation différente.

Mon collègue adopte dans ses motifs une approche fondée sur le préjudice, de nature objective, qui s'attache davantage au résultat de l'acte qu'à sa nature et tient encore moins compte de l'intention du jeune contrevenant. Le texte de la disposition aurait permis de choisir une approche différente, plus compatible avec la nature du système canadien de droit pénal, qui rattache principalement la responsabilité criminelle et les sanctions

It would have been focused on the search for the fault of the offender. More than the result of the act, the intent to apply or use force better catches the nature of violence which may expose the young offender to a custodial sentence. For this purpose, a violent offence would have been defined as an offence whereby the offender intends, threatens or attempts to cause harm.

à la forme d'intention criminelle pertinente. Cette approche aurait privilégié la recherche de la faute commise par le contrevenant. L'intention de recourir à la force permet — mieux que le résultat de l'acte — de tenir compte de la nature de la violence pour décider s'il y a lieu d'imposer au jeune contrevenant une peine comportant le placement sous garde. Dans cette optique, l'infraction avec violence aurait été définie comme étant une infraction commise par un contrevenant et au cours de la perpétration de laquelle celui-ci a l'intention de causer ou bien menace ou tente de causer un préjudice.

Such an approach would not have failed to catch culpable homicides. Indeed, in order to determine what is a criminal homicide, our law does not look only to the act itself but also to the nature and existence of the criminal intent. Death is an event. The criminal act, known to the law and punishable by it, which brings it about, is something else. In this respect, once the intent or fault is there, whatever the means used, a criminal homicide is established. In the case of murder, the proof of the specific, subjective intent required by the law is key to the characterization of the act. Whichever way it is committed, it is punished because it represents the most violent act that may be carried out against a human being, the deprivation of life. Such an act is violent in itself and would have been caught by a fault-based definition.

99 Une telle approche n'aurait pas manqué d'englober les homicides coupables. D'ailleurs, pour déterminer ce qui constitue un homicide criminel, notre droit considère non seulement l'acte en soi, mais aussi l'existence d'une intention criminelle et sa nature. La mort est un fait, mais l'acte criminel — reconnu et punissable en droit — qui entraîne la mort représente tout autre chose. À cet égard, lorsqu'il y a intention ou faute, sans égard aux moyens utilisés, l'homicide criminel est établi. Dans le cas du meurtre, la preuve de l'intention spécifique et subjective requise par le droit constitue un élément clé dans la qualification de l'acte. Quelle que soit la manière dont il a été commis, il est puni parce qu'il représente l'acte le plus violent qui peut être commis contre un être humain : lui enlever la vie. Un tel acte est violent en soi et aurait été visé par une définition fondée sur la faute.

Subject to these comments, on the facts of the two appeals, I agree with the disposition suggested by my colleague.

100 Sous réserve des présentes observations, d'après les faits des présents pourvois, je souscris au dispositif proposé par mon collègue.

Appeals allowed.

Pourvois accueillis.

Solicitor for the appellants: Youth Criminal Defence Office, Edmonton.

Procureur des appelants : Youth Criminal Defence Office, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Justice, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Alberta Justice, Edmonton.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jason Daniel MacKay *Respondent*

- and -

Jason Daniel MacKay *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* MACKAY

Neutral citation: 2005 SCC 79.

File No.: 30557.

2005: December 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Aggravated assault — Definition of assault — Scope of new trial — Accused charged with aggravated assault — Trial judge instructing jury on definition of assault in s. 265(1)(a) of Criminal Code but refusing to instruct jury on definition of assault in s. 265(1)(b) — Accused acquitted — Court of Appeal setting aside acquittal because trial judge failed to instruct jury with respect to definition of assault in s. 265(1)(b), and ordering new trial — Whether Court of Appeal erred in restricting scope of new trial to assault as defined in s. 265(1)(b) of Criminal Code.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 265(1)(*a*), (*b*).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jason Daniel MacKay *Intimé*

- et -

Jason Daniel MacKay *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* MACKAY

Référence neutre : 2005 CSC 79.

N° du greffe : 30557.

2005 : 15 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Voies de fait graves — Définition des voies de fait — Portée du nouveau procès — Accusé inculpé de voies de fait graves — Juge du procès donnant au jury des directives sur la définition des voies de fait contenue à l'art. 265(1)a) du Code criminel, mais refusant de le faire sur celle contenue à l'art. 265(1)b) — Accusé acquitté — Cour d'appel annulant l'acquittement en raison de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur la définition des voies de fait contenue à l'art. 265(1)b), et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en limitant la portée du nouveau procès aux voies de fait définies à l'art. 265(1)b) du Code criminel?

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(1)*a*), *b*).

APPEALS from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Ryan, Larlee and Richard JJ.A.) (2004), 274 N.B.R. (2d) 302, 718 A.P.R. 302, 188 C.C.C. (3d) 181, [2004] N.B.J. No. 346 (QL), 2004 NBCA 66, setting aside the accused's acquittal and ordering a new trial. Accused's appeal dismissed.

John Henheffer, for the appellant/respondent.

Brian D. Munro, for the respondent/appellant.

Written submissions only by *K. Y. Tina Yuen*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 CHARRON J. — On appeal from the accused's acquittal on a charge of aggravated assault, the New Brunswick Court of Appeal held that the trial judge erred in failing to instruct the jury with respect to the definition of assault. On the facts of this case, the Court of Appeal found it incumbent upon the trial judge to instruct the jury, not only on the definition of assault under s. 265(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, as he had done, but also under s. 265(1)(*b*) which he had refused to do. The trial judge effectively excluded any application of the definition under s. 265(1)(*b*) when he told the jury:

> If you are not satisfied beyond a reasonable doubt that Jason MacKay intentionally applied force to Christopher Drane you must find Jason MacKay not guilty.

2 The Court of Appeal was also satisfied that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed. Consequently, it ordered a new trial. However, the Court of Appeal purported to order a new trial on a charge of aggravated assault based solely on the definition of assault in s. 265(1)(*b*), finding that the accused was entitled to have his acquittal as pronounced by the jury on the s. 265(1)(*a*) definition.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Ryan, Larlee et Richard) (2004), 274 R.N-B. (2e) 302, 718 A.P.R. 302, 188 C.C.C. (3d) 181, [2004] A.N.-B. nº 346 (QL), 2004 NBCA 66, qui a annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi de l'accusé rejeté.

John Henheffer, pour l'appelante/intimée.

Brian D. Munro, pour l'intimé/appelant.

Argumentation écrite seulement par *K. Y. Tina Yuen*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE CHARRON — À la suite d'un appel de l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de voies de fait graves, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en ne donnant pas au jury des directives sur la définition des voies de fait. Compte tenu des faits de la présente affaire, la Cour d'appel a statué que le juge du procès était tenu de donner au jury des directives non seulement sur la définition des voies de fait contenue à l'al. 265(1)*a*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, comme il l'avait fait, mais encore sur celle contenue à l'al. 265(1)*b*), ce qu'il avait refusé de faire. Le juge du procès a, en fait, écarté toute application de la définition de l'al. 265(1)*b*) lorsqu'il a dit au jury :

> [TRADUCTION] Si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que Jason MacKay a, d'une manière intentionnelle, employé la force contre Christopher Drane, vous devez le déclarer non coupable.

La Cour d'appel était également convaincue que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. En conséquence, elle a ordonné un nouveau procès. Toutefois, la Cour d'appel entendait ordonner un nouveau procès relativement à une accusation de voies de fait graves fondée uniquement sur la définition des voies de fait contenue à l'al. 265(1)*b*), estimant que l'accusé avait droit à l'acquittement dont il avait fait l'objet de la part du jury quant à la définition contenue à l'al. 265(1)*a*).

Both the Crown and Mr. MacKay appeal from this decision.

In our view, the Court of Appeal was correct in granting the Crown's appeal on the basis of reversible error in respect of the definition of assault. However, it erred in restricting the scope of the new trial. Sections 265(1)(*a*) and 265(1)(*b*) do not create separate offences but simply define two ways of committing the same offence. Based on its conclusion that the verdict would not necessarily have been the same had the jury properly been instructed on both parts of the definition, the only avenue open to the Court of Appeal was to set aside the verdict of acquittal and order a new trial without restriction. The scope of the appropriate instruction on the definition of assault at the new trial can only be determined on the basis of the evidence adduced at that new trial.

In the result, Mr. MacKay's appeal is dismissed. The setting aside of the verdict and the order for a new trial are affirmed without restriction as to the scope of the new trial.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant/respondent: Attorney General of New Brunswick, Saint John.

Solicitor for the respondent/appellant: Brian D. Munro, Saint John.

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

Le ministère public et l'accusé appellent tous les deux de cette décision. 3

À notre avis, la Cour d'appel a eu raison d'accueillir l'appel du ministère public fondé sur une erreur justifiant annulation commise à l'égard de la définition des voies de fait. Cependant, elle a commis une erreur en limitant la portée du nouveau procès. Les alinéas 265(1)*a*) et 265(1)*b*) ne créent pas des infractions distinctes, mais décrivent simplement deux façons de commettre la même infraction. Compte tenu de sa conclusion que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées sur les deux parties de la définition, la Cour d'appel n'avait d'autre choix que d'annuler le verdict d'acquittement et d'ordonner un nouveau procès assorti d'aucune restriction. La portée de la directive appropriée concernant la définition des voies de fait au nouveau procès ne peut être déterminée qu'en fonction de la preuve soumise lors de ce nouveau procès. 4

En définitive, l'appel de M. MacKay est rejeté. L'annulation du verdict et l'ordonnance de nouveau procès sont confirmées, sans restriction quant à la portée du nouveau procès. 5

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante/intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Saint John.

Procureur de l'intimé/appelant : Brian D. Munro, Saint John.

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

Jean-Paul Labaye *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* LABAYE

Neutral citation: 2005 SCC 80.

File No.: 30460.

2005: April 18; 2005: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Keeping common bawdy-house — Indecency — Harm-based test — Group sex in club — Whether conduct constitutes criminal indecency — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) "common bawdy-house", 210(1).

The accused was charged with keeping a common bawdy-house for the practice of acts of indecency under s. 210(1) of the *Criminal Code*. The accused operated a club in Montréal the purpose of which was to permit couples and single people to meet each other for group sex. Only members and their guests were admitted to the club. Prospective members were interviewed to ensure that they were aware of the nature of the activities of the club. Members paid an annual membership fee. A doorman manned the main door of the club, to ensure that only members and their guests entered. The club had three floors. The first floor was occupied by a bar, the second a salon, and the third the "apartment" of the accused. Two doors separated the third floor apartment from the rest of the club. One was marked "*Privé*" and the other was locked with a numeric key pad. Members of the club were supplied with the appropriate code and permitted to gain access to the third floor apartment. This was the only place where group sex took place. Entry to the club and participation in the activities were voluntary. At trial, the accused was convicted. The trial judge found that the accused's apartment fell within the meaning of "public place", as defined in s. 197(1) of the *Criminal Code*. She also found social harm in the fact that sexual exchanges took place in the presence of other members of the club. She concluded that this conduct was indecent under the *Criminal Code* because

Jean-Paul Labaye *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* LABAYE

Référence neutre : 2005 CSC 80.

N° du greffe : 30460.

2005 : 18 avril; 2005 : 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Tenue d'une maison de débauche — Indécence — Test fondé sur le préjudice — Club d'échangisme — Indécence de la conduite au sens du droit criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « maison de débauche », 210(1).

Une accusation a été portée contre l'accusé pour avoir tenu une maison de débauche pour la pratique d'actes d'indécence en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*. L'accusé exploitait à Montréal un club dont l'objet était de permettre aux couples et aux célibataires de se rencontrer pour se livrer à des activités sexuelles de groupe. Seuls les membres et leurs invités étaient admis au club. On faisait passer une entrevue aux futurs membres pour s'assurer qu'ils soient au courant de la nature des activités du club. Les membres payaient des frais d'adhésion annuels. Un portier était posté à l'entrée principale du club, veillant à ce que seuls les membres et leurs invités y entrent. Le club occupait trois étages. Un bar se trouvait au premier, un salon au deuxième et l'« appartement » de l'accusé au troisième. Deux portes séparaient l'appartement du troisième étage du reste du club. L'une portait la mention « Privé » et l'autre était munie d'une serrure numérique. Les membres du club étaient informés de la combinaison et avaient accès à l'appartement du troisième étage. C'est le seul endroit où avaient lieu les activités sexuelles de groupe. L'entrée au club et la participation aux activités étaient volontaires. En première instance, l'accusé a été déclaré coupable. La juge du procès a conclu que l'appartement de l'accusé répondait à la définition d'un « endroit public » énoncée au par. 197(1) du *Code criminel*. Elle a aussi conclu à l'existence d'un

it was degrading and dehumanizing, was calculated to induce anti-social behaviour in its disregard for moral values, and raised the risk of sexually transmitted diseases. A majority of the Quebec Court of Appeal upheld the accused's conviction.

Held (Bastarache and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the accused's conviction set aside.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: In order to establish indecent criminal conduct, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that two requirements have been met. The first is that by its nature the conduct at issue causes harm or presents a significant risk of harm to individuals or society in a way that undermines or threatens to undermine a value reflected in and thus formally endorsed through the Constitution or similar fundamental laws by (a) confronting members of the public with conduct that significantly interferes with their autonomy and liberty, (b) predisposing others to anti-social behaviour, or (c) physically or psychologically harming persons involved in the conduct. The categories of harm capable of satisfying the first branch of the inquiry are not closed. The second requirement is that the harm or risk of harm is of a degree that is incompatible with the proper functioning of society. This two-branch test must be applied objectively and on the basis of evidence. [62]

In this case, the accused must be acquitted. The autonomy and liberty of members of the public was not affected by unwanted confrontation with the sexual conduct in question. On the evidence, only those already disposed to this sort of sexual activity were allowed to participate and watch. There is also no evidence of anti-social acts or attitudes toward women, or for that matter men. No one was pressured to have sex, paid for sex, or treated as a mere sexual object for the gratification of others. The fact that the club is a commercial establishment does not in itself render the sexual activities taking place there commercial in nature. The membership fee buys access to a club where members can meet and engage in consensual activities with other individuals who have similar sexual interests. Finally, with respect to the third type of harm, the only possible danger to participants on the evidence was the risk of catching a sexually transmitted disease. However, this

préjudice social du fait que les échanges sexuels avaient lieu devant d'autres membres du club. À son avis, cette conduite était indécente au sens du *Code criminel* parce qu'elle était dégradante et déshumanisante, qu'elle prédisposait à des comportements antisociaux en faisant fi des valeurs morales et qu'elle augmentait les risques de maladies transmissibles sexuellement. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont confirmé la déclaration de culpabilité.

Arrêt (les juges Bastarache et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité de l'accusé est annulée.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron : La conduite indécente criminelle sera établie si le ministère public prouve deux éléments hors de tout doute raisonnable. Premièrement, de par sa nature, la conduite en litige cause ou présente un risque appréciable que soit causé, à des personnes ou à la société, un préjudice qui porte atteinte ou menace de porter atteinte à une valeur exprimée et donc reconnue officiellement dans la Constitution ou une autre loi fondamentale semblable, notamment : a) en exposant les membres du public à une conduite qui entrave de façon appréciable leur autonomie et leur liberté; b) en prédisposant autrui à adopter un comportement antisocial; c) en causant un préjudice physique ou psychologique aux personnes qui participent aux activités. Les catégories de préjudices pouvant satisfaire au premier volet de l'examen ne sont pas exhaustives. Deuxièmement, le préjudice ou le risque de préjudice atteint un degré tel qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Ce test en deux volets doit être appliqué objectivement et en fonction de la preuve. [62]

En l'espèce, l'accusé doit être acquitté. L'autonomie et la liberté des membres du public n'ont pas été touchées par une exposition involontaire à la conduite sexuelle en cause. Selon la preuve, seules les personnes déjà favorables à ce genre d'activité sexuelle étaient admises à y participer et à en être témoins. La preuve n'établit pas non plus l'existence d'attitudes ou d'actes antisociaux envers les femmes, ni d'ailleurs envers les hommes. Personne n'a été contraint de se livrer à des activités sexuelles, n'a été payé pour s'y livrer, ni n'a été traité comme un simple objet sexuel servant à la gratification des autres. Le fait que le club soit un établissement commercial ne confère pas en soi un caractère commercial aux activités sexuelles qui s'y déroulaient. Les frais d'adhésion donnent accès au club où les membres peuvent se rencontrer et s'adonner à des activités sur une base consensuelle avec des personnes qui partagent les mêmes intérêts en matière sexuelle. Enfin, quant

must be discounted as a factor because it is conceptually and causally unrelated to indecency. Since the Crown failed to establish the first requirement to prove indecent criminal conduct, it is unnecessary to proceed to the second branch of the test. If one did, there seems to be no evidence that the degree of alleged harm rose to the level of incompatibility with the proper functioning of society. [66-71]

Per Bastarache and LeBel JJ. (dissenting): The application of the appropriate test leads to the conclusion that the impugned acts were indecent and that the accused's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) of the *Criminal Code*. [76]

The new approach to indecency proposed by the majority is neither desirable nor workable. Not only does it constitute an unwarranted break with the most important principles of our past decisions regarding indecency, but it also replaces the community standard of tolerance with a harm-based test. Whether or not serious social harm is sustained has never been the determinative test for indecency. Moreover, when the standard of tolerance is established on the basis of the three categories of harm, it becomes impossible to take into account the multitude of situations that could exceed the threshold for indecency. This new harm-based approach also strips of all relevance the social values that the Canadian community as a whole believes should be protected. The existence of harm is not a prerequisite for exercising the state's power to criminalize certain conduct: the existence of fundamental social and ethical considerations is sufficient. Lastly, in the context of an offence under s. 210(1) of the *Criminal Code*, it is not absolutely necessary to consider the harm done to society. [75] [98-104] [115]

To determine whether acts are indecent, it is preferable to continue applying the original test for indecency, which focusses on a contextual analysis of the impugned acts and incorporates the concept of harm as a significant, but not determinative, factor to consider in establishing the applicable level of tolerance. Whether or not harm is sustained is merely one of several indicators or contextual factors that make it possible to gauge the degree of tolerance of the Canadian community. Although a certain degree of subjectivity is inherent in the establishment of the standard of tolerance because of the judge's role as interpreter of the community's

au troisième type de préjudice, le seul risque auquel s'exposaient les participants était celui de contracter une maladie transmissible sexuellement. Il faut toutefois faire abstraction de ce facteur parce qu'il n'a aucun lien conceptuel ni causal avec l'indécence. Le ministère public ayant échoué à prouver le premier élément servant à établir la conduite indécente au sens du droit criminel, il n'est pas nécessaire de passer au second volet du test. Toutefois, si on l'appliquait, aucune preuve ne semble établir que le préjudice allégué atteindrait le degré requis pour qu'il y ait incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société. [66-71]

Les juges Bastarache et LeBel (dissidents) : Lorsqu'on applique le test approprié, il faut conclure que les actes reprochés sont indécents et que l'établissement de l'accusé est une maison de débauche au sens du par. 210(1) du *Code criminel*. [76]

La nouvelle approche en matière d'indécence proposée par la majorité n'est ni souhaitable ni fonctionnelle. Cette approche constitue non seulement une rupture injustifiée avec les principes les plus importants de notre jurisprudence en matière d'indécence, mais elle a aussi pour effet de remplacer la norme de tolérance de la société par le critère du préjudice. Or, la présence ou l'absence d'un préjudice social grave n'a jamais été le critère décisif en ce qui concerne l'indécence. La détermination de la norme de tolérance en fonction des trois catégories de préjudice ne permet pas non plus de prendre en compte la multitude de situations susceptibles de franchir le seuil de l'indécence. Cette nouvelle approche fondée sur le préjudice prive également de toute pertinence les valeurs sociales que l'ensemble de la société canadienne considère important de protéger. L'existence d'un préjudice n'est pas un préalable à l'exercice du pouvoir de l'État de criminaliser certains comportements; l'existence de considérations sociales et morales fondamentales suffit. Enfin, dans le cadre d'une infraction visée au par. 210(1) du *Code criminel*, il n'y a pas lieu de s'attarder obligatoirement à l'effet du préjudice sur la société. [75] [98-104] [115]

Pour déterminer si des actes sont indécents, il est préférable de s'en tenir au test original de détermination de l'indécence qui met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et qui intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de la détermination du niveau de tolérance applicable. La présence ou l'absence d'un préjudice n'est qu'un indice ou un facteur contextuel parmi plusieurs autres permettant de jauger le degré de tolérance de la société canadienne. Bien qu'un certain degré de subjectivité demeure inhérent à la détermination de la norme de tolérance en raison du rôle du juge comme interprète

minimum standards regarding sex, the analysis remains objective as long as the judge ignores his or her personal convictions and instead tries to determine the nature of the social consensus. [76] [134]

The question that must therefore be asked in the case at bar is as follows: "Do the impugned acts offend the standard of tolerance of the contemporary Canadian community, having regard to the place and context in which they occurred?" The following contextual factors may be considered in determining the standard of tolerance: (1) the private or public nature of the place; (2) the type of participants and the composition of the audience; (3) the nature of the warning given regarding the acts; (4) the measures taken to limit access to the place; (5) the commercial nature of the place and the acts; (6) the purpose of the acts; (7) the conduct of the participants; and (8) harm suffered by the participants. Regarding this last factor, attention must be paid to the risk of physical or psychological harm. This approach permits the risk of spreading sexually transmitted diseases to be taken into account. Finally, the consent of the participants or the fact that those present are informed adults is not in itself a determinative factor. A consensual sexual act that is totally acceptable in one situation may be indecent if it is performed in another context. It is the tolerance of the general public that counts, not the tolerance of the participants or spectators. [81] [122] [131-132]

In the case at bar, the impugned sexual acts were very explicit acts, and the place where the acts were performed was a public establishment. Although advertised as a private club, the accused's club was a place to which the public had ready access "by invitation, express or implied", within the meaning of s. 197(1) of the *Criminal Code*. All that was necessary was to pay the requested fee after a cursory interview that was quite superficial, or to be the guest of a club member. What is more, the measures taken by the club to control access did not adequately limit the public's access to a place where very explicit sexual acts were performed. The establishment's operations are also indicative of the commercial nature of the activities that took place there. Sexual acts could be performed on the third level of the establishment only after a mandatory commercial transaction between the participants and the owner of the establishment, since everyone had to pay a fee to become a member. The participants essentially purchased sexual services provided by other participants. In the instant case, it is even possible to conclude that a form of social harm has been sustained that results from the failure to meet the minimum standards of public morality. Finally, even though the participants

des normes minimales sociales en matière sexuelle, l'analyse reste objective, dans la mesure où le juge fait abstraction de ses convictions personnelles pour rechercher la nature du consensus social. [76] [134]

La question qu'il faut donc se poser en l'espèce est la suivante : « Les actes reprochés dépassent-ils la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, compte tenu des lieux et du contexte dans lequel ils surviennent? » Les éléments contextuels suivants peuvent être examinés pour identifier la norme de tolérance : (1) le caractère privé ou public des lieux; (2) le type de participants et la composition de l'auditoire; (3) la nature de l'avertissement donné relativement aux actes; (4) les mesures visant à limiter l'accès aux lieux; (5) le caractère commercial des lieux et des actes; (6) la finalité de ceux-ci; (7) le comportement des participants et (8) le préjudice subi par les participants. En ce qui concerne le dernier élément, il faut porter attention aux risques de préjudice corporel ou psychologique. Cette approche permet de prendre en compte le risque de propagation de maladies transmissibles sexuellement. Finalement, le consentement des participants ou la présence d'adultes avertis ne sont pas, à eux seuls, des éléments décisifs. Un acte sexuel consensuel, tout à fait accepté dans une situation donnée, peut être indécent s'il est accompli dans un autre contexte. C'est la tolérance de la population en général qui compte et non celle des participants ou spectateurs. [81] [122] [131-132]

En l'espèce, les actes sexuels reprochés sont des actes très explicites et le lieu dans lequel ces actes sont pratiqués est un établissement public. Bien qu'il s'annonce comme un club privé, le club de l'accusé constitue un endroit auquel le public a facilement accès, « sur invitation, expresse ou implicite » comme l'énonce le par. 197(1) du *Code criminel*. Il suffit de payer les frais exigés après avoir subi une entrevue simple et peu sérieuse ou d'être l'invité d'un membre du club. Les mesures de contrôle du club ne réussissent pas non plus à limiter adéquatement l'accès du public à un lieu où des actes sexuels très explicites sont pratiqués. Le fonctionnement de l'établissement révèle également le caractère commercial des activités qui s'y déroulent. La pratique d'actes sexuels au troisième niveau de l'établissement ne devient possible qu'après un échange commercial obligatoire entre les participants et le propriétaire de l'établissement, puisque toute personne doit débourser des frais d'adhésion pour devenir membre. Pour les participants, il s'agit en quelque sorte d'un achat de services sexuels fournis par d'autres participants. Dans la présente affaire, il est même possible de conclure à l'existence d'une forme de préjudice social qui résulte du non-respect des normes minimales de moralité publique. Enfin, bien que les participants soient des

were informed adults whose actions were consensual and voluntary and who presumably shared the philosophy of partner swapping, this characteristic of the participants is not relevant under s. 210(1) of the *Criminal Code* other than to demonstrate the existence of demeaning or dehumanizing acts. Considered in context, the explicit sexual acts performed in the accused's establishment clearly offended the Canadian community standard of tolerance. The community does not tolerate the performance of acts of this nature in a place of business to which the public has easy access. The acts were therefore indecent. The public and commercial dimensions of the sexual practices in issue would lead to the conclusion that those practices were indecent even if there were no harm. [137-141] [145-148] [151-153]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Applied: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; **referred to:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103, rev'd [1964] S.C.R. 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

By Bastarache and LeBel JJ. (dissenting)

Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251; *Provincial News Co. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 89; *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951; *Germain v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 241; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Roux v. La Reine*, [2001] R.J.Q. 567; *R. v. Pelletier* (1985), 27 C.C.C. (3d) 77; *R. v. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977; *R. v. Jacob* (1996), 31 O.R. (3d) 350.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163(8), 167(1), 197(1) "common bawdy-house", "public place", 210(1), 211, 212, 213.

adultes avertis, qui agissent de façon consensuelle et volontaire et qui partagent présumément la philosophie de l'échangisme, cette caractéristique des participants n'est pas pertinente sous le régime du par. 210(1) du *Code criminel* autrement que pour démontrer l'existence d'actes dégradants ou déshumanisants. Vus dans leur contexte, les actes sexuels explicites pratiqués dans l'établissement de l'accusé dépassent clairement la norme de tolérance de la société canadienne. La société ne tolère pas que des actes de cette nature surviennent dans un lieu commercial auquel le public a facilement accès. Ils sont donc indécents. La dimension publique et commerciale des pratiques sexuelles en cause permettrait une conclusion d'indécence, même s'il n'existait aucun préjudice. [137-141] [145-148] [151-153]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt appliqué : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; **arrêts mentionnés :** *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. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103, inf. par [1964] R.C.S. 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

Citée par les juges Bastarache et LeBel (dissidents)

Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. The Queen*, [1964] R.C.S. 251; *Provincial News Co. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 89; *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Roux c. La Reine*, [2001] R.J.Q. 567; *Pelletier c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 595; *R. c. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977; *R. c. Jacob* (1996), 31 O.R. (3d) 350.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(8), 167(1), 197(1) « endroit public », « maison de débauche », 210(1), 211, 212, 213.

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 150(8) [ad. 1959, c. 41, s. 11].

Authors Cited

LeBel, Louis. "Un essai de conciliation de valeurs: la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux" (2001), 3(2) *Éthique publique* 51.

Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government.* Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Proulx, Rochon and Rayle JJ.A.), [2004] R.J.Q. 2076, 191 C.C.C. (3d) 66, [2004] Q.J. No. 7723 (QL), upholding the accused's conviction on a charge of keeping a common bawdy-house, [1999] R.J.Q. 2801, [1999] Q.J. No. 2524 (QL). Appeal allowed, Bastarache and LeBel JJ. dissenting.

Robert La Haye and *Josée Ferrari*, for the appellant.

Normand Labelle, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

The appellant appeals from a conviction of keeping a "common bawdy-house" for the "practice of acts of indecency" under s. 210(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The issue is whether the acts committed in his establishment were acts of indecency within the meaning of our criminal law.

Defining indecency under the *Criminal Code* is a notoriously difficult enterprise. The *Criminal Code* offers no assistance, leaving the task to judges. The test developed by the cases has evolved from one based largely on subjective considerations, to one emphasizing the need for objective criteria, based on harm. This heightened emphasis on objective criteria rests on the principle that crimes should be defined in a way that affords citizens, police and the courts a clear idea of what acts are

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150(8) [aj. 1959, ch. 41, art. 11].

Doctrine citée

LeBel, Louis. « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux » (2001), 3(2) *Éthique publique* 51.

Mill, John Stuart. *De la liberté*, trad. L. Lenglet. Paris : Gallimard, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Proulx, Rochon et Rayle), [2004] R.J.Q. 2076, 191 C.C.C. (3d) 66, [2004] J.Q. nº 7723 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour avoir tenu une maison de débauche, [1999] R.J.Q. 2801, [1999] J.Q. nº 2524 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Bastarache et LeBel sont dissidents.

Robert La Haye et *Josée Ferrari*, pour l'appelant.

Normand Labelle, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

L'appelant se pourvoit contre sa condamnation pour avoir tenu une « maison de débauche » pour la « pratique d'actes d'indécence » en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il s'agit de déterminer si les actes commis dans son établissement étaient des actes d'indécence au sens où l'entend notre droit criminel. 1

Définir l'indécence sous le régime du *Code criminel* est une entreprise notoirement difficile. Le *Code criminel* n'est d'aucun secours, laissant cette tâche aux juges. Le test élaboré par la jurisprudence, qui était au départ essentiellement fondé sur des considérations subjectives, a évolué pour faire maintenant ressortir la nécessité d'un test objectif, fondé sur le préjudice. L'importance accrue accordée à un test objectif repose sur le principe que les infractions criminelles doivent être définies de 2

prohibited. (See *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, *per* Lamer J.) We generally convict and imprison people only where it is established beyond a reasonable doubt that they have violated objectively defined norms. Crimes relating to public indecency are no exception.

3 This appeal requires us to apply the norms developed in recent cases to the operation of clubs established to facilitate group sex, a practice colloquially referred to as "swinging". This in turn invites further refinement of the objective criteria for indecency under the *Criminal Code*.

4 I conclude that the appellant's conviction should be quashed.

2. Facts

5 The appellant operated a club in Montréal, called L'Orage. The purpose of the club was to permit couples and single people to meet each other for group sex. Only members and their guests were admitted to the club. Prospective members were interviewed to ensure that they were aware of the nature of the activities of the club and to exclude applicants who did not share the same views on group sex. Members paid an annual membership fee.

6 At the time of the events giving rise to the charge against the appellant, the club L'Orage had three floors. The first floor was occupied by a bar, the second a salon, and the third the "apartment" of the appellant. A doorman manned the main door of the club, to ensure that only members and their guests entered. Two doors separated access to the third floor apartment from the rest of the club. One was marked "*Privé*" (Private) and the other locked with a numeric key pad.

7 Members of the club were supplied with the appropriate code and permitted to access the third

telle manière que les citoyens, la police et les tribunaux puissent avoir une idée claire des actes qui sont interdits. (Voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, le juge Lamer.) En règle générale, nous ne condamnons et n'emprisonnons les gens que lorsqu'il est établi hors de tout doute raisonnable qu'ils ont violé des normes définies objectivement. Les crimes liés à l'indécence publique ne font pas exception.

Nous sommes appelés en l'espèce à appliquer les normes élaborées dans la jurisprudence récente à l'exploitation de clubs facilitant les activités sexuelles de groupe, une pratique familièrement appelée « échangisme ». Cela nous oblige à préciser davantage le test objectif servant à établir l'indécence sous le régime du *Code criminel*.

Je conclus que la déclaration de culpabilité de l'appelant doit être annulée.

2. Les faits

L'appelant exploitait à Montréal un club appelé L'Orage. L'objet du club était de permettre aux couples et aux célibataires de se rencontrer pour se livrer à des activités sexuelles de groupe. Seuls les membres et leurs invités étaient admis au club. On faisait passer une entrevue aux futurs membres pour s'assurer qu'ils soient au courant de la nature des activités du club et pour exclure ceux qui ne partageaient pas l'opinion des membres sur les activités sexuelles de groupe. Les membres payaient des frais d'adhésion annuels.

Au moment des événements à l'origine de l'accusation portée contre l'appelant, le club L'Orage occupait trois étages. Un bar se trouvait au premier, un salon au deuxième et l'« appartement » de l'appelant au troisième. Un portier était posté à l'entrée principale du club, veillant à ce que seuls les membres et leurs invités puissent entrer. Deux portes séparaient l'appartement du troisième étage du reste du club. L'une portait la mention « Privé » et l'autre était munie d'une serrure numérique.

Les membres du club étaient informés de la combinaison et avaient accès à l'appartement du

floor apartment. This was the only place where group sex took place. A number of mattresses were scattered about the floor of the apartment. There people engaged in acts of cunnilingus, masturbation, fellatio and penetration. On several occasions observed by the police, a single woman engaged in sex with several men, while other men watched and masturbated.

troisième étage. C'est le seul endroit où avaient lieu les activités sexuelles de groupe. Des matelas étaient disposés çà et là sur le plancher de l'appartement. Les gens s'y livraient à des actes de cunnilingus, de masturbation, de fellation et de pénétration. À plusieurs occasions, les policiers y ont vu une femme seule avoir des rapports sexuels avec plusieurs hommes, pendant que d'autres hommes observaient la scène en se masturbant.

Entry to the club and participation in the activities were voluntary. No one was forced to do anything or watch anything. No one was paid for sex. While men considerably outnumbered women on the occasions when the police visited, there is no suggestion that any of the women were there involuntarily or that they did not willingly engage in the acts of group sex. 8

L'entrée au club et la participation aux activités étaient volontaires. Personne n'était contraint de faire ni de voir quoi que ce soit. Personne n'était payé pour avoir des relations sexuelles. Bien que les policiers aient constaté au cours de leurs visites que le nombre d'hommes dépassait largement le nombre de femmes, rien n'indique qu'elles s'y trouvaient de façon involontaire ni qu'elles participaient contre leur gré aux activités sexuelles de groupe.

3. Judicial History

3. Historique judiciaire

According to Baribeau J., the test of indecency required assessing the public or private context of the activities at issue ([1999] R.J.Q. 2801). She found that the appellant's apartment fell within the meaning of "public place", defined in s. 197(1) of the *Criminal Code* as including "any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied". The trial judge attached no significance to the fact that the public here was composed of members of the club and their guests. Based on the public nature of the locale, the trial judge concluded that the sexual practices on these facts fell below the Canadian community standard of tolerance. 9

Selon la juge Baribeau, le test servant à établir l'indécence commandait une appréciation du contexte public ou privé des activités en cause ([1999] R.J.Q. 2801). Elle a conclu que l'appartement de l'appelant répondait à la définition d'un « endroit public » énoncée au par. 197(1) du *Code criminel*, puisqu'il s'agissait d'un « lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite ». La juge du procès n'a accordé aucune importance au fait que le public en question était composé des membres du club et de leurs invités. Se fondant sur la nature publique du lieu, elle a conclu à partir des faits que les pratiques sexuelles en cause ne respectaient pas la norme de tolérance de la société canadienne.

The trial judge, relying on *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630, found social harm in the fact that sexual exchanges took place in the presence of other members of the club. In her view, this conduct was indecent under the *Criminal Code* because it was degrading and dehumanizing, was calculated to induce anti-social behaviour in its disregard for moral values, and raised the risk of sexually transmitted diseases. 10

S'appuyant sur *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, la juge du procès a conclu à l'existence d'un préjudice social du fait que les échanges sexuels avaient lieu devant d'autres membres du club. À son avis, cette conduite était indécente au sens du *Code criminel* parce qu'elle était dégradante et déshumanisante, qu'elle prédisposait à des comportements antisociaux en faisant fi des valeurs morales et qu'elle augmentait les risques de maladies transmissibles sexuellement.

11 A majority of the Quebec Court of Appeal upheld the appellant's conviction ((2004), 191 C.C.C. (3d) 66). Rochon J.A. held that the activities at issue were prejudicial to society because of the health risks involved and the propagation of a degrading and dehumanizing view of sexuality. Rayle J.A. agreed, inferring a more substantial risk of harm than in *Mara* from the higher number of sexual partners involved. In the view of the majority, the voluntary character of their participation did not diminish the resulting degradation, loss of integrity and self-respect.

12 Proulx J.A., dissenting, found that the trial judge's conviction was based on several errors. Even if the establishment was a public place, as defined in the *Criminal Code*, members of the club did not perform the sexual acts in open public view, but in a context of relative privacy. Entrants were screened and informed. All the participants retained their full autonomy. The sexual exchanges they participated in reflected their personal choice and view of sexuality. Since there was no meaningful distinction between participants and observers, the presence of observers was not relevant for assessing the publicly indecent character of the activities. Moreover, there was no social harm comparable to that identified in *Mara*, where the payment of women for sexual services led to an inference of exploitation.

4. Analysis

4.1 *The Legal Test for Criminal Indecency*

4.1.1 The History of Criminal Indecency

13 Section 210(1) of the *Criminal Code* makes it an offence, punishable by two years in prison, to keep a common bawdy-house. A bawdy-house is defined in s. 197(1) of the *Code* as a place kept,

Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant ([2004] R.J.Q. 2076). Le juge Rochon a conclu que les activités litigieuses causaient un préjudice à la société en raison des risques qu'elles présentaient pour la santé et de la vision dégradante et déshumanisante de la sexualité qu'elles propageaient. La juge Rayle a souscrit à cette opinion, concluant à l'existence d'un risque de préjudice plus élevé que dans l'affaire *Mara* en raison du plus grand nombre de partenaires sexuels prenant part aux activités. Selon les juges majoritaires, le caractère volontaire de leur participation ne diminuait en rien l'avilissement, ni la perte d'intégrité et du respect de soi qui en résultaient.

Le juge Proulx, dissident, a conclu que la déclaration de culpabilité prononcée par la juge du procès reposait sur plusieurs erreurs. Même si l'établissement était un endroit public, au sens du *Code criminel*, les membres du club n'accomplissaient pas les actes sexuels en public, mais dans un contexte de relative intimité. Les nouveaux venus étaient sélectionnés et informés. Tous les participants conservaient leur pleine autonomie. Les échanges sexuels auxquels ils participaient correspondaient à leur choix personnel et à leur vision de la sexualité. Puisqu'il n'y avait aucune différence importante entre les participants et les observateurs, la présence de ces derniers n'avait aucune pertinence pour l'appréciation de l'indécence publique de ces activités. En outre, il n'existait aucun préjudice social comparable à celui constaté dans *Mara*, où le fait que des femmes étaient payées en échange de services sexuels a amené la Cour à inférer qu'il y avait exploitation.

4. Analyse

4.1 *Le test juridique applicable à l'indécence criminelle*

4.1.1 L'historique de l'indécence criminelle

Selon le par. 210(1) du *Code criminel*, la tenue d'une maison de débauche constitue un acte criminel punissable d'un emprisonnement de deux ans. Le paragraphe 197(1) du *Code* définit une

occupied, or resorted to "by one or more persons for the purpose of prostitution or the practice of acts of indecency". The only question in this case is whether what went on at L'Orage constituted "acts of indecency".

« maison de débauche » comme un local qui, selon le cas, est tenu, occupé ou fréquenté « par une ou plusieurs personnes, à des fins de prostitution ou pour la pratique d'actes d'indécence ». La seule question qui se pose en l'espèce consiste à savoir si ce qui se passait à L'Orage constituait des « actes d'indécence ».

Indecency has two meanings, one moral and one legal. Our concern is not with the moral aspect of indecency, but with the legal. The moral and legal aspects of the concept are, of course, related. Historically, the legal concepts of indecency and obscenity, as applied to conduct and publications, respectively, have been inspired and informed by the moral views of the community. But over time, courts increasingly came to recognize that morals and taste were subjective, arbitrary and unworkable in the criminal context, and that a diverse society could function only with a generous measure of tolerance for minority mores and practices. This led to a legal norm of objectively ascertainable harm instead of subjective disapproval.

14 L'indécence a deux sens : un sens moral et un sens juridique. Ce n'est pas à l'aspect moral de l'indécence que nous devons nous intéresser, mais à son aspect juridique. Les aspects moral et juridique du concept sont évidemment liés. Historiquement, les concepts juridiques de l'indécence et de l'obscénité, appliqués respectivement à des comportements et à des publications, ont été inspirés et influencés par les valeurs morales de la société. Mais au fil du temps, les tribunaux en sont venus progressivement à reconnaître que les valeurs morales et les goûts étaient subjectifs et arbitraires, qu'ils n'étaient pas fonctionnels dans le contexte criminel, et qu'une grande tolérance des mœurs et pratiques minoritaires était essentielle au bon fonctionnement d'une société diversifiée. Cela a mené à l'adoption d'une norme juridique fondée sur un préjudice objectivement vérifiable plutôt que sur une désapprobation subjective.

Canadian law on indecent acts, from its origins in the English common law, has been firmly anchored in societal rather than purely private moral concerns. For example, in the early case of *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, Cockburn C.J. stated that the test for obscenity was whether the material would tend to deprave and corrupt other members of society.

15 Depuis ses origines en common law britannique, le droit canadien en matière d'actes d'indécence a toujours été solidement ancré dans les préoccupations morales sociales plutôt que purement privées. Ainsi, le juge en chef Cockburn a dit il y a longtemps, dans l'arrêt *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, que le test servant à établir l'obscénité consistait à déterminer si le matériel tendait à dépraver et à corrompre d'autres membres de la société.

However, depravity and corruption vary with the eye of the beholder, and the *Hicklin* test proved difficult to apply in an objective fashion. Convictions often depended more on the idiosyncracies and the subjective moral views of the judge or jurors than objective criteria of what might deprave or corrupt. Nevertheless, the *Hicklin* test remained in place for almost a century.

16 Or, la dépravation et la corruption sont des notions qui varient d'une personne à l'autre, et le test établi dans *Hicklin* s'est révélé difficile à appliquer de manière objective. Les déclarations de culpabilité dépendaient souvent davantage des dispositions particulières et des valeurs morales subjectives du juge ou des jurés que de critères objectifs permettant de déterminer ce qui risque de dépraver ou de corrompre. Le test établi dans *Hicklin* a néanmoins été appliqué pendant près d'un siècle.

17 In 1959, the Canadian Parliament introduced a new "undue exploitation of sex" test for obscene materials: s. 150(8) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51 (added by S.C. 1959, c. 41, s. 11) (now s. 163(8)). In considering this test, the Supreme Court emphasized the failings of the previous test and the need for new criteria "which have some certainty of meaning and are capable of objective application and which do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury": *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681, at p. 702, *per* Judson J.

En 1959, le Parlement canadien a introduit un nouveau test fondé sur « l'exploitation indue des choses sexuelles » pour l'appréciation du matériel obscène : par. 150(8) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51 (aj. S.C. 1959, ch. 41, art. 11) (maintenant le par. 163(8)). En examinant ce test, la Cour suprême a fait ressortir les lacunes de l'ancien et la nécessité d'avoir recours à de nouveaux critères [TRADUCTION] « qui présentent une certaine certitude de sens et qui peuvent être appliqués objectivement, des critères qui ne dépendent pas autant qu'auparavant des idiosyncrasies et de la sensibilité du juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury » : *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681, p. 702, le juge Judson.

18 Borrowing on decisions from Australia and New Zealand emphasizing the foundation of criminal legislation on obscenity and indecency in societal norms, the Court adopted a test based on the community standard of tolerance. On its face, the test was objective, requiring the trier of fact to determine what the community would tolerate. Yet once again, in practice it proved difficult to apply in an objective fashion. How does one determine what the "community" would tolerate were it aware of the conduct or material? In a diverse, pluralistic society whose members hold divergent views, who is the "community"? And how can one objectively determine what the community, if one could define it, would tolerate, in the absence of evidence that community knew of and considered the conduct at issue? In practice, once again, the test tended to function as a proxy for the personal views of expert witnesses, judges and jurors. In the end, the question often came down to what they, as individual members of the community, would tolerate. Judges and jurors were unlikely, human nature being what it is, to see themselves and their beliefs as intolerant. It was far more likely that they would see themselves as reasonable, representative members of the community. The chances of a judge or juror saying, "I view this conduct as indecent but I set that view aside because it is intolerant", were remote indeed. The result was that despite its superficial objectivity, the community

S'inspirant des décisions australiennes et néo-zélandaises qui mettaient l'accent sur le rôle des normes sociales comme fondement de la législation criminalisant l'obscénité et l'indécence, la Cour a adopté un test reposant sur la norme de tolérance de la société. Ce test qui obligeait le juge des faits à déterminer ce que la société tolérerait, était objectif à première vue. Mais encore une fois, en pratique, il s'est révélé difficile à appliquer de manière objective. Comment décide-t-on de ce que la « société » tolérerait si elle prenait connaissance de la conduite ou du matériel? Dans une société diversifiée et pluraliste dont les membres ont des opinions divergentes, de qui se compose la « société »? Et, à supposer qu'on réussisse à définir la société, comment peut-on objectivement décider de ce qu'elle tolérerait, en l'absence de preuve qu'elle était au courant du comportement en cause et qu'elle l'a évalué? Encore une fois, en pratique, ce test est devenu en quelque sorte un indicateur des opinions personnelles des témoins experts, des juges et des jurés. En définitive, la question se résumait souvent à se demander ce que ces personnes toléreraient en tant que membres de la société. La nature humaine étant ce qu'elle est, les juges et les jurés ne se percevaient probablement pas comme des personnes intolérantes et ne croyaient pas que leurs convictions pouvaient l'être. Il est beaucoup plus probable qu'ils se voyaient comme des êtres raisonnables, représentant bien les membres de la société. La possibilité était effectivement bien mince qu'un juge ou un juré

standard of tolerance test remained highly subjective in application.

Freedman J.A., dissenting in the Manitoba Court of Appeal, while noting the difficult challenge of applying the new community standard of tolerance test in an objective fashion, concluded that it was the only alternative to pure subjectivity (*R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103). In a passage adopted by the Supreme Court of Canada ([1964] S.C.R. 251), Freedman J.A. wrote:

> Those standards are not set by those of lowest taste or interest. Nor are they set exclusively by those of rigid, austere, conservative, or puritan taste and habit of mind. Something approaching a general average of community thinking and feeling has to be discovered. Obviously this is no easy task, for we are seeking a quantity that is elusive. Yet the effort must be made if we are to have a fair objective standard in relation to which a publication can be tested as to whether it is obscene or not. The alternative would mean a subjective approach, with the result dependent upon and varying with the personal tastes and predilections of the particular Judge who happens to be trying the case. [p. 116]

In 1985, the Supreme Court pursued the search for objectivity by introducing a two-part definition of community standards of tolerance in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494. The first way to establish obscenity (undue exploitation of sex) was to show that the material violated the norm of tolerance of what Canadians would permit others, whose views they did not share, to do or see (p. 508). The second was to show that the material would have a harmful effect on others in society (p. 505). Although this notion of harm had been implicit in Cockburn C.J.'s definition of obscenity in *Hicklin*, *Towne Cinema* marked the first clear articulation of the relationship between obscenity and harm in Canadian jurisprudence, and represented the beginning of a shift from

dise : « Je considère cette conduite indécente, mais je fais abstraction de cette opinion puisqu'elle est empreinte d'intolérance. » En somme, en dépit de son apparente objectivité, le test fondé sur la norme de tolérance de la société est demeuré très subjectif dans son application.

19 Bien qu'il ait signalé la difficulté d'appliquer de façon objective le nouveau test fondé sur la norme de tolérance de la société, le juge Freedman de la Cour d'appel du Manitoba (dissident) a conclu qu'il constituait la seule solution de rechange à la subjectivité pure (*R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103). Dans un passage adopté par la Cour suprême du Canada ([1964] R.C.S. 251), le juge Freedman a écrit :

> [TRADUCTION] Ces normes ne sont pas fixées par des gens au goût et aux intérêts les plus bas. Elles ne sont pas non plus fixées exclusivement par des gens de goût et d'esprit rigides, austères, conservateurs ou puritains. Il faut en arriver à quelque chose qui se rapproche de la moyenne générale des opinions et des sentiments de la société. De toute évidence, ce n'est pas une tâche facile puisque ce que nous cherchons à quantifier est intangible. Il faut quand même faire cet effort si nous voulons obtenir une norme juste et objective qui permette de vérifier si une publication est obscène. L'autre solution sous-tendrait une approche subjective, ce qui produirait des résultats variables dépendant des goûts et des préférences personnels de chaque juge qui se trouve à présider le procès. [p. 116]

20 En 1985, la Cour suprême a poursuivi la recherche d'objectivité, dans *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, en introduisant une définition en deux parties de la norme de tolérance de la société. La première façon de prouver l'obscénité (l'exploitation indue des choses sexuelles) était de démontrer que le matériel violait la norme de tolérance, c'est-à-dire qu'il outrepassait ce que les Canadiens permettraient à d'autres Canadiens, ayant des opinions divergentes, de faire ou de voir (p. 508). La deuxième façon consistait à démontrer que le matériel aurait un effet préjudiciable sur d'autres membres de la société (p. 505). Bien que cette notion de préjudice ait été implicite dans la définition de l'obscénité formulée par le juge en chef Cockburn dans *Hicklin*, l'arrêt *Towne Cinema*

a community standards test to a harm-based test.

21 The shift to a harm-based rationale was completed by this Court's decisions in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, and *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69. In *Butler*, the two-part test for obscenity of *Towne Cinema* was resolved into a single test, in which the community standard of tolerance was determined by reference to the risk of harm entailed by the conduct:

> The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse. Anti-social conduct for this purpose is conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. The stronger the inference of a risk of harm the lesser the likelihood of tolerance. [Emphasis added; p. 485, *per* Sopinka J.]

22 The Court in *Little Sisters* confirmed that harm is an essential ingredient of obscenity. As Binnie J. pointed out, "the phrase 'degrading or dehumanizing' in *Butler* is qualified immediately by the words 'if the risk of harm is substantial' . . . . This makes it clear that not all sexually explicit erotica depicting adults engaged in conduct which is considered to be degrading or dehumanizing is obscene. The material must also create a substantial risk of harm which exceeds the community's tolerance" (para. 60 (emphasis added)).

23 In *Mara*, the Court affirmed that in cases of indecency, like obscenity, the community standard of tolerance test amounts to a test of harm incompatible with society's proper functioning.

offre le premier énoncé clair du lien établi par la jurisprudence canadienne entre l'obscénité et le préjudice et il marque le début du passage du test fondé sur la norme sociale à celui fondé sur le préjudice.

Ce passage à un raisonnement fondé sur le préjudice a été achevé dans les arrêts *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, et *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69. Dans *Butler*, le test en deux parties établi dans *Towne Cinema* relativement à l'obscénité a été ramené à un critère unique, suivant lequel la norme sociale de tolérance était établie en fonction du risque de préjudice que présentait la conduite :

> Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. [Je souligne; p. 485, le juge Sopinka.]

Dans *Little Sisters*, la Cour a confirmé que le préjudice est un élément essentiel de l'obscénité. Ainsi que l'a souligné le juge Binnie, « l'expression "dégradant ou déshumanisant" utilisée dans [*Butler*] est immédiatement tempérée par les mots "si le risque de préjudice est important" [. . .] Cela indique clairement que le matériel érotique sexuellement explicite représentant des adultes se livrant à des actes considérés comme dégradants ou déshumanisants n'est pas toujours obscène. Ce matériel doit également créer un risque de préjudice important, qui excède le seuil de tolérance de la société » (par. 60 (je souligne)).

Dans *Mara*, la Cour a confirmé qu'en matière d'indécence, comme en matière d'obscénité, le critère de la norme de tolérance de la société équivaut au critère du préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

Grounding criminal indecency in harm represents an important advance in this difficult area of the law. Harm or significant risk of harm is easier to prove than a community standard. Moreover, the requirement of a risk of harm incompatible with the proper functioning of society brings this area of the law into step with the vast majority of criminal offences, which are based on the need to protect society from harm.

However, it is not always clear precisely how the harm test for indecency applies in particular circumstances. New cases have raised questions as to the nature and degree of harm sufficient to establish indecency. Further definition is required in order to resolve cases like this, and to permit individuals to conduct themselves within the law and the police and courts to enforce the criminal sanction in an objective, fair way.

4.1.2 Toward a Theory of Harm

Developing a workable theory of harm is not a task for a single case. In the tradition of the common law, its full articulation will come only as judges consider diverse situations and render decisions on them. Moreover, the difficulty of the task should not be underestimated. We must proceed incrementally, step by cautious step.

The facts of this case require the further exploration of what types of harm, viewed objectively, suffice to found a conviction for keeping a bawdy-house for the purposes of acts of indecency. This exploration must be based on the purposes that the offence serves. More precisely, what harms are sought to be curtailed by targeting indecent conduct?

The first step is to generically describe the type of harm targeted by the concept of indecent conduct under the *Criminal Code*. In *Butler* at p. 485 and *Little Sisters* at para. 59, this was described

Faire reposer l'indécence criminelle sur le préjudice représente un progrès important dans ce domaine compliqué du droit. Le préjudice ou le risque appréciable de préjudice est plus facile à prouver qu'une norme sociale. De plus, l'exigence d'un risque de préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société met ce domaine du droit au diapason avec la vaste majorité des infractions criminelles, qui reposent sur la nécessité de protéger la société contre divers préjudices. 24

Cependant, on ne sait pas toujours comment appliquer exactement le test fondé sur le préjudice pour apprécier l'indécence dans une situation particulière. De nouvelles causes ont soulevé des questions quant à la nature et au degré du préjudice requis pour justifier une conclusion d'indécence. Une définition plus précise s'impose pour résoudre les cas comme celui qui nous occupe et pour permettre à chacun d'adopter une conduite conforme à la loi et à la police et aux tribunaux d'appliquer les sanctions criminelles de façon objective et équitable. 25

4.1.2 Vers une théorie du préjudice

Élaborer une théorie du préjudice qui soit efficace n'est pas l'affaire d'un seul arrêt. Dans la tradition de la common law, pareille théorie ne trouvera sa pleine expression qu'au fur et à mesure que les juges analyseront différentes situations et rendront des décisions à leur égard. De plus, il ne faudrait pas sous-estimer l'ampleur de la tâche. Nous devons procéder graduellement, avec prudence, étape par étape. 26

Les faits de l'espèce nécessitent une analyse approfondie des types de préjudices qui, pris objectivement, suffisent pour justifier une condamnation relativement à la tenue d'une maison de débauche pour la pratique d'actes d'indécence. Cette analyse doit s'appuyer sur le but dans lequel l'infraction a été créée. Plus précisément, quels maux a-t-on voulu enrayer en ciblant les comportements indécents? 27

La première étape consiste à décrire globalement le type de préjudice visé par le concept de conduite indécente pour l'application du *Code criminel*. Dans *Butler*, p. 485, et *Little Sisters*, par. 59, 28

as "conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning".

29 Two general requirements emerge from this description of the harm required for criminal indecency. First, the words "formally recognize" suggest that the harm must be grounded in norms which our society has recognized in its Constitution or similar fundamental laws. This means that the inquiry is not based on individual notions of harm, nor on the teachings of a particular ideology, but on what society, through its laws and institutions, has recognized as essential to its proper functioning. Second, the harm must be serious in degree. It must not only detract from proper societal functioning, but must be *incompatible* with it.

30 It follows that the analysis to be performed in a particular case involves two steps. The first step is concerned with the *nature* of the harm. It asks whether the Crown has established a harm or significant risk of harm to others that is grounded in norms which our society has formally recognized in its Constitution or similar fundamental laws. The second step is concerned with the *degree* of the harm. It asks whether the harm in its degree is incompatible with the proper functioning of society. Both elements must be proved beyond a reasonable doubt before acts can be considered indecent under the *Criminal Code*.

31 I now turn to a more detailed consideration of each of the two requirements for establishing indecent acts for the purposes of s. 210 of the *Criminal Code*.

4.1.3 The Nature of the Harm: Harm to Individuals or Society Contrary to Society's Norms

32 To ground criminal responsibility, the harm must be one which society *formally recognizes* as

ce préjudice a été défini comme le « comportement [. . .] que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement ».

Deux conditions générales se dégagent de cette définition du préjudice nécessaire pour qu'il y ait indécence criminelle. Premièrement, les mots « reconnaît officiellement » indiquent que le préjudice doit se rapporter à des normes que notre société a reconnues dans sa Constitution ou ses lois fondamentales semblables. Cela signifie que l'examen n'est pas fondé sur une conception individuelle de ce qui constitue un préjudice, ni sur les enseignements de telle ou telle idéologie, mais sur ce que la société, par ses lois et ses institutions, a reconnu comme essentiel à son bon fonctionnement. Deuxièmement, le préjudice doit être grave. Il doit non seulement nuire au bon fonctionnement de la société, mais être *incompatible* avec celui-ci.

Il s'ensuit que l'analyse à laquelle il faut procéder dans un cas donné comporte deux étapes. La première étape concerne la *nature* du préjudice. Il s'agit de savoir si le ministère public a établi l'existence d'un préjudice ou d'un risque appréciable de préjudice pour autrui qui se rapporte aux normes que notre société a officiellement reconnues dans sa Constitution ou ses lois fondamentales semblables. La deuxième étape concerne le *degré* de préjudice. Il s'agit de savoir si le préjudice atteint un degré tel qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Chacun de ces deux éléments doit être prouvé hors de tout doute raisonnable pour que des actes soient considérés comme indécents pour l'application du *Code criminel*.

Je procéderai maintenant à un examen plus approfondi de chacune des deux conditions à remplir pour que soit établie l'existence d'actes d'indécence pour l'application de l'art. 210 du *Code criminel*.

4.1.3 La nature du préjudice : le préjudice causé aux personnes ou à la société qui est contraire aux normes sociales

Pour engager la responsabilité pénale, le préjudice doit être un préjudice que la société *reconnaît*

incompatible with its proper functioning: *Butler*, at p. 485.

The requirement of formal societal recognition makes the test objective. The inquiry is not based on individual notions of harm, nor on the teachings of a particular ideology, but on what society, through its fundamental laws, has recognized as essential. Views about the harm that the sexual conduct at issue may produce, however widely held, do not suffice to ground a conviction. This is not to say that social values no longer have a role to play. On the contrary, to ground a finding that acts are indecent, the harm must be shown to be related to a fundamental value reflected in our society's Constitution or similar fundamental laws, like bills of rights, which constitutes society's formal recognition that harm of the sort envisaged may be incompatible with its proper functioning. Unlike the community standard of tolerance test, the requirement of formal recognition inspires confidence that the values upheld by judges and jurors are truly those of Canadian society. Autonomy, liberty, equality and human dignity are among these values.

The complexity of the guarantee of freedom of religion in this context requires further comment. The claim that particular sexual conduct violates particular religious rules or values does not alone suffice to establish this element of the test. The question is what values Canadian society has formally recognized. Canadian society through its Constitution and similar fundamental laws does not formally recognize particular religious views, but rather *the freedom to hold particular religious views*. This freedom does not endorse any particular religious view, but the right to hold a variety of diverse views.

The requirement of formal endorsement ensures that people will not be convicted and imprisoned for transgressing the rules and beliefs of particular individuals or groups. To incur the ultimate

officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement : *Butler*, p. 485.

33 La condition relative à la reconnaissance sociale officielle assure l'objectivité du critère. L'examen n'est pas fondé sur des conceptions personnelles de ce qui constitue un préjudice, ni sur les enseignements de telle ou telle idéologie, mais sur ce que la société a reconnu, par ses lois fondamentales, comme essentiel. Des opinions sur le préjudice que peut causer la conduite en cause, si répandues soient-elles, ne suffisent pas pour fonder une condamnation. Cela ne signifie pas que les valeurs sociales n'ont plus aucun rôle à jouer. Au contraire, pour justifier une conclusion d'indécence, il faut démontrer que le préjudice se rattache à une valeur fondamentale exprimée dans la Constitution ou les lois fondamentales semblables de notre société, telles les déclarations des droits, par lesquelles la société reconnaît officiellement que le type de préjudice en cause peut être incompatible avec son bon fonctionnement. Contrairement au test fondé sur la norme de tolérance de la société, l'exigence de la reconnaissance officielle permet de croire que les valeurs défendues par les juges et les jurés sont véritablement celles de la société canadienne. L'autonomie, la liberté, l'égalité et la dignité humaine comptent parmi ces valeurs.

34 La complexité du droit à la liberté de religion dans ce contexte appelle d'autres commentaires. Prétendre qu'une conduite particulière porte atteinte à des règles ou des valeurs religieuses particulières ne suffit pas en soi à établir cet élément du test. La question est de savoir quelles sont les valeurs que la société canadienne a reconnues officiellement. La société canadienne, dans sa Constitution et ses lois fondamentales semblables, ne reconnaît pas officiellement d'opinions religieuses particulières, mais plutôt *la liberté d'avoir des opinions religieuses particulières*. Cette liberté n'appuie aucune opinion religieuse en particulier, mais affirme le droit à une variété d'opinions différentes.

35 L'exigence d'une reconnaissance officielle empêche que quelqu'un puisse être condamné et emprisonné pour avoir transgressé les règles et heurté les convictions de personnes ou de groupes

criminal sanction, they must have violated values which Canadian society as a whole has formally endorsed.

36 Three types of harm have thus far emerged from the jurisprudence as being capable of supporting a finding of indecency: (1) harm to those whose autonomy and liberty may be restricted by being confronted with inappropriate conduct; (2) harm to society by predisposing others to anti-social conduct; and (3) harm to individuals participating in the conduct. Each of these types of harm is grounded in values recognized by our Constitution and similar fundamental laws. The list is not closed; other types of harm may be shown in the future to meet the standards for criminality established by *Butler*. But thus far, these are the types of harm recognized by the cases.

37 Reference to the fundamental values of our Constitution and similar fundamental laws also eliminates types of conduct that do *not* constitute a harm in the required sense. Bad taste does not suffice: *Towne Cinema*, at p. 507. Moral views, even if strongly held, do not suffice. Similarly, the fact that most members of the community might disapprove of the conduct does not suffice: *Butler*, at p. 492. In each case, more is required to establish the necessary harm for criminal indecency.

38 A particular type of conduct may involve several types of harm; life does not fall into neatly tagged juridical boxes. But since each type of harm rests on its own set of values, it is useful to consider each independently. Being clear about the type of harm raised by the facts of a particular case, helps to determine what factors are relevant to assessing whether it rises to the degree prescribed in *Butler*. It ensures that the analysis is truly contextual, and is not skewed by factors that may not be relevant to the particular harms alleged in the case.

particuliers. Pour mériter la sanction ultime du droit criminel, il faut avoir porté atteinte à des valeurs auxquelles l'ensemble de la société canadienne a adhéré officiellement.

Jusqu'à maintenant, la jurisprudence a dégagé trois types de préjudices susceptibles d'étayer une conclusion d'indécence : (1) le préjudice causé à ceux dont l'autonomie et la liberté peuvent être restreintes du fait qu'ils sont exposés à une conduite inappropriée; (2) le préjudice causé à la société du fait de la prédisposition d'autrui à adopter une conduite antisociale; et (3) le préjudice causé aux personnes qui participent à la conduite. Chacun de ces types de préjudices est lié à des valeurs reconnues par notre Constitution et nos lois fondamentales semblables. Cette liste n'est pas exhaustive; il pourra être établi que d'autres types de préjudices satisfont aux normes établies dans *Butler* pour établir l'indécence criminelle. Mais ce sont pour l'instant les types de préjudices que la jurisprudence a reconnus.

Le renvoi aux valeurs essentielles de notre Constitution et de nos lois fondamentales semblables élimine aussi les types de conduite qui *ne* constituent *pas* un préjudice au sens requis. Le mauvais goût ne suffit pas : *Towne Cinema*, p. 507. Les convictions morales, même bien ancrées, ne suffisent pas. De même, le fait que la plupart des membres de la collectivité puissent désapprouver la conduite ne suffit pas : *Butler*, p. 492. Dans chaque cas, il faut plus pour établir le préjudice nécessaire à une conclusion d'indécence criminelle.

Un type particulier de conduite peut entraîner plusieurs types de préjudices : la vie ne se prête pas à une compartimentation étanche entre des catégories juridiques clairement définies. Mais comme chaque type de préjudice repose sur son propre ensemble de valeurs, il est utile de les examiner séparément. Bien saisir le type de préjudice qui résulte des faits dans une affaire donnée aide à établir quels facteurs sont pertinents pour déterminer si ce préjudice atteint le degré requis selon l'arrêt *Butler*. Cette façon de procéder garantit une analyse véritablement contextuelle, qui ne soit pas faussée par des facteurs qui ne sont pas nécessairement pertinents dans le cas des préjudices particuliers allégués.

Against this background, I turn to a closer look at the three types of harm that may ground a finding of criminal indecency. If harm in any of these senses is established beyond a reasonable doubt, the inquiry then proceeds to the second step of the *Butler* test, to assess whether the nature and quality of the harm rises to the required degree.

4.1.3.1 *The Harm of Loss of Autonomy and Liberty Through Public Confrontation*

The first is the harm of public confrontation with unacceptable and inappropriate conduct. One reason for criminalizing indecent acts and displays is to protect the public from being confronted with acts and material that reduce their quality of life. Indecent acts are banned because they subject the public to unwanted confrontation with inappropriate conduct. This harm is conceptually akin to nuisance. Nevertheless, to call this the "eyesore" basis of criminalization of indecent acts is to trivialize the harm. The harm is not the aesthetic harm of a less attractive community, but the loss of autonomy and liberty that public indecency may impose on individuals in society, as they seek to avoid confrontation with acts they find offensive and unacceptable. The value or interest protected is the autonomy and liberty of members of the public, to live within a zone that is free from conduct that deeply offends them.

Much harm in this category does not rise to the levels of harm required by *Butler* and *Little Sisters*. Tolerance requires that only serious and deeply offensive moral assaults can be kept from public view on pain of criminal sanction. We live in an age when sexual images, some subtle and some not so subtle, are widely dispersed throughout our public space. However, this does not negate the fact that even in our emancipated society, there may be some kinds of sexual conduct the public display of which seriously impairs the livability of the environment and significantly constrains autonomy.

C'est sur cette toile de fond que j'examinerai maintenant de plus près les trois types de préjudices susceptibles d'étayer une conclusion d'indécence criminelle. Si l'un ou l'autre de ces types de préjudices est établi hors de tout doute raisonnable, l'analyse se poursuit avec la deuxième étape du test établi dans *Butler*, qui consiste à déterminer si la nature et la qualité du préjudice atteignent le degré requis. 39

4.1.3.1 *Le préjudice de la perte d'autonomie et de liberté résultant de l'exposition du public*

Le premier type de préjudice est celui qui résulte de l'exposition du public à une conduite inacceptable et inappropriée. L'une des raisons de la criminalisation des représentations et des actes indécents est la volonté de protéger le public contre l'exposition à des actes et à du matériel qui diminuent sa qualité de vie. Les actes indécents sont proscrits parce qu'ils exposent le public, contre son gré, à une conduite inappropriée. Sur le plan conceptuel, ce préjudice s'apparente à la nuisance. Néanmoins, parler de « pollution visuelle » pour décrire ce motif de criminalisation des actes d'indécence banalise le préjudice. Il ne s'agit pas d'un préjudice esthétique dû à une société moins attrayante, mais d'une perte d'autonomie et de liberté causée par l'indécence publique à des membres de la société qui ne veulent pas être exposés à des actes qu'ils jugent offensants et inacceptables. La valeur ou le droit que l'on cherche à protéger est l'autonomie et la liberté des membres du public de vivre dans un environnement exempt d'une conduite qui les offense profondément. 40

La plupart des préjudices relevant de cette catégorie n'atteignent pas le degré requis par *Butler* et *Little Sisters*. La tolérance commande que seule la conduite qui constitue une atteinte morale grave et profondément offensante soit tenue à l'abri du regard du public sous peine de sanction criminelle. Nous vivons à une époque où l'espace public est envahi par des images sexuelles, certaines subtiles, d'autres moins. Il demeure toutefois que, même dans notre société émancipée, la représentation publique de certains types de comportements sexuels peut nuire sérieusement à la qualité de vie 41

Sexual relations are an intensely personal, religious and age-sensitive matter. People's autonomy and enjoyment of life can be deeply affected by being unavoidably confronted with debased public sexual displays. Even when avoidance is possible, the result may be diminished freedom to go where they wish or take their children where they want. Sexual conduct and material that presents a risk of seriously curtailing people's autonomy and liberty may justifiably be restricted. The loss of autonomy and liberty to ordinary people by in-your-face indecency is a potential harm to which the law is entitled to respond. If the risk of harm is significant enough, it may rise to the degree of the test for criminal indecency in *Butler* — conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning.

qu'offre un environnement et restreindre sensiblement l'autonomie. L'activité sexuelle est une question éminemment personnelle, étroitement liée à l'âge et aux croyances religieuses. Une personne peut subir une grave atteinte à son autonomie et à sa qualité de vie si elle ne peut échapper à des représentations sexuelles publiques dégradantes. Même lorsqu'il lui est possible de les éviter, il se peut que sa liberté d'aller où bon lui semble ou d'emmener ses enfants là où elle le désire soit restreinte. Les comportements et le matériel sexuels qui risquent de porter une grave atteinte à l'autonomie et à la liberté des gens peuvent, à juste titre, faire l'objet de restrictions. La perte d'autonomie et de liberté causée aux gens ordinaires par les actes d'indécence commis sous leur nez constitue un préjudice potentiel auquel le droit peut s'attaquer. Si le risque de préjudice est suffisamment appréciable, il peut atteindre le degré requis par le test servant à établir l'indécence criminelle énoncé dans *Butler* — celui du comportement que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement.

42 Since the harm in this class of case is based on the public being confronted with unpalatable acts or material, it is essential that there be a risk that members of the public either will be unwillingly exposed to the conduct or material, or that they will be forced to significantly change their usual conduct to avoid being so exposed.

Puisque le préjudice de cette catégorie repose sur l'exposition du public à des actes ou à du matériel insupportables, il est essentiel qu'il y ait un risque que les membres du public soient involontairement exposés à la conduite ou au matériel, ou qu'ils soient tenus de modifier sensiblement leurs habitudes pour éviter d'y être exposés.

43 This makes relevant the manner, place and audience of the acts alleged to be indecent. In this respect, indecency differs from obscenity, where an element of public exposure is presumed: *Butler*, at p. 485. As stated in *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, at p. 960, "the place in which the acts take place and the composition of the audience" may affect whether acts are indecent.

Pour cette raison, la nature, le lieu et l'auditoire des actes visés par les allégations d'indécence sont pertinents. À cet égard, l'indécence diffère de l'obscénité, l'exposition du public étant un élément qui se présume dans le cas de l'obscénité : *Butler*, p. 485. Comme il est précisé dans *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, p. 960, la question de savoir si un acte est indécent peut varier en fonction « du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire ».

44 While these factors inform the factual and contextual determination of indecency, they are merely subsidiary and instrumental to the ultimate finding of harm. Whether certain acts are indecent cannot simply depend on whether they are performed in

Bien que ces facteurs guident l'examen factuel et contextuel de l'indécence, ils ne sont que des éléments auxiliaires et accessoires de la détermination ultime du préjudice. La question de savoir si certains actes sont indécents ne saurait

a "public place", as defined in the *Criminal Code*. *Tremblay* cautioned against an overly simplistic reliance on this factor, as "common sense indicates that there are great differences between locations which can come within the definition of public places" (p. 970). More importantly, exclusive reliance on the public nature of the place is at odds with the harm-based rationale for criminal indecency. Indecency targets harm or significant risk of harm to members of the public, which has to be established on the evidence and cannot be presumed or automatically inferred from the nature of the location where the acts take place.

dépendre simplement du fait qu'ils sont commis dans un « endroit public » au sens du *Code criminel*. L'arrêt *Tremblay* met en garde contre un recours trop simpliste à ce facteur, en ce qu'« il va sans dire que la définition vise des lieux très différents les uns des autres » (p. 970). Fait plus important, s'appuyer exclusivement sur la nature publique du lieu va à l'encontre du principe voulant que ce soit le préjudice qui soit le fondement de l'indécence criminelle. L'indécence vise le préjudice ou le risque appréciable de préjudice causé aux membres du public, qui doit être établi par la preuve et ne saurait être présumé, ni automatiquement inféré de la nature du lieu où se produisent les actes.

4.1.3.2 *The Harm of Predisposing Others to Anti-social Acts or Attitudes*

4.1.3.2 *Le préjudice résultant de la prédisposition d'autrui à adopter un comportement antisocial*

The second source of harm is based on the danger that the conduct or material may predispose others to commit anti-social acts. As far back as *Hicklin*, Cockburn C.J. spoke of using the criminal law to prevent material from depraving and corrupting susceptible people, into whose hands it may fall. The threshold for criminal indecency is higher under *Butler* than that envisioned by Cockburn C.J. almost a century and a half ago, but the logic is the same: in some cases, the criminal law may limit conduct and expression in order to prevent people who may see it from becoming predisposed to acting in an anti-social manner: *Butler*, at p. 484. Indeed, a particular harm envisaged in *Butler* was the "predispos[ition of] persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse" (p. 485).

45 La deuxième source de préjudice tient au risque que la conduite ou le matériel puisse prédisposer autrui à commettre des actes antisociaux. Déjà dans *Hicklin*, le juge en chef Cockburn parlait de recourir au droit criminel pour empêcher que du matériel ne déprave et ne corrompe les personnes vulnérables entre les mains desquelles il pourrait se retrouver. Le seuil à franchir pour que soit établie l'indécence criminelle conformément à l'arrêt *Butler* est plus élevé que celui envisagé par le juge en chef Cockburn il y a près d'un siècle et demi, mais le raisonnement est le même : dans certains cas, le droit criminel peut restreindre la conduite et l'expression afin d'empêcher que les personnes susceptibles de les voir ne deviennent prédisposées à agir d'une manière antisociale : *Butler*, p. 484. D'ailleurs, un préjudice spécifique envisagé dans *Butler* était la « prédispos[ition d']une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable » (p. 485).

This source of harm is not confined to explicit invitations or exhortations to commit anti-social acts. As discussed in *Butler*, the inquiry embraces attitudinal harm. Conduct or material that perpetuates negative and demeaning images of humanity is likely to undermine respect for members of the

46 Cette source de préjudice ne se limite pas aux invitations explicites ou aux exhortations à commettre des actes antisociaux. Comme il est mentionné dans *Butler*, l'examen s'étend au préjudice qui touche l'attitude. La conduite ou le matériel qui perpétue des images négatives et dégradantes de

targeted groups and hence to predispose others to act in an anti-social manner towards them. Such conduct may violate formally recognized societal norms, like the equality and dignity of all human beings, which is protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and similar fundamental laws such as the provincial human rights codes.

47 Because this source of harm involves members of the public being exposed to the conduct or material, here too it is relevant to inquire whether the conduct is private or public. This type of harm can arise only if members of the public may be exposed to the conduct or material in question.

4.1.3.3 *Harm to Participating Individuals*

48 A third source of harm is the risk of physical or psychological harm to individuals involved in the conduct at issue. Sexual activity is a positive source of human expression, fulfilment and pleasure. But some kinds of sexual activity may harm those involved. Women may be forced into prostitution or other aspects of the sex trade. They may be the objects of physical and psychological assault. Sometimes they may be seriously hurt or even killed. Similar harms may be perpetrated on children and men. Sexual conduct that risks this sort of harm may violate society's declared norms in a way that is incompatible with the proper functioning of society, and hence meet the *Butler* test for indecent conduct under the *Criminal Code*.

49 The consent of the participant will generally be significant in considering whether this type of harm is established. However, consent may be more apparent than real. Courts must always be on the lookout for the reality of victimization. Where other aspects of debased treatment are clear, harm to participating individuals may be established despite apparent consent.

l'humanité risque d'ébranler le respect envers les membres des groupes visés et, par conséquent, de prédisposer autrui à agir de manière antisociale envers eux. Une telle conduite peut contrevenir aux normes sociales officiellement reconnues, comme l'égalité et la dignité de tous les êtres humains, protégées par la *Charte canadienne des droits et libertés* et les lois fondamentales semblables, tels les codes provinciaux des droits de la personne.

Comme cette source de préjudice suppose l'exposition de membres du public à la conduite ou au matériel, il convient une fois encore de se demander si la conduite est privée ou publique. Ce type de préjudice ne peut survenir que si les membres du public sont susceptibles d'être exposés à la conduite ou au matériel en cause.

4.1.3.3 *Le préjudice causé aux participants*

La troisième source de préjudice est le risque de préjudice physique ou psychologique causé aux personnes qui participent à la conduite litigieuse. L'activité sexuelle est une source positive d'expression, d'accomplissement et de plaisir pour l'être humain. Mais certains types d'activité sexuelle peuvent causer du tort à ceux qui y participent. Les femmes peuvent être contraintes à la prostitution ou à d'autres aspects du commerce du sexe. Elles peuvent être victimes d'agression physique et psychologique. Il arrive parfois qu'elles soient blessées gravement ou même tuées. Des enfants et des hommes peuvent aussi subir des préjudices semblables. La conduite sexuelle qui risque de provoquer cette sorte de préjudice peut contrevenir à des normes sociales reconnues d'une manière qui est incompatible avec le bon fonctionnement de la société et satisfaire ainsi au test énoncé dans l'arrêt *Butler* afin d'établir l'indécence pour l'application du *Code criminel*.

Le consentement du participant sera généralement important pour déterminer si ce type de préjudice est établi. Toutefois, le consentement peut se révéler plus apparent que réel. Les tribunaux doivent toujours être vigilants et se demander si, en réalité, il n'y a pas victimisation. Lorsque d'autres aspects d'un traitement avilissant sont manifestes, le préjudice causé aux participants peut être établi en dépit de leur consentement apparent.

Unlike the previous types of harm by confrontation and by inculcation, the third type of harm is only minimally dependent on whether the conduct is private or public, since its focus is not on harm to society or members of society, but on individuals involved in the acts. Harm of this type is not dependent on public viewing, and may occur in a private room of an establishment, so long as the minimal element of publicity is satisfied to bring it within the scope of the indecency provisions, by showing it to be a place kept for the purpose of practising such acts, for instance. In the final analysis, the critical issue is not how members of the public might be affected, but how the participant is affected.

Contrairement aux types de préjudices précédents qui tiennent à l'exposition du public et aux attitudes inculquées, le troisième type de préjudice n'a qu'un lien très ténu avec le fait que la conduite soit privée ou publique, puisque le préjudice qui importe alors n'est pas celui causé à la société ou à ses membres, mais aux personnes mêmes qui participent aux actes. Un préjudice de ce type ne dépend pas de l'existence d'un auditoire et peut survenir dans une pièce privée à l'intérieur d'un établissement, dans la mesure où il répond au critère minimal de publicité pour entrer dans le champ d'application des dispositions visant l'indécence, par exemple s'il est démontré qu'il s'agit d'un endroit tenu pour la pratique de ces actes. En définitive, la question essentielle n'est pas de savoir comment les membres du public pourraient être touchés, mais comment les participants sont effectivement touchés. 50

A form of harm to participants which invokes special considerations is the danger of sexually transmitted disease. Clearly this is an important harm that may flow from sexual conduct. It has been considered as a factor in determining whether conduct is criminally indecent (*Tremblay*), and as a factor exacerbating an already existing harm (*Mara*). However, it is difficult to assign the risk of sexually transmitted disease an *independent* role in the test for indecency. The risk of disease, while it may be connected to other legal consequences, is not logically related to the question of whether conduct is indecent, either conceptually or causally. Indecency connotes sexual mores rather than health concerns, and sex that is not indecent can transmit disease while indecent sex might not.

Une forme de préjudice causé aux participants, soit le risque de maladies transmissibles sexuellement, mérite une attention spéciale. De toute évidence, il s'agit d'un préjudice important qui peut résulter d'une conduite sexuelle. Il a été considéré comme un facteur pour la question de savoir si la conduite est criminellement indécente (*Tremblay*), et comme un facteur aggravant un préjudice déjà existant (*Mara*). Cependant, il est difficile d'attribuer au risque de maladies transmissibles sexuellement un rôle *indépendant* dans le critère de l'indécence. Le risque de maladies, bien qu'il puisse être lié à d'autres conséquences juridiques, n'a pas de lien conceptuel ni causal logique avec la question de savoir si une conduite est indécente. L'indécence se rapporte aux mœurs sexuelles et non à des questions de santé; une maladie peut être transmise par des actes sexuels qui ne sont pas indécents, et ne pas l'être par des actes sexuels indécents. 51

4.1.4 The Degree of the Harm: Harm Incompatible With the Proper Functioning of Canadian Society

At this stage, the task is to examine the degree of the harm to determine whether it is incompatible with the proper functioning of society. The threshold is high. It proclaims that as members of

4.1.4 Le degré du préjudice : le préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société canadienne

À cette étape, il faut examiner le degré du préjudice pour déterminer s'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Le critère applicable est exigeant. Il veut qu'en tant que membres 52

a diverse society, we must be prepared to tolerate conduct of which we disapprove, short of conduct that can be objectively shown beyond a reasonable doubt to interfere with the proper functioning of society.

53 The objective test for criminal indecency that this Court has long insisted must be our goal, requires careful and express analysis of whether the alleged harm is on the evidence in the particular case truly incompatible with the proper functioning of Canadian society. This involves value judgements. What is the "proper" functioning of society? At what point do we say an activity is "incompatible" with it?

54 Value judgements in this domain of the law, like many others, cannot be avoided. But this does not mean that the decision-making process is subjective and arbitrary. First, judges should approach the task of making value judgments with an awareness of the danger of deciding the case on the basis of unarticulated and unacknowledged values or prejudices. Second, they should make value judgments on the basis of evidence and a full appreciation of the relevant factual and legal context, to ensure that it is informed not by the judge's subjective views, but by relevant, objectively tested criteria. Third, they should carefully weigh and articulate the factors that produce the value judgements. By practices such as these, objectivity can be attained.

55 It is important to evaluate the nature of the conduct in light of contemporary Canadian standards. As Freedman J.A. wrote 42 years ago in *Dominion News & Gifts*, at pp. 116-17:

> Times change, and ideas change with them. Compared to the Victorian era this is a liberal age in which we live. One manifestation of it is the relative freedom with which the whole question of sex is discussed. In books, magazines, movies, television, and sometimes even in parlour conversation, various aspects of sex are made the subject of comment, with a candour that in an earlier

d'une société diversifiée, nous soyons prêts à tolérer des comportements que nous désapprouvons, à moins qu'il puisse être établi objectivement, hors de tout doute raisonnable, qu'ils nuisent au bon fonctionnement de la société.

Le test objectif que la Cour préconise depuis longtemps pour établir l'indécence criminelle requiert une analyse attentive et explicite de la question de savoir si la preuve démontre que le préjudice allégué est réellement incompatible avec le bon fonctionnement de la société canadienne. Cela suppose des jugements de valeur. Qu'est-ce que le « bon » fonctionnement de la société? À quel moment pouvons-nous affirmer qu'une activité est « incompatible » avec celui-ci?

Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, les jugements de valeur sont inévitables. Ce qui ne signifie pas que le processus décisionnel soit subjectif ou arbitraire. Premièrement, les juges qui s'apprêtent à porter des jugements de valeur doivent être conscients du risque de fonder leur décision sur des valeurs ou des idées préconçues non exprimées et non reconnues. Deuxièmement, ils doivent appuyer leurs jugements de valeur sur la preuve et sur un examen complet du contexte factuel et juridique pertinent, de sorte que leurs jugements ne soient pas influencés par leurs opinions subjectives, mais qu'ils résultent de l'application de critères pertinents et objectivement éprouvés. Troisièmement, les juges doivent soupeser soigneusement et nommer les facteurs qu'ils prennent en compte pour rendre leurs jugements de valeur. En adoptant de telles pratiques, il est possible d'atteindre l'objectivité.

Il est important d'évaluer la nature de la conduite en fonction des normes canadiennes contemporaines. Comme l'a écrit le juge Freedman, il y a 42 ans dans l'affaire *Dominion News & Gifts*, p. 116-117 :

> [TRADUCTION] Les temps et les idées changent. Nous vivons à une époque qui est libérale si on la compare à l'ère victorienne. Une manifestation de ce phénomène est la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles. Dans les livres, les revues, les films, les émissions de télévision et parfois même dans les conversations de salon, les différents aspects des choses

day would have been regarded as indecent and intolerable. We cannot and should not ignore these present-day attitudes when we face the question whether Dude and Escapade are obscene according to our criminal law.

Only if the impact of the acts in degree of harm poses a real risk of damaging the autonomy and liberty of members of the public, judged by contemporary standards, can indecency be established.

Incompatibility with the proper functioning of society is more than a test of tolerance. The question is not what individuals or the community think about the conduct, but whether permitting it engages a harm that threatens the basic functioning of our society. This ensures in part that the harm be related to a formally recognized value, at step one. But beyond this it must be clear beyond a reasonable doubt that the conduct, not only by its nature but also in degree, rises to the level of threatening the proper functioning of our society.

Whether it does so must be determined by reference to the values engaged by the particular kind of harm at stake. If the harm is based on the threat to autonomy and liberty arising from unwanted confrontation by a particular kind of sexual conduct, for example, the Crown must establish a real risk that the way people live will be significantly and adversely affected by the conduct. The number of people unwillingly exposed to the conduct and the circumstances in which they are exposed to it are critical under this head of harm. If the only people involved in or observing the conduct were willing participants, indecency on the basis of this harm will not be made out.

If the harm is based on predisposing others to anti-social behaviour, a real risk that the conduct will have this effect must be proved. Vague generalizations that the sexual conduct at issue will lead to attitudinal changes and hence anti-social behaviour will not suffice. The causal link between

sexuelles font l'objet de commentaires avec une franchise qui, à une époque antérieure, aurait été considérée comme indécente et intolérable. Nous ne pouvons ni ne devons ignorer ces attitudes actuelles lorsqu'il s'agit de déterminer si les publications Dude et Escapade sont obscènes au sens de notre droit criminel.

Ce n'est que lorsque les conséquences des actes, au regard du degré de préjudice, risquent réellement de porter atteinte à l'autonomie et à la liberté des membres du public, jugées selon des normes contemporaines, que l'indécence peut être établie.

56 L'incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société va plus loin qu'un test fondé sur la tolérance. La question n'est pas de savoir ce que les personnes ou la société pensent de la conduite, mais si l'autoriser entraîne un préjudice qui menace fondamentalement le fonctionnement de notre société. À la première étape, ce critère veut que le préjudice soit lié à une valeur officiellement reconnue. Mais au-delà, il doit être établi hors de tout doute raisonnable que la conduite, en raison non seulement de sa nature, mais aussi de son degré, va jusqu'à menacer le bon fonctionnement de notre société.

57 Pour décider si tel est le cas, il faut se reporter aux valeurs touchées par le type particulier de préjudice en cause. Si le préjudice tient à la menace pour l'autonomie et la liberté qui résulte, par exemple, d'une exposition involontaire à un type particulier de conduite sexuelle, le ministère public doit établir que cette conduite risque réellement d'avoir des effets importants et négatifs sur la façon de vivre des gens. Le nombre de personnes involontairement exposées à la conduite et les circonstances dans lesquelles elles y sont exposées sont des éléments cruciaux relativement à ce type de préjudice. Si toutes les personnes qui ont participé à la conduite ou en ont été témoins l'ont fait volontairement, l'indécence fondée sur ce type de préjudice ne sera pas établie.

58 Si le préjudice tient à la prédisposition d'autrui à des comportements antisociaux, l'existence d'un risque réel que la conduite ait cet effet doit être établie. De vagues généralisations portant que la conduite sexuelle en cause entraînera des changements d'attitude et, par voie de conséquence, des

images of sexuality and anti-social behaviour cannot be assumed. Attitudes in themselves are not crimes, however deviant they may be or disgusting they may appear. What is required is proof of links, first between the sexual conduct at issue and the formation of negative attitudes, and second between those attitudes and real risk of anti-social behaviour.

59 Similarly, if the harm is based on physical or psychological injury to participants, it must again be shown that the harm has occurred or that there is a real risk that this will occur. Witnesses may testify as to actual harm. Expert witnesses may give evidence on the risks of potential harm. In considering psychological harm, care must be taken to avoid substituting disgust for the conduct involved, for proof of harm to the participants. In the case of vulnerable participants, it may be easier to infer psychological harm than in cases where participants operate on an equal and autonomous basis.

60 These are matters that can and should be established by evidence, as a general rule. When the test was the community standard of tolerance, it could be argued that judges or jurors were in a position to gauge what the community would tolerate from their own experience in the community. But a test of harm or significant risk of harm incompatible with the proper functioning of society demands more. The judge and jurors are generally unlikely to be able to gauge the risk and impact of the harm, without assistance from expert witnesses. To be sure, there may be obvious cases where no one could argue that the conduct proved in evidence is compatible with the proper functioning of society, obviating the need for an expert witness. To kill in the course of sexual conduct, to take an obvious example, would on its face be repugnant to our law and the proper functioning of our society. But in most cases, expert evidence will be required to establish that the nature and degree of the harm makes it incompatible with the proper functioning of society. In every case, a conviction must be

comportements antisociaux ne suffiront pas. Le lien de causalité entre la représentation des choses sexuelles et les comportements antisociaux ne saurait être présumé. Les attitudes ne sont pas en soi criminelles, si déviantes soient-elles ou si dégoûtantes puissent-elles paraître. Ce qui est requis, c'est la preuve d'un lien, premièrement, entre la conduite sexuelle en cause et la formation d'attitudes négatives et, deuxièmement, entre ces attitudes et le risque réel de comportements antisociaux.

De même, si le préjudice tient au dommage physique ou psychologique subi par les participants, il faut là encore démontrer que le préjudice a été causé ou qu'il existe un risque réel qu'il sera causé. Des témoins peuvent attester du préjudice réel. Des témoins experts peuvent attester des risques de préjudice appréhendé. Dans l'examen du préjudice psychologique, il faut se garder de substituer le dégoût suscité par la conduite visée à la preuve d'un préjudice causé aux participants. Dans les cas où les participants sont vulnérables, il peut être plus facile d'inférer un préjudice psychologique que dans les cas où ils agissent d'égal à égal, en toute autonomie.

Ce sont là des points qui, règle générale, peuvent et devraient être établis par la preuve. Lorsque le test reposait sur la norme de tolérance de la société, on pouvait soutenir que les juges ou les jurés étaient en mesure d'apprécier ce que la société tolérerait en faisant appel à leur propre expérience au sein de la collectivité. Mais un test fondé sur le préjudice ou sur le risque appréciable de préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société est plus exigeant. En général, il est peu probable que le juge et les jurés soient en mesure d'apprécier le risque de préjudice et ses conséquences sans l'aide des témoins experts. Certes, des cas évidents peuvent survenir où il est impossible de prétendre que la conduite établie par la preuve est compatible avec le bon fonctionnement de la société, ce qui éliminera la nécessité de recourir à un témoin expert. Le fait de tuer quelqu'un au cours de rapports sexuels, pour donner un exemple évident, répugne en soi à notre droit et au bon fonctionnement de notre société. Mais dans la plupart des cas, une preuve d'expert sera requise pour établir que la nature et

based on evidence establishing beyond a reasonable doubt actual harm or a significant risk of actual harm. The focus on evidence helps to render the inquiry more objective. It does not, however, transform the entire inquiry into a pure question of fact. A finding of indecency requires the application of a legal standard to the facts and context surrounding the impugned conduct. It is this legal standard that the harm-based test seeks to articulate.

Where actual harm is not established and the Crown is relying on risk, the test of incompatibility with the proper functioning of society requires the Crown to establish a significant risk. Risk is a relative concept. The more extreme the nature of the harm, the lower the degree of risk that may be required to permit use of the ultimate sanction of criminal law. Sometimes, a small risk can be said to be incompatible with the proper functioning of society. For example, the risk of a terrorist attack, although small, might be so devastating in potential impact that using the criminal law to counter the risk might be appropriate. However, in most cases, the nature of the harm engendered by sexual conduct will require at least a probability that the risk will develop to justify convicting and imprisoning those engaged in or facilitating the conduct.

4.1.5 Summary of the Test

Indecent criminal conduct will be established where the Crown proves beyond a reasonable doubt the following two requirements:

1. That, by its *nature*, the conduct at issue causes harm or presents a significant risk of harm to individuals or society in a way that undermines or threatens to undermine a value reflected in and thus formally endorsed through the Constitution or similar fundamental laws by, for example:

le degré du préjudice le rendent incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Dans chaque cas, la déclaration de culpabilité doit être fondée sur une preuve établissant hors de tout doute raisonnable l'existence d'un préjudice réel ou d'un risque appréciable de préjudice réel. L'accent mis sur la preuve contribue à accroître l'objectivité de la démarche. Il ne la transforme toutefois pas pour autant en une pure question de fait. Pour conclure à l'indécence, il faut appliquer une norme juridique aux faits et au contexte qui entoure les actes reprochés. C'est cette norme juridique que le test fondé sur le préjudice vise à formuler.

61 Lorsque l'existence d'un préjudice réel n'est pas établie et que le ministère public invoque l'existence d'un risque, le critère de l'incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société lui impose d'établir l'existence d'un risque appréciable. Le risque est un concept relatif. Plus la nature du préjudice est extrême, moins le degré de risque requis pour entraîner la sanction ultime du droit criminel sera élevé. Parfois, un risque assez mince peut être considéré comme incompatible avec le bon fonctionnement de la société. Par exemple, le risque d'une attaque terroriste, même s'il est mince, pourrait être si dévastateur au regard de ses conséquences appréhendées, qu'il pourrait être approprié de recourir au droit criminel pour le combattre. Cependant, dans la plupart des cas, la nature du préjudice engendré par la conduite sexuelle sera telle qu'il faudra, à tout le moins, qu'il soit probable que le risque se réalisera pour justifier la condamnation et l'emprisonnement des personnes qui y participent ou qui la facilitent.

4.1.5 Résumé du critère

62 La conduite indécente criminelle sera établie si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable les deux éléments suivants :

1. De par sa *nature*, la conduite en litige cause ou présente un risque appréciable que soit causé, à des personnes ou à la société, un préjudice qui porte atteinte ou menace de porter atteinte à une valeur exprimée et donc reconnue officiellement dans la Constitution ou une autre loi fondamentale semblable, notamment :

(a) confronting members of the public with conduct that significantly interferes with their autonomy and liberty; or

(b) predisposing others to anti-social behaviour; or

(c) physically or psychologically harming persons involved in the conduct, and

2. That the harm or risk of harm is of a *degree* that is incompatible with the proper functioning of society.

As the above makes clear, the categories of harm capable of satisfying the first branch of the inquiry are not closed, nor is any one of the listed categories in itself an integral part of the definition of harm. For example, predisposition to anti-social behaviour, while central to this Court's analysis in *Butler*, is but one illustration of the type of harm that undermines or threatens to undermine one of society's formally recognized values.

63 This test, applied objectively and on the basis of evidence in successive cases as they arise, is directed to articulating legal standards that enhance the ability of persons engaged in or facilitating sexual activities to ascertain the boundary between non-criminal conduct and criminal conduct. In this way, the basic requirements of the criminal law of fair notice to potential offenders and clear enforcement standards to police will, it is hoped, be satisfied.

4.2 *Application of the Test*

64 The first question is whether the conduct at issue harmed, or presented a significant risk of harm to individuals or society.

65 The sexual acts at issue were conducted on the third floor of a private club, behind doors marked "*Privé*" and accessed only by persons in possession of the proper numerical code. The evidence

a) en exposant les membres du public à une conduite qui entrave de façon appréciable leur autonomie et leur liberté;

b) en prédisposant autrui à adopter un comportement antisocial;

c) en causant un préjudice physique ou psychologique aux personnes qui participent aux activités.

2. Le préjudice ou le risque de préjudice atteint un *degré* tel qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

Ce test indique clairement que les catégories de préjudices pouvant satisfaire au premier volet de l'examen ne sont pas exhaustives et qu'aucune des catégories énumérées n'est en soi une constituante de la définition du préjudice. Ainsi, la prédisposition à un comportement antisocial, qui était un élément central de l'analyse de la Cour dans *Butler*, ne constitue qu'une illustration du type de préjudice qui porte atteinte ou menace de porter atteinte à une valeur officiellement reconnue par la société.

Ce test appliqué objectivement et en fonction de la preuve au fur et à mesure des affaires qui surviendront, vise à énoncer des normes juridiques qui permettent aux personnes participant à ces activités sexuelles ou les facilitant de tracer plus facilement la ligne de démarcation entre une conduite criminelle et une conduite qui ne l'est pas. Ainsi, les règles fondamentales du droit criminel qui exigent que les contrevenants potentiels soient raisonnablement avertis des conséquences de leur conduite et que les policiers disposent de normes claires pour appliquer la loi seront, souhaitons-le, respectées.

4.2 *Application du test*

Il s'agit en premier lieu de déterminer si la conduite en cause a causé un préjudice ou présentait un risque appréciable que soit causé un préjudice à des personnes ou à la société.

Les actes sexuels en litige ont été accomplis au troisième étage d'un club privé, derrière des portes portant la mention « Privé », où seules pouvaient entrer les personnes connaissant le bon code

establishes that a number of steps were taken to ensure that members of the public who might find the conduct inappropriate did not see the activities. Pre-membership interviews were conducted to advise of the nature of the activities and screen out persons not sharing the same interests. Only members and guests were admitted to the premises. A doorman controlled access to the principal door.

numérique. La preuve établit que certaines précautions ont été prises pour s'assurer que les membres du public qui pourraient trouver cette conduite inappropriée n'en soient pas témoins. Des entrevues préalables étaient réalisées afin d'informer les membres potentiels de la nature des activités et d'écarter les personnes qui ne partageaient pas les mêmes intérêts. Seuls les membres et leurs invités étaient admis dans les lieux. Un portier contrôlait les entrées à la porte principale.

On these facts, none of the kinds of harm discussed above was established. The autonomy and liberty of members of the public was not affected by unwanted confrontation with the sexual conduct in question. On the evidence, only those already disposed to this sort of sexual activity were allowed to participate and watch.

66 Compte tenu de ces faits, aucun des types de préjudices dont il a été précédemment question n'a été établi. L'autonomie et la liberté des membres du public n'ont pas été touchées par une exposition involontaire à la conduite sexuelle en cause. Selon la preuve, seules les personnes déjà favorables à ce genre d'activité sexuelle étaient admises à y participer et à en être témoins.

Nor was there evidence of the second type of harm, the harm of predisposing people to anti-social acts or attitudes. Unlike the material at issue in *Butler*, which perpetuated abusive and humiliating stereotypes of women as objects of sexual gratification, there is no evidence of anti-social attitudes toward women, or for that matter men. No one was pressured to have sex, paid for sex, or treated as a mere sexual object for the gratification of others. The fact that L'Orage is a commercial establishment does not in itself render the sexual activities taking place there commercial in nature. Members do not pay a fee and check consent at the door; the membership fee buys access to a club where members can meet and engage in consensual activities with other individuals who have similar sexual interests. The case proceeded on the uncontested premise that all participation was on a voluntary and equal basis.

67 La preuve n'établit pas l'existence du deuxième type de préjudice, celui qui consiste à prédisposer les gens à des attitudes ou à des actes antisociaux. Contrairement au matériel litigieux dans *Butler*, qui perpétuait des stéréotypes méprisants et humiliants en présentant les femmes comme des objets de gratification sexuelle, la preuve n'établit l'existence d'aucun comportement antisocial envers les femmes, ni d'ailleurs envers les hommes. Personne n'a été contraint de se livrer à des activités sexuelles, n'a été payé pour s'y livrer, ni n'a été traité comme un simple objet sexuel servant à la gratification des autres. Le fait que le club L'Orage soit un établissement commercial ne confère pas en soi un caractère commercial aux activités sexuelles qui s'y déroulaient. En payant les frais d'adhésion, les membres n'aliènent pas leur faculté de consentement. Ces frais leur donnent accès à un club où ils peuvent rencontrer les autres membres et s'adonner à des activités sur une base consensuelle avec des personnes qui partagent les mêmes intérêts en matière sexuelle. L'affaire a été débattue à partir de la prémisse non contestée que les membres participaient aux activités sur une base volontaire et d'égal à égal.

Finally, there is no evidence of the third type of harm — physical or psychological harm to persons

68 Enfin, il n'existe aucune preuve de l'existence du troisième type de préjudice — un préjudice

participating. The only possible danger to participants on the evidence was the risk of catching a sexually transmitted disease. However, this must be discounted as a factor because, as discussed above, it is conceptually and causally unrelated to indecency.

69 As stated above, the categories of harm are not closed; in a future case other different harms may be alleged as a basis for criminal indecency. However, no other harms are raised by the evidence in this case. All that is raised, in the final analysis, is the assessment that the conduct amounted to "an orgy" and that Canadian society does not tolerate orgies (Rochon J.A., at para. 133). This reasoning erroneously harks back to the community standard of tolerance test, which has been replaced, as discussed, by the harm-based test developed in *Butler*.

70 I conclude that the evidence provides no basis for concluding that the sexual conduct at issue harmed individuals or society. *Butler* is clear that criminal indecency or obscenity must rest on actual harm or a significant risk of harm to individuals or society. The Crown failed to establish this essential element of the offence. The Crown's case must therefore fail. The majority of the Court of Appeal erred, with respect, in applying an essentially subjective community standard of tolerance test and failing to apply the harm-based test of *Butler*.

71 It is unnecessary to proceed to the second branch of the test. However, if one did, there appears to be no evidence that the degree of alleged harm rose to the level of incompatibility with the proper functioning of society. Consensual conduct behind code-locked doors can hardly be supposed to jeopardize a society as vigorous and tolerant as Canadian society.

physique ou psychologique causé aux participants. Selon la preuve, le seul risque auquel s'exposaient les participants était celui de contracter une maladie transmissible sexuellement. Il faut toutefois faire abstraction de ce facteur parce que, comme nous l'avons vu précédemment, il n'a aucun lien conceptuel ni causal avec l'indécence.

Rappelons que les catégories de préjudice ne sont pas exhaustives et que d'autres catégories de préjudice pourraient être invoquées, à l'avenir, pour étayer une allégation d'indécence criminelle. Cependant, la preuve ne fait état d'aucun autre préjudice en l'espèce. Le seul argument avancé, en dernière analyse, est que la conduite en cause relevait de « l'orgie » et que la société canadienne ne tolère pas les orgies (le juge Rochon, par. 133). Ce raisonnement fait ressurgir à tort le test fondé sur la norme de la tolérance de la société, qui a été remplacé, comme nous l'avons vu, par le test fondé sur le préjudice élaboré dans *Butler*.

Je conclus que la preuve ne permet pas de conclure que la conduite sexuelle en litige a causé un préjudice à des personnes ou à la société. L'arrêt *Butler* établit clairement que l'indécence ou l'obscénité au sens du droit criminel doit reposer sur un préjudice réel ou sur un risque appréciable de préjudice causé à des personnes ou à la société. Le ministère public n'a pas réussi à établir cet élément essentiel de l'infraction. Sa cause doit donc être rejetée. Les juges majoritaires de la cour d'appel ont commis une erreur en appliquant un test essentiellement subjectif fondé sur la norme de tolérance de la société plutôt que d'appliquer le test fondé sur le préjudice établi dans *Butler*.

Il n'est pas nécessaire de passer au second volet du test. Si, cependant, on procédait à cet examen, aucune preuve ne semble établir que le préjudice allégué atteindrait le degré requis pour qu'il y ait incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société. On ne peut guère prétendre qu'une conduite consensuelle se déroulant derrière des portes closes, protégées par une serrure numérique, puisse mettre en péril une société aussi vigoureuse et tolérante que la société canadienne.

I would allow the appeal and set aside the conviction.

English version of the reasons of Bastarache and LeBel JJ. delivered by

BASTARACHE AND LEBEL JJ. (dissenting) —

1. Introduction

The fundamental issue in this case is what constitutes indecency and in what circumstances the conditions required to establish indecency will lead to the conclusion that a common bawdy-house is being kept within the meaning of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*"). In our dissenting reasons, we will therefore examine the criteria to be applied in defining indecency, specifically in the context of an offence under s. 210(1) *Cr. C.*, which prohibits the keeping of a common bawdy-house. The next step will be to determine whether the sexual acts at issue in this case are indecent and whether the appellant is consequently guilty of keeping a common bawdy-house in the circumstances of the case.

Our colleagues have opted to modify the concept of indecency found in the case law to make it more objective by basing it solely on harm and disregarding the other criteria that have been recognized by the courts. According to the majority, the fundamental test for determining what the contemporary Canadian community will tolerate can be reduced to whether or not the conduct causes social harm that is serious enough to be incompatible with the proper functioning of society by, for example, predisposing individuals to act in an antisocial manner. Only by demonstrating such harm can it be established that the acts in question are not tolerated by the community. The acts must constitute wrongs that are formally recognized as such by the community and must be sufficiently serious in degree. This ensures that the test is objective. In the case at bar, our colleagues are of the view that no serious social harm was demonstrated, given the absence of degradation, commercial transactions or sexual exploitation. They instead stress the

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité. 72

Les motifs des juges Bastarache et LeBel ont été rendus par

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL (dissidents) —

1. Introduction

La question fondamentale dans la présente cause est de déterminer en quoi consiste l'indécence et dans quelles circonstances les conditions requises pour l'établir permettront de conclure à la tenue d'une maison de débauche au sens du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »). Dans nos motifs dissidents, nous allons donc examiner les critères permettant de définir l'indécence, notamment dans le cadre d'une infraction visée au par. 210(1) *C. cr.* qui interdit la tenue de maisons de débauche. Il s'agira ensuite de décider si les actes sexuels reprochés en l'espèce sont indécents et si l'appelant est en conséquence coupable d'avoir tenu une maison de débauche dans les circonstances de la présente affaire. 73

Nos collègues ont choisi de modifier la notion d'indécence que l'on retrouve dans la jurisprudence antérieure en la rendant plus objective, par l'emploi du seul critère du préjudice et l'exclusion des autres critères déjà reconnus par la jurisprudence. Selon la majorité, le critère fondamental de détermination de la tolérance de la société canadienne contemporaine se résume à la présence ou à l'absence d'un préjudice social si grave qu'il doive être considéré incompatible avec le bon fonctionnement de la société, par exemple en prédisposant les individus à agir d'une manière antisociale. Seule la démonstration de ce préjudice permettrait d'établir que les actes reprochés ne sont pas tolérés par la société. Ils doivent constituer un tort reconnu formellement par la société et être d'un degré suffisamment grave, ce qui assurerait le caractère objectif du test. En l'espèce, nos collègues sont d'avis qu'aucun préjudice social grave n'a été établi étant donné l'absence d'avilissement, d'échange commercial ou d'exploitation sexuelle. Ils soulignent plutôt le 74

consensual nature of the acts and state that there was no evidence that the participants were used as objects of gratification. As there were, according to this harm-based test, no acts that could be defined as indecent, the appellant's establishment was not, in their view, a common bawdy-house.

75 The majority is in this way departing from the case law of this Court and proposing a new approach to indecency that is, in our view, neither desirable nor workable. It constitutes an unwarranted break with the most important principles of our past decisions regarding indecency. Our colleagues' approach replaces the community standard of tolerance with a test that treats harm as the basis of indecency rather than as a criterion for determining the community's level of tolerance. Whether or not serious social harm is sustained has never been the determinative test for indecency, and it cannot take the place of a contextual analysis of the Canadian community standard of tolerance without completely transforming the concept of indecency and rendering it meaningless.

76 In contrast to our colleagues, we propose to continue applying the original test for indecency, which focusses on a contextual analysis of the impugned acts and incorporates the concept of harm as a significant, but not determinative, factor to consider in establishing the applicable level of tolerance. Whether or not harm is sustained is merely one of several indicators or contextual factors that make it possible to gauge the degree of tolerance of the Canadian community. In our view, all the contextual factors must be considered in every case. The application of this test to the facts of the case at bar leads to the conclusion that the impugned acts were indecent and that the appellant's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

2. Facts

77 In our opinion, the description of the facts set out in the majority opinion is incomplete. We believe it is important to clarify the following facts.

caractère consensuel des actes et affirment qu'il n'existe aucune preuve que les participants en l'instance sont utilisés comme objets de gratification. En l'absence d'actes indécents, définis selon ce critère de préjudice, l'établissement de l'appelant n'est pas, à leur avis, une maison de débauche.

La majorité s'écarte ainsi de la jurisprudence de notre Cour et propose une nouvelle approche de l'indécence qui n'est, à nos yeux, ni souhaitable ni fonctionnelle. Elle constitue une rupture injustifiée avec les principes les plus importants de notre jurisprudence en matière d'indécence. L'approche de nos collègues a pour effet de remplacer la norme de tolérance de la société par le critère du préjudice, retenant ce dernier comme fondement de l'indécence plutôt que comme critère de détermination du niveau de tolérance de la société. Or, la présence ou l'absence d'un préjudice social grave n'a jamais été le critère décisif en ce qui concerne l'indécence et ne peut remplacer l'analyse contextuelle de la norme de tolérance de la société canadienne sans que cette notion soit transformée complètement et vidée de tout sens.

Contrairement à nos collègues, nous proposons de nous en tenir au test original de détermination de l'indécence qui met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et qui intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de la détermination du niveau de tolérance applicable. La présence ou l'absence d'un préjudice n'est qu'un indice ou un facteur contextuel parmi plusieurs autres permettant de jauger le degré de tolérance de la société canadienne. Il faut, selon nous, dans tous les cas, s'assurer que l'ensemble des éléments contextuels soit considéré. En appliquant ce test aux faits de la présente affaire, nous concluons que les actes reprochés en l'espèce sont indécents et que l'établissement de l'appelant est une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

2. Faits

La description des faits que nous retrouvons dans l'opinion majoritaire nous paraît incomplète. Nous pensons qu'il est important de clarifier les faits suivants.

First, it must be acknowledged that the L'Orage club is located in a commercial building. Other facts also serve to establish the commercial nature of the place. As the trial judge noted: (i) advertisements encouraging the public to become members appeared regularly in the *Journal de Montréal*, *Voir* magazine, the newsletter of a Toronto swingers' club, and an erotic publication; (ii) interviews were granted to magazines and television hosts to attract new members; and (iii) an information booth was rented at the *Salon de l'amour et de la séduction* trade fair in Montréal in February 1998, where between 2,000 and 3,000 brochures were distributed to the general public. The commercial nature of the place and the activities that took place there is beyond doubt. This factor is of major significance in the contextual analysis respecting the standard of tolerance.

Second, we would note that, as the trial judge concluded, the appellant's apartment on the third floor of the building in which he operated his business was not genuinely intended to be lived in. It was essentially a large loft-style room with few intimate or private spaces. It should also be noted that the layout of the premises created at best an illusion of privacy or intimacy. On this point, the trial judge pointed out that there was no kitchen equipped with basic plumbing, cupboards or electrical outlets. There was no space that could serve as a bedroom, apart from eight mattresses strewn about on the floor. According to a city of Montréal building inspector, the premises could not be characterized as a residential apartment based on the standards of the National Building Code. Moreover, there was a constant movement of people from one level of the establishment to another. The only step taken to limit access to any part of the establishment was the installation of two doors leading to the third level. One of the doors was marked "*Privé*" (Private). The other was equipped with a numeric lock whose access code was known to all club members. All these facts confirm that the place where the impugned acts took place was indeed public.

78 Premièrement, il faut reconnaître que le bar L'Orage est situé dans un édifice commercial. D'autres faits servent aussi à établir le caractère commercial de l'endroit. Tel que le soulignait la juge de première instance : (i) de la publicité destinée à encourager le public à devenir membre a paru régulièrement dans le *Journal de Montréal*, dans le magazine *Voir*, dans la revue d'un club échangiste à Toronto et dans une revue érotique; (ii) des entrevues ont été accordées à des revues et à des animateurs de télévision pour solliciter l'adhésion de nouveaux membres, et (iii) un kiosque d'information a été loué à Montréal en février 1998 au *Salon de l'amour et de la séduction* lors duquel 2 000 à 3 000 dépliants publicitaires ont été distribués au grand public. Le caractère commercial du lieu et des activités qu'on y retrouve ne fait aucun doute. Or ce facteur présente une grande importance dans l'analyse contextuelle relative à la norme de tolérance.

79 Deuxièmement, nous voulons souligner que l'appartement de l'appelant au troisième étage de l'immeuble où il exploite son commerce n'est pas véritablement destiné à être habité, comme l'a conclu la juge de première instance. Il s'agit essentiellement d'une grande pièce de type « loft » où il existe peu d'espace intime ou privé. On note aussi que l'organisation des lieux crée au mieux une illusion de vie privée ou d'intimité. La juge de première instance souligne à cet égard qu'il n'y existe aucune cuisine avec plomberie, armoires ou installations électriques de base. De plus, on ne retrouve aucun endroit qui puisse servir de chambre à coucher, sauf pour les huit matelas dispersés au sol. L'espace ne peut d'ailleurs pas être qualifié d'appartement résidentiel suivant les normes du Code national du bâtiment, selon l'inspecteur de la Ville de Montréal. Par surcroît, des personnes allaient et venaient continuellement entre les différents niveaux de l'établissement. La seule mesure prise pour limiter l'accès à une partie de l'établissement fut l'installation de deux portes donnant accès au troisième niveau. L'une d'entre elles affiche l'inscription « Privé ». L'autre est dotée d'une serrure numérique dont tous les membres du club connaissaient le code d'accès. Tous ces éléments confirment que les lieux où se déroulaient les actes reprochés sont bel et bien des lieux publics.

80 Finally, it should be noted that any adult person interested in group sexual activities could become a member of the swingers' club unless, according to the evidence, he or she seemed to be "disrespectful" or did not share the philosophy of the club and its members. Few applicants were refused membership. At the time of the search, over 800 people had access to L'Orage, including its third level, where the sexual acts in issue took place. Interviews with prospective members consisted primarily in answering the questions of those wishing to enter the club. It was a mere formality that could not reasonably be intended to limit the public's access to the club. Moreover, every member had the right to bring guests, who did not have to be interviewed.

3. Analysis

3.1 *General Description of the Test*

81 In our opinion, there is a single question that must be asked to find that acts are indecent and to determine whether a place constitutes a common bawdy-house: "Do the impugned acts offend the standard of tolerance of the contemporary Canadian community, having regard to the place and context in which they occurred?"

82 Dickson C.J. stated the guiding principles for establishing the standard of tolerance in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, at p. 508:

> . . . (i) in determining what is undue exploitation within s. 159(8), one of the tests to be applied is whether the accepted standards of tolerance in the contemporary Canadian community have been exceeded; (ii) the standards must be contemporary as times change and ideas change with them, one manifestation being the relative freedom with which the whole question of sex is discussed; (iii) it is the standards of the community as a whole which must be considered and not the standards of a small segment of that community such as the university community where a film was shown; (iv) the decision whether the publication is tolerable according to Canadian community standards rests with the court; (v) the task is to determine in an objective way what is tolerable in accordance with the contemporary standards of the Canadian community, and not merely to project one's own personal ideas of what is tolerable.

Finalement, il faut souligner que toute personne majeure intéressée à des activités sexuelles de groupe peut devenir membre du club échangiste, sauf, suivant la preuve, si elle semble « irrespectueuse » ou ne partage pas la philosophie du club et de ses membres. On a refusé peu de candidatures. Au moment de la perquisition, plus de 800 personnes avaient accès au club L'Orage, notamment au troisième niveau où se déroulent les actes sexuels en cause. L'entrevue avec les membres potentiels consiste principalement à répondre aux questions de ceux et celles qui désirent accéder au club. Il ne s'agit que d'une formalité qui ne peut raisonnablement viser à limiter l'accès du public au club. D'ailleurs, tout membre a le droit d'amener des invités qui n'ont pas à subir une entrevue.

3. Analyse

3.1 *Description générale du test*

À notre avis, une seule question doit être posée pour conclure à l'indécence et déterminer si un lieu constitue une maison de débauche : « Les actes reprochés dépassent-ils la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, compte tenu des lieux et du contexte dans lequel ils surviennent? »

Le juge en chef Dickson a énoncé les principes guidant la détermination de la norme de tolérance dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, p. 508 :

> . . . (i) pour déterminer ce qui constitue de l'exploitation indue au sens du par. 159(8), l'un des critères applicables consiste à savoir si on a outrepassé les normes de tolérance admises dans la société canadienne contemporaine; (ii) il doit s'agir des normes contemporaines vu que les temps et les idées changent comme en fait foi la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles; (iii) il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film; (iv) il appartient à la cour de décider si une publication est tolérable suivant les normes de la société canadienne; (v) il incombe de décider d'une manière objective ce qui est tolérable suivant les normes contemporaines de la société canadienne, et non simplement d'appliquer sa propre conception de ce qui est tolérable.

The cases all emphasize that it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. [Emphasis in original.]

Tous les arrêts soulignent que la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient. [En italique dans l'original.]

It is now well established in the case law that the standard of tolerance is established by means of a contextual analysis that requires an assessment of the specific circumstances of each case: *Towne Cinema*, at p. 508; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630, at para. 32. In *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, Cory J., writing for the majority, summed up the approach to be adopted as follows, at p. 960:

83 La jurisprudence a maintenant bien établi que la détermination de la norme de tolérance repose sur une analyse contextuelle qui commande une appréciation des circonstances spécifiques de chaque affaire : *Towne Cinema*, p. 508; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, par. 32. Dans l'arrêt *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, le juge Cory, pour la majorité, résumait ainsi l'approche à adopter, à la p. 960 :

In any consideration of the indecency of an act, the circumstances which surround the performance of the act must be taken into account. Acts do not take place in a vacuum. The community standard of tolerance is that of the whole community. However just what the community will tolerate will vary with the place in which the acts take place and the composition of the audience.

Pour déterminer si un acte est indécent, il faut tenir compte du contexte dans lequel il intervient, car un acte n'est jamais accompli dans le vide absolu. La norme de tolérance de la société est celle de l'ensemble de la société. Toutefois, ce que la société peut tolérer variera en fonction du lieu où l'acte se produit et de la composition de l'auditoire.

The purpose of assessing indecency in relation to tolerance and not on the basis of personal taste is to prevent it from becoming a tool for establishing or bolstering the morality of a particular group or minority of people in relation to sexual mores. Also, the analysis must not be based solely on the personal and subjective opinions of judges: see *Towne Cinema*, at pp. 508 and 516; *Tremblay*, at p. 958.

84 Le fait que l'indécence se mesure par rapport à la tolérance et non en fonction du goût personnel vise à empêcher que l'indécence ne devienne un outil permettant d'établir ou de renforcer la moralité d'un groupe particulier ou d'une minorité de gens en matière de mœurs sexuelles. Il faut éviter aussi que l'analyse soit basée uniquement sur les opinions personnelles et subjectives des juges : voir *Towne Cinema*, p. 508 et 516; *Tremblay*, p. 958.

Nonetheless, where indecency is concerned, place and context are relevant to the establishment of the applicable limits when assessing certain sexual acts and their conformity to the standards of tolerance of the Canadian community. By reason of the nature of the standard of tolerance, applying it necessarily entails a choice of values that relate to social or public morality and are recognized by the entire Canadian community as minimum, but mandatory, standards. The standard of tolerance does not impose a morality based on particular religious beliefs or particular ideologies. It implements a social morality that is the product of values characteristic of the entire community. These values

85 Les limites applicables en matière d'indécence tiennent tout de même compte du lieu et du contexte dans l'évaluation de la pratique de certains actes sexuels et de leur conformité aux normes de tolérance de la société canadienne. L'application de la norme de tolérance comporte nécessairement, en raison de sa nature, un choix de valeurs qui se rapportent à la moralité sociale ou publique et qui sont reconnues par l'ensemble de la société canadienne comme des normes minimales, mais obligatoires. La norme de tolérance n'impose pas une morale qui découle de croyances religieuses ou d'idéologies particulières. Elle met en œuvre une morale sociale qui ressort des valeurs qui caractérisent la société dans son

generally reflect a social consensus that manifests itself through, for example, a concern for [TRANSLATION] "the dignity of individuals and their autonomy, potential for development and fundamental equality": see L. LeBel, "Un essai de conciliation de valeurs: la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux" (2001), 3(2) *Éthique publique* 51, at p. 57. What must be done is not, therefore, to choose the preferences of a particular social group and impose them on others. Rather, it is necessary to establish the degree of tolerance of the majority of the Canadian community as a whole toward sexual acts, taking their context, including the place where they occur, into account. The test for indecency thus remains sufficiently objective, because it is based on a social consensus among Canadians as to what is acceptable in terms of sexual practices.

86 The community standard of tolerance can be established in two ways. First, use can be made of factual evidence, such as surveys, reports or research regarding Canadians' sexual practices and preferences, and their attitudes toward and levels of tolerance of sexual acts in various contexts. Expert witnesses can help judges decide a case by providing this sort of information. The relevance of the information and the expert opinions is weighed on the basis of the extent of their connection to the impugned acts and the context of the case. However, judges are not bound by expert opinions and may make their own assessments without such assistance: *Towne Cinema*, at p. 517.

87 Second, judges may draw on the fundamental values and principles underlying legislation respecting sexual mores. The courts' determination of the standard is not strictly dependent on the existence of factual evidence: *Mara*, at para. 25. Establishing the standard is a question of law rather than a purely factual analysis. In *Mara*, at para. 25, Sopinka J. explained the nature of the analysis to be carried out:

> This determination [of the standard of tolerance], then, can be made in the absence of evidence and is not

ensemble. Ces valeurs révèlent généralement un consensus social qui se manifeste, par exemple, par un souci pour « la dignité des personnes, [. . .] leur autonomie, [. . .] leur capacité d'épanouissement ainsi que [. . .] leur égalité fondamentale » : voir L. LeBel, « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux » (2001), 3(2) *Éthique publique* 51, p. 57. Il ne s'agit donc pas de choisir les préférences d'un groupe social particulier et de les imposer aux autres. Il faut plutôt identifier le degré de tolérance de la majorité de la société canadienne dans son ensemble à l'égard de pratiques sexuelles compte tenu du contexte, notamment du lieu où elles se produisent. La détermination de l'indécence demeure alors suffisamment objective car elle repose sur un consensus social des Canadiens et Canadiennes concernant ce qui est acceptable en matière de pratiques sexuelles.

L'identification de la norme de tolérance au sein de la société peut s'effectuer de deux façons. D'abord, il est possible de recourir à des éléments factuels comme les sondages, rapports ou projets de recherche au sujet des pratiques et préférences sexuelles des Canadiens et Canadiennes, ainsi que de leurs attitudes et niveaux de tolérance à l'égard d'actes sexuels qui surviennent dans différents contextes. Le témoin expert pourra alors aider le juge à trancher un litige en fournissant ce type d'information. La pertinence des informations et de l'opinion de l'expert s'évaluera en fonction de leur connexité avec les actes reprochés et le contexte en l'espèce. Le juge n'est cependant pas lié par l'opinion de l'expert et peut accomplir sa tâche sans son aide : *Towne Cinema*, p. 517.

Ensuite, il est possible pour le juge de s'inspirer des valeurs et principes fondamentaux qui sous-tendent la législation relative aux mœurs sexuelles. En effet, la détermination de la norme par les tribunaux ne dépend pas strictement de l'existence d'éléments factuels mis en preuve : *Mara*, par. 25. La norme est une question de droit qui s'écarte d'une analyse purement factuelle. Dans *Mara*, par. 25, le juge Sopinka précisait ainsi la nature de l'analyse à effectuer :

> Cette décision [sur la norme de tolérance] peut donc être prise en l'absence d'élément de preuve et n'est pas

susceptible of proof in the traditional way. It must perforce be a question of law, otherwise proof would be required based on evidence and according to the criminal standard.

Judges called upon to determine the standard of tolerance may therefore rely on principles of social morality drawn from legislation. Parliament has given effect to these principles by enacting statutory provisions banning such acts as child pornography or incest. It has also prohibited acts that constitute transgressions of social morality in the context and in the places in which they are performed. Thus, acts that encourage the exploitation of women, the exchange of sexual favours for money, and sexual violence offend against social morality: see, for example, *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 478-79. These factors are indicia upon which judges may rely to reach a finding of indecency, since they are indicators of the level of tolerance of the community as a whole.

It is also important to explain the role played by the concept of harm in the analysis.

3.2 *The Concept of Harm and Its Role in the Analysis*

The recognition of the Canadian community standard of tolerance as the test for indecency originated in the definition of community standards given by this Court in the context of obscenity in *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681. It had become necessary to adopt a new test following the enactment of the former s. 150(8) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, as a result of which the test that had been applied up to that time — the test established by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360 — had become obsolete: see *Towne Cinema*, at p. 503. Under the old test, images and texts tending to deprave or corrupt were declared obscene. The test was criticized for depending on the subjective moral views of the court. It is interesting to note that the majority in the case at bar has now adopted what might lead to anti-social behaviour as a type of social harm that would serve to establish indecency.

tributaire d'une preuve au sens traditionnel du terme. Il doit forcément s'agir d'une question de droit, sinon une démonstration fondée sur des éléments de preuve et conforme à la norme applicable en matière criminelle serait requise.

88 Le juge appelé à déterminer la norme de tolérance peut donc se fonder sur les principes de la morale sociale qui ressortent de la législation. En effet, le législateur met en œuvre une morale sociale par l'adoption de dispositions législatives qui bannissent des actes comme la pornographie infantile ou l'inceste. Il tient aussi à prohiber des actes qui transgressent la morale sociale selon le contexte et les lieux dans lesquels les actes surviennent. La morale sociale rejette à ce titre les actes qui encouragent l'exploitation des femmes, les faveurs sexuelles pour de l'argent et la violence sexuelle : voir par exemple *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 478-479. Ces éléments constitueront des indices sur lesquels un juge pourra s'appuyer pour conclure à l'indécence puisqu'ils sont des indicateurs du niveau de tolérance de l'ensemble de la société.

89 Il est aussi important de préciser le rôle joué par la notion de préjudice dans l'analyse.

3.2 *La notion de préjudice et son rôle dans l'analyse*

90 La reconnaissance de la norme de tolérance de la société canadienne comme critère provient de la définition des normes sociales donnée en matière d'obscénité par notre Cour dans l'arrêt *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681. Le choix d'un nouveau critère était en effet devenu nécessaire en raison de l'adoption de l'ancien par. 150(8) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, qui rendait désuet le test appliqué jusqu'alors et dégagé par le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360 : voir *Towne Cinema*, p. 503. Ce test déclarait obscènes les images ou les textes qui avaient tendance à dépraver ou à corrompre. On lui faisait grief de dépendre des positions morales subjectives du tribunal. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la majorité dans le présent arrêt s'attache maintenant à ce qui conduirait à une conduite antisociale comme un type de préjudice social qui servirait à établir l'indécence.

91 The general Canadian community standard of tolerance has become the fundamental test for establishing obscenity. The standard has been applied or cited consistently and uniformly in cases subsequent to *Brodie*: *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen*, [1964] S.C.R. 251; *Provincial News Co. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 89, at pp. 98-99; *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951, at pp. 962-63; *Germain v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 241, at pp. 253-54. It was in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1159, that this Court confirmed that the standard of tolerance test applies to indecency.

92 The case law was to start evolving, however, with *Towne Cinema*, in which this Court stressed the concept of social harm. As the majority points out, this concept was presented in that decision as an alternative way to establish indecency or obscenity. It should be noted, however, that the standard of tolerance test, as formulated in *Towne Cinema*, did not incorporate social harm as a criterion. The standard of tolerance and the concept of harm were two ways to establish that certain publications were "undue" under s. 159(8) *Cr. C.* (R.S.C. 1970, c. C-34). As Dickson C.J. wrote at p. 505:

> There are other ways in which exploitation of sex might be "undue". Ours is not a perfect society and it is unfortunate but true that the community may tolerate publications that cause harm to members of society and therefore to society as a whole. Even if, at certain times, there is a coincidence between what is not tolerated and what is harmful to society, there is no necessary connection between these two concepts. Thus, a legal definition of "undue" must also encompass publications harmful to members of society and, therefore, to society as a whole. [Emphasis added.]

93 It was in *Butler* that the concept of harm came to play a major role in establishing indecency and obscenity. However, it is essential to note that the test based on social harm, which is defined in that case as the predisposition of persons to act in an anti-social manner, was adopted to fill a vacuum. Its purpose was to establish the relationship between

La norme de tolérance générale de la société canadienne est devenue le critère fondamental de détermination de l'obscénité. La jurisprudence subséquente à l'arrêt *Brodie* l'a appliquée ou y a référé d'une manière constante et uniforme : *Dominion News & Gifts (1962) Ltd. c. The Queen*, [1964] R.C.S. 251; *Provincial News Co. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 89, p. 98-99; *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951, p. 962-963; *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241, p. 253-254. C'est 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, p. 1159, que notre Cour a confirmé l'applicabilité du critère de la norme de tolérance en matière d'indécence.

La jurisprudence allait toutefois évoluer à partir de l'arrêt *Towne Cinema*, où notre Cour a mis l'accent sur la notion de préjudice social. Comme le souligne la majorité, cette notion fut présentée dans cet arrêt comme un moyen alternatif de détermination de l'indécence et de l'obscénité. Il faut noter, cependant, que le test de la norme de tolérance, tel que formulé dans *Towne Cinema*, n'incorporait pas le critère du préjudice social. La norme de tolérance et la notion de préjudice constituaient deux moyens permettant d'établir le caractère « indu » de certaines publications aux termes du par. 159(8) *C. cr.* (S.R.C. 1970, ch. C-34). Comme l'écrivait le juge en chef Dickson à la p. 505 :

> L'exploitation des choses sexuelles peut être « indue » d'autres façons. Notre société n'est pas parfaite et il est malheureux mais tout de même vrai que la société peut tolérer des publications nocives pour ses membres et, par conséquent, pour l'ensemble de la société. Même si parfois il y a coïncidence entre ce qui n'est pas toléré et ce qui est nocif pour la société, il n'y a pas nécessairement de lien entre ces deux concepts. Ainsi, la définition légale du mot « indue » doit viser également les publications nocives pour les membres de la société et, par conséquent, pour l'ensemble de la société. [Nous soulignons.]

C'est dans l'arrêt *Butler* que la notion de préjudice en vint à jouer un rôle important dans la détermination de l'indécence et de l'obscénité. Cependant, il est primordial de noter que le test fondé sur le préjudice social, défini dans cet arrêt comme la prédisposition des personnes à agir de manière antisociale, fut adopté afin de combler un

the community standards test and the degrading or dehumanizing treatment test. As Sopinka J. wrote in *Butler*, at p. 483:

> This review of jurisprudence shows that it fails to specify the relationship of the tests one to another. Failure to do so with respect to the community standards test and the degrading or dehumanizing test, for example, raises a serious question as to the basis on which the community acts in determining whether the impugned material will be tolerated. With both these tests being applied to the same material and apparently independently, we do not know whether the community found the material to be intolerable because it was degrading or dehumanizing, because it offended against morals or on some other basis. [Emphasis added.]

The harm-based test thus gained new importance in the establishment of the community standard of tolerance. The fact that there were harmful acts, that is, acts that predisposed individuals to anti-social conduct, was now sufficient to sustain a finding of indecency, provided that the degree of harm related to those acts was sufficient. Sopinka J. summed up this approach as follows in *Butler*, at p. 485:

> The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse. Anti-social conduct for this purpose is conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. The stronger the inference of a risk of harm the lesser the likelihood of tolerance. The inference may be drawn from the material itself or from the material and other evidence. Similarly evidence as to the community standards is desirable but not essential.

There can be no doubt that, since *Butler*, social harm has been a very important test for establishing indecency. For example, in *Mara*, at para. 33, this Court stated that the standard of tolerance test for a performance was "if the social harm engendered by the performance, having reference to the circumstances in which it took place, is such that

vide. Il visait à établir la corrélation entre le besoin d'assurer le respect des normes sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant. Le juge Sopinka écrit à la p. 483 de l'arrêt *Butler* :

> Il ressort de cette analyse de la jurisprudence qu'elle ne mentionne pas la corrélation qui existe entre les critères. Cette lacune en ce qui concerne le critère des normes sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant, par exemple, soulève une importante question quant aux facteurs sur lesquels se fonde la société pour déterminer si le matériel contesté sera toléré. En appliquant ces deux critères au même matériel et apparemment de façon indépendante, nous ne savons pas si la société a jugé le matériel intolérable parce qu'il était dégradant ou déshumanisant, parce qu'il choquait la morale ou pour quelque autre motif. [Nous soulignons.]

94 Le critère du préjudice acquit alors une importance nouvelle dans l'identification de la norme de tolérance de la société. La présence d'actes préjudiciables, c'est-à-dire les actes prédisposant les individus à agir de manière antisociale, suffisait désormais pour conclure à l'indécence dans la mesure où le degré de préjudice relié à ces actes était suffisant. Le juge Sopinka résume cette approche de la façon suivante à la p. 485 de l'arrêt *Butler* :

> Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d'autres éléments de preuve. En outre, la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle.

95 On ne peut certes douter du fait que, depuis l'arrêt *Butler*, le préjudice social constitue un critère de grande importance pour conclure à l'indécence. Par exemple, dans l'arrêt *Mara*, au par. 33, notre Cour a énoncé que le test de la norme de tolérance à l'égard d'un spectacle était de savoir « si le préjudice social qu'il engendre, compte tenu des

the community would not tolerate it taking place". See also *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, at para. 52.

96 However, despite the importance of the social harm test, it cannot be said to be the only standard by which the tolerance of the Canadian community for sexual practices is to be measured. The very definition of social harm warrants closer examination before this test can be applied to determine the level of tolerance of the Canadian community. Apart from the conceptual and practical difficulties that arise out of adopting such an approach, which will be discussed below, it can be seen from the analysis of the emergence of the concept of harm in this Court's decisions relating to obscenity and indecency that *Towne Cinema* has never been overruled or contradicted. Bearing in mind the reasons that led to the adoption of the social harm test, it does not follow from *Butler*, *Tremblay* and *Mara* that the courts must determine what the community tolerates by reference to the degree of harm alone, and in particular of harm as it is defined by our colleagues in the majority in the instant case. The standard of tolerance is established by means of a contextual analysis. Furthermore, it is interesting to note that in *Tremblay*, which dealt with indecency, the majority's analysis did not rely on harm as its sole test. The analysis was based more on an overall assessment of the contextual elements specific to that case.

97 Thus, serious harm is not the sole criterion for determining what the Canadian community will tolerate. Harm is but one indicator of the community standard of tolerance. The cases cited by the majority must be placed in the context of a line of authority that focusses on determining whether the standard of tolerance has been violated, based on the nature of the acts, the places where the acts occurred and the context. In our opinion, therefore, the majority's analysis departs in practice from the case law by adopting an approach based solely on

circonstances dans lesquelles il a lieu, est tel que la collectivité ne tolérerait pas qu'il ait lieu ». Voir aussi *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, par. 52.

Cependant, malgré l'importance du critère du préjudice social, on ne peut soutenir qu'il constitue la seule norme à partir de laquelle doit être évaluée la tolérance de la société canadienne à l'égard de pratiques sexuelles. Plus encore, il faut s'arrêter à la définition même du préjudice social avant d'être en mesure d'appliquer ce critère pour décider du niveau de tolérance de la société canadienne. Mis à part les difficultés conceptuelles et pratiques qui découlent de l'adoption d'une telle approche et qui seront discutées ultérieurement, l'analyse de l'émergence de la notion de préjudice dans la jurisprudence de notre Cour en matière d'obscénité et d'indécence a permis de constater que l'arrêt *Towne Cinema* n'a jamais été écarté ou contredit. Si l'on garde à l'esprit les raisons qui ont mené à l'adoption du critère de préjudice social, les arrêts *Butler*, *Tremblay* et *Mara* ne permettent pas de conclure que les tribunaux doivent déterminer ce que la société tolère en fonction du degré de préjudice seulement, notamment du préjudice tel que le définissent nos collègues de la majorité dans la présente affaire. La détermination de la norme de tolérance s'effectue encore selon une analyse contextuelle. D'ailleurs, il est intéressant de noter que dans l'arrêt *Tremblay*, qui traitait d'indécence, l'analyse de la majorité ne faisait pas du préjudice le critère unique. L'analyse y reposait davantage sur une appréciation globale des éléments contextuels propres à cette affaire.

Ainsi, le préjudice grave n'est pas le critère unique pour décider de la tolérance de la société canadienne. Le préjudice n'est qu'un indicateur de la norme de tolérance de la société. Les arrêts invoqués par la majorité doivent être replacés dans un courant jurisprudentiel qui met l'accent sur la question de savoir si la norme de tolérance a été violée en fonction de la nature des actes, des lieux où ils se sont produits et du contexte. Nous sommes donc d'avis que l'analyse de la majorité s'écarte en pratique de la jurisprudence lorsqu'elle adopte une

harm, whereas *Mara* and *Butler* did not break with the contextual approach.

In principle, we consider the change to the legal order proposed by the majority to be inappropriate, particularly because no valid justification is given for departing from the existing test. We are convinced that this new approach strips of all relevance the social values that the Canadian community as a whole believes should be protected.

First, our colleagues' approach changes the role of the judge in establishing the standard of tolerance. It is clear from the case law that the judge's role is, through contextual analysis, to interpret the community's view of sexual practices as expressed in various places at various times. Whether the impugned acts met the Canadian community standard of tolerance is thus a question of law: see *Mara*, at para. 26; *Tremblay*, at p. 946 (*per* Gonthier J., dissenting, but not on this issue). However, by adopting certain categories of harm that emphasize the mere exposure of the general public to sexual acts or the risk of serious psychological or physical harm, the majority's approach tends to reduce the judge's analysis to a purely fact-based one. The inquiry into the standard of tolerance thus becomes more a question of fact, which is contrary to this Court's case law.

Second, when the standard of tolerance is established on the basis of the three categories of harm adopted by the majority, it becomes impossible to take into account the multitude of situations that could exceed the threshold for indecency. Granted, the harm-based test for indecency will in most cases yield the same result as a contextual approach. However, it is easy to conceive of situations in which the categories will not reflect the Canadian community standard of tolerance. For example, it is possible that, even in the absence of degrading acts or of harm to the participants, the Canadian community will not tolerate certain acts committed in a given context and place, regardless

approche fondée uniquement sur le préjudice, alors que les arrêts *Mara* et *Butler* n'ont jamais rompu avec l'analyse contextuelle.

98 Sur le plan des principes, nous pensons que le changement dans l'ordre juridique que propose la majorité est inapproprié notamment parce qu'aucune justification valable n'est donnée pour écarter le recours au test actuel. Nous sommes persuadés que la nouvelle approche prive de toute pertinence les valeurs sociales que l'ensemble de la société canadienne considère important de protéger.

99 D'abord, l'approche de nos collègues modifie le rôle du juge dans la détermination de la norme de tolérance. Il ressort clairement de la jurisprudence que le juge est appelé, à travers une analyse contextuelle, à se faire l'interprète de la conception que la société se fait des pratiques sexuelles telles qu'elles s'expriment dans divers lieux et à divers moments. La question de savoir si les actes reprochés respectent la norme de tolérance de la société canadienne constitue alors une question de droit : voir *Mara*, par. 26; *Tremblay*, p. 946 (le juge Gonthier, dissident, mais pas sur ce point). Or, en adoptant certaines catégories de préjudice qui mettent l'accent sur la simple exposition du grand public à des actes sexuels ou encore sur le risque de préjudice psychologique ou physique grave, l'approche de la majorité tend à réduire l'analyse du juge à une analyse purement factuelle. La recherche de la norme de tolérance s'apparente alors à une question de fait, ce qui contredit la jurisprudence de notre Cour.

100 Ensuite, la détermination de la norme de tolérance en fonction des trois catégories de préjudice adoptées par la majorité ne permet pas de prendre en compte la multitude de situations susceptibles de franchir le seuil de l'indécence. Certes, l'indécence identifiée en fonction du préjudice correspondra dans la majorité des cas à celle déterminée selon l'analyse contextuelle. Toutefois, il est facile d'imaginer des situations où les catégories ne refléteront pas la norme de tolérance de la société canadienne. Par exemple, il se peut que, même en l'absence d'actes dégradants ou de préjudice subi par les participants, la société canadienne ne tolère pas certains actes commis dans un contexte et un lieu

of whether spectators are present or whether they consent. In other words, sexual acts of any nature performed without an audience would *de facto* fall outside the ambit of the provisions aimed at prohibiting indecency. In our view, indecency cannot be based solely on the exposure of the general public to sexual acts. This outcome is unacceptable.

101 The Canadian community's tolerance for sexual practices must be assessed independently of the presence of spectators. The nature of the principle that is to be applied must not be forgotten. It consists in establishing not what Canadians think is right for themselves, or what the spectators or participants in question think is right for themselves, but what Canadians would not abide other Canadians seeing: *Towne Cinema*, at pp. 508-9. In a situation in which the Canadian community's tolerance for sexual acts must be established, as opposed to the situation in *Mara*, which concerned indecent performances, the principle will necessarily concern what Canadians would not abide other Canadians doing, taking into account the place and general context, of course. Another thing to bear in mind is that it is the standards of the community as a whole that must be considered and not the standards of a small segment of the community: *Towne Cinema*, at p. 508. Consequently, indecency cannot be based solely on the presence of participants or on their views. The contextual approach allows us to take into account the private nature of the place where the acts are carried out. But for sexual practices in places to which the public has access not to be subject to the standard of tolerance because of their allegedly private nature — we are referring here to the ambiguous concept of relatively private places — would be incompatible with a proper interpretation of the standard of tolerance. An approach that in many situations, like the situation in the instant case, systematically prevents the standard of tolerance from being established and applied must be rejected.

102 Furthermore, the majority's approach poses serious problems in light of the practical

particulier et ce, indépendamment de la présence de spectateurs ou du consentement de ceux-ci. En d'autres termes, les actes sexuels, quels qu'ils soient, pratiqués en l'absence de spectateurs seraient *de facto* exclus de la portée des dispositions visant à interdire l'indécence. À notre avis, l'indécence ne peut dépendre uniquement de l'exposition du grand public aux actes sexuels. Ce résultat ne peut être accepté.

La tolérance de la société canadienne à l'égard des pratiques sexuelles doit se mesurer indépendamment de la seule présence de spectateurs. Il faut rappeler la nature du principe en cause. Celui-ci consiste à établir non pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes, ou ce que les spectateurs ou participants en question estiment convenable pour eux-mêmes, mais ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient : *Towne Cinema*, p. 508-509. Dans un contexte où on doit évaluer la tolérance de la société canadienne à l'égard d'actes sexuels, et non de spectacles indécents comme dans l'arrêt *Mara*, ce principe visera nécessairement ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens fassent, compte tenu du lieu et du contexte en général, bien entendu. Il faut aussi rappeler qu'il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction de la société : *Towne Cinema*, p. 508. Par conséquent, l'indécence ne peut pas dépendre uniquement de la présence de participants ou de leur avis. L'analyse contextuelle permettra de prendre en compte le caractère privé du lieu où les actes sont pratiqués. Mais la possibilité que des pratiques sexuelles dans des endroits auxquels le public a accès ne soient pas soumises à l'application de la norme de tolérance en raison de leur caractère prétendument privé — nous parlons ici de cette notion équivoque de lieux relativement privés — est incompatible avec une conception correcte de la norme de tolérance. Une approche qui, dans plusieurs situations comme celles de la présente cause, empêche systématiquement l'identification et l'application de la norme de tolérance doit être rejetée.

Par ailleurs, l'approche de la majorité pose des problèmes sérieux si l'on s'attarde aux

consequences that would result from adopting it. To successfully defend against a charge under s. 210(1) *Cr. C.* in a context in which there are no degrading acts or in which the participants do not suffer serious harm, it would be enough to ensure that the general public is not a spectator, regardless of the number of participants. It would then be difficult to characterize the acts as indecent, as there would be no evidence of harm.

conséquences pratiques qui résulteraient de son adoption. Pour se défendre avec succès contre une accusation portée en vertu du par. 210(1) *C. cr.* dans un contexte où ne surviennent pas d'actes dégradants ou dans lequel les participants ne subissent pas de préjudice grave, il suffirait simplement de s'assurer que le grand public n'est pas spectateur, quel que soit le nombre de participants. Il serait alors difficile de caractériser les actes comme indécents, faute d'une preuve de préjudice.

In our opinion, the test adopted by the majority introduces a concept of tolerance that does not seem to be justifiable according to any principle whatsoever. This concept cannot be accepted on the pretext that harm is easier to prove or that it is desirable for this type of offence to have the same rationale as the vast majority of other criminal offences, namely the need to protect the community from harm. Social morality, which is inherent in indecency offences and is expressed through the application of the standard of tolerance, must still be allowed to play a role in all situations where it is relevant. Otherwise, the social values that the Canadian community as a whole considers worth protecting would be stripped of any relevance.

103 À notre avis, le test adopté par la majorité introduit une notion de tolérance qui ne semble pas justifiable en vertu de quelque principe que ce soit. On ne saurait la retenir sous prétexte que le préjudice est plus facile à prouver ou qu'il est souhaitable d'uniformiser ce type d'infraction avec les autres infractions criminelles qui, dans la vaste majorité des cas, trouvent leur justification dans le besoin de protection de la société contre le préjudice. Encore faut-il laisser à la moralité sociale, qui est inhérente aux infractions d'indécence et qui s'exprime par l'application de la norme de tolérance, la possibilité d'intervenir dans toutes les situations où elle est pertinente. Autrement, les valeurs sociales que l'ensemble de la société canadienne considère important de protéger seraient dépourvues de toute pertinence.

Furthermore, the existence of harm is not a prerequisite for exercising the state's power to criminalize certain conduct. The existence of fundamental social and ethical considerations is sufficient: see *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at p. 635. There is no principle that supports the harmonization of offences.

104 Par surcroît, l'existence d'un préjudice n'est pas un préalable à l'exercice du pouvoir de l'État de criminaliser certains comportements. L'existence de considérations sociales et morales fondamentales suffit : voir *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, p. 635. Il n'y a pas de principe justifiant l'harmonisation des infractions.

The philosophical underpinnings of the majority's harm-based approach are found in the liberal theories of J. S. Mill. This philosopher argued that the only purpose for which state power can be rightfully exercised over a member of the community is to prevent harm to others: see J. S. Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at p. 8. This court had occasion to address the principle of harm in *Malmo-Levine*. Although that case concerned the constitutional limits on the state's power to legislate in

105 La position de la majorité fondée sur le préjudice trouve sa justification philosophique dans les thèses libérales de J. S. Mill. En effet, ce philosophe soutenait que la seule raison légitime qui puisse justifier l'utilisation de la force de l'État contre un membre de la société est de l'empêcher de nuire aux autres : voir J. S. Mill, *De la liberté* (1990), trad. L. Lenglet, p. 74. Notre Cour a eu l'occasion de traiter du principe de préjudice dans l'arrêt *Malmo-Levine*. Bien que cet arrêt porte sur les limites constitutionnelles au pouvoir de l'État de

criminal matters, the majority's reasons stressed that the justification for state intervention cannot be reduced to a single factor. There are multiple criteria for justifying state intervention in criminal matters, even if it restricts human liberty: see *Malmo-Levine*, at para. 109. Offences under the *Criminal Code* are thus based on principles and values other than harm. In the case at bar, the offence relates to social morality. To place excessive emphasis on the criterion of harm will therefore make it impossible to give effect to the moral principles in respect of which there is a consensus in the community.

106 Our colleagues' position also raises problems relating to the determination of the level of harm required for a finding of indecency. The proposed threshold is, in our view, too demanding and too abstract. There is no justification for adopting a threshold that would require neither more nor less than proof that the sexual practices in issue will lead to social disorder. The Court has not gone that far in its past decisions; rather, it has merely concluded that encouraging anti-social conduct would be incompatible with the proper functioning of society. Why should such a notion be adopted when tolerance is clearly linked to public morality and community values? What is meant by conduct that is incompatible with the proper functioning of society? How can proof that an act will lead to anti-social conduct be required, assuming that it is defined objectively, and why should it be required when the proceeding may concern acts that in fact fit that definition?

107 The position taken in *Mara*, in which tolerance was defined according to the harm suffered by those who view a performance, must be disregarded in the context of an offence under s. 210(1) *Cr. C.* Whereas the issue analysed in *Mara* concerned the indecency of a performance, the issue in the case at bar concerns the indecency of an act: see *Mara*, at para. 39. In the case of indecent acts, there is no need to consider the potential harm to spectators.

légiférer en matière criminelle, l'opinion majoritaire fait bien ressortir que la justification de l'intervention de l'État ne peut se réduire à un seul facteur. De multiples critères permettent de justifier cette intervention en matière criminelle, même si elle restreint la liberté des gens : voir *Malmo-Levine*, par. 109. Les infractions du *Code criminel* trouvent donc leur fondement dans des principes et valeurs autres que la notion de préjudice. En l'espèce, il s'agit de la moralité sociale. On comprend dès lors qu'accorder une trop grande importance au critère du préjudice empêchera de mettre en œuvre les principes moraux qui font consensus au sein de la société.

La position de nos collègues soulève aussi des problèmes à propos de l'identification du niveau de préjudice requis pour conclure à l'indécence. Le seuil proposé s'avère à notre avis trop exigeant et trop abstrait. Rien ne justifie que l'on adopte un seuil qui soit tel qu'il requière ni plus ni moins une preuve d'un désordre social potentiel engendré par les pratiques sexuelles en cause. La jurisprudence antérieure n'allait pas si loin et ne faisait que conclure que de favoriser la conduite antisociale irait à l'encontre du bon fonctionnement de la société. Pourquoi s'attacher à une telle notion alors que la tolérance est clairement reliée à une notion de morale publique et de valeurs collectives? Que signifie l'acte qui met en cause le bon fonctionnement de la société? Comment exiger la preuve qu'un acte va mener au comportement antisocial, à supposer qu'on en ait une définition objective, et pourquoi l'exiger alors qu'on peut se trouver en l'instance devant des actes qui correspondent justement à cette définition?

La position de l'arrêt *Mara* où l'on définit la tolérance en fonction du préjudice que subissent ceux qui assistent à un spectacle doit être écartée dans le cadre d'une infraction visée au par. 210(1) *C. cr.* En effet, alors que l'arrêt *Mara* comportait une analyse de la question de savoir si un spectacle est indécent, la question en l'espèce est de savoir si un acte est indécent : voir *Mara*, par. 39. On ne saurait donc s'attarder, dans le cas d'actes indécents, au préjudice que risquent de subir les spectateurs.

To adopt that position would have the effect of disregarding the community's judgment in respect of sexual practices and any application of the social morality associated with them. The standard of tolerance cannot exclude only those acts that cross the hypothetical line beyond which the proper functioning of society is compromised. It is also related to social order, insofar as what is acceptable to the community is expressed in terms of a known social morality. The concept of harm is thus linked to social morality, not just to societal dysfunction or to the creation of a predisposition to anti-social conduct.

Adopter cette position aurait pour effet d'évacuer le jugement que pourrait porter la société sur des pratiques sexuelles ainsi que l'application de la morale sociale qui s'y rattache. La norme de tolérance ne peut exclure seulement les actes qui franchissent cette frontière hypothétique au-delà de laquelle le bon fonctionnement de la société est remis en cause. Elle est aussi reliée à un ordre social dans la mesure où l'on traite de ce qui est acceptable en société au regard d'une morale sociale connue. La notion de préjudice se rattache alors à une notion de moralité sociale et non uniquement au dysfonctionnement de la société ou à la création d'une prédisposition à agir de façon antisociale. 108

According to contemporary Canadian social morality, acts such as child pornography, incest, polygamy and bestiality are unacceptable regardless of whether or not they cause social harm. The community considers these acts to be harmful in themselves. Parliament enforces this social morality by enacting statutory norms in legislation such as the *Criminal Code*. The community does not tolerate degrading acts or sexual exploitation either: *Butler*, at p. 485. Nor is the purchase of sexual favours in public places accepted, as evidenced by the various provisions of the *Criminal Code* that prohibit common bawdy-houses and prostitution. In this second type of situation, morality is conveyed by means of provisions that demand that each individual case be assessed in light of its specific context and circumstances in order to gauge the Canadian community's tolerance for the acts in question. Certain acts are thus prohibited because of their harmful nature. Others are prohibited because of the context and places in which they arise, as in the case at bar. Harm is thus ultimately linked to a concept of social morality. There is also harm where what is acceptable to the community in terms of public morals is compromised.

En effet, la moralité sociale contemporaine du Canada rejette notamment la pornographie infantile, l'inceste, la polygamie et la bestialité indépendamment de la question de savoir si ces actes causent un préjudice social ou non. La société juge que ces actes sont, en eux-mêmes, préjudiciables. Le législateur permet la mise en œuvre de cette moralité sociale par l'adoption de normes législatives dans les lois comme le *Code criminel*. Par ailleurs, la société ne tolère pas non plus les actes dégradants ou l'exploitation sexuelle : *Butler*, p. 485. L'achat de faveurs sexuelles dans des lieux publics n'est pas accepté non plus, comme en font foi les diverses dispositions du *Code criminel* interdisant les maisons de débauche et la prostitution. Dans ce deuxième type de situations, la morale s'exprime par des dispositions qui commandent une évaluation des cas d'espèce dans le cadre et les circonstances où ils surviennent pour vérifier la tolérance de la société canadienne à l'égard des actes. On constate donc que certains actes sont prohibés en raison de leur nature préjudiciable. D'autres le deviennent en raison du contexte et des lieux dans lesquels ils surviennent, comme par exemple dans le présent dossier. Le préjudice, en définitive, se réfère alors à une notion de moralité sociale. Il y a aussi préjudice dans la mesure où survient une atteinte à ce qui est acceptable en société au regard de la morale publique. 109

Thus, the need to prove societal dysfunction to a degree approaching social disorder would appear to unduly restrict the situations in which a court

Ainsi, la nécessité de prouver un dysfonctionnement de la société à un degré qui s'approche du désordre social paraît restreindre indûment 110

could reach a finding of indecency. The importance of this requirement profoundly alters the traditional concept of tolerance by suggesting that the public will tolerate anything that is contrary to public morals unless it can be established that an act will cause significant social disorder.

111 Furthermore, analytical problems would seem to arise when only the harm test is taken into account in the context of s. 210(1) *Cr. C.* In *Mara*, the appellants had been charged under s. 167(1) *Cr. C.* with presenting "an immoral, indecent or obscene performance, entertainment or representation". However, this Court held as follows, at para. 37:

> A finding of an indecent performance depends on a finding of harm to the spectators of the performance as perceived by the community as a whole. The potential harm to the performers themselves, while obviously regrettable, is not a central consideration under s. 167.

112 The Court thus played down the importance of the factor of risk of harm to participants. Nevertheless, it considered that this principle does not apply to offences under s. 210(1) *Cr. C.* At para. 39, Sopinka J. wrote the following:

> I note, however, that this Court in *Tremblay* and the Court of Appeal in the present case placed significance on the risk of sexual assault and transmission of disease which I do not, but it is important to recall that *Tremblay* involved an analysis of whether acts performed in a private room were indecent, whereas the present case involves an analysis of whether a performance was indecent. The charge in *Tremblay* was under s. 193(1) of the *Criminal Code* (now s. 210(1)). The gravamen of that offence is the keeping of a place for the purpose of the practice of acts of indecency. The presence of spectators and the effect on spectators is relatively unimportant. On the other hand, the gravamen of the offence under s. 167 is giving or allowing an indecent performance. The presence of spectators and of "performance" under s. 167(1), changes the emphasis in the present case largely to an analysis of the effect on the spectators, rather than the performers. While I do not share the view of the Court of Appeal with respect to the importance of the risk of infectious diseases to a finding of an indecent performance, I otherwise fully agree with the manner in which Dubin C.J.O.

les situations dans lesquelles un tribunal pourra conclure à l'indécence. En effet, l'importance de cette exigence modifie en profondeur la notion traditionnelle de tolérance en suggérant que le public tolère tout ce qui est contraire à la morale publique, sauf si on peut établir qu'un acte provoquera un désordre social important.

Il semble aussi que le fait de prendre en compte uniquement le critère du préjudice pour l'application du par. 210(1) *C. cr.* pose des difficultés analytiques. Dans l'arrêt *Mara*, les appelants étaient accusés, en vertu du par. 167(1) *C. cr.*, d'avoir « présenté [. . .] une représentation, un spectacle ou un divertissement immoral, indécent ou obscène ». Cependant, notre Cour décida au par. 37 :

> Pour conclure qu'un spectacle est indécent, il faut conclure que ceux qui y assistent subissent un préjudice perçu par l'ensemble de la société. La possibilité qu'un préjudice soit causé aux exécutantes mêmes, bien qu'elle soit évidemment regrettable, n'est pas un facteur essentiel aux fins de l'art. 167.

La Cour réduisit donc l'importance du facteur du risque de préjudice sur les participants. Toutefois, elle jugea que ce principe ne s'applique pas aux infractions visées par le par. 210(1) *C. cr.* Au paragraphe 39, le juge Sopinka écrit :

> Je note, toutefois, que notre Cour, dans *Tremblay*, et la Cour d'appel, en l'espèce, ont accordé une grande importance au risque d'agression sexuelle et de transmission de maladie, ce que je ne fais pas, mais il est important de se rappeler que *Tremblay* comportait une analyse de la question de savoir si des actes accomplis en privé étaient indécents, alors que la présente affaire comporte une analyse de la question de savoir si un spectacle était indécent. Dans *Tremblay*, l'accusation avait été portée en vertu du par. 193(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 210(1)). L'élément essentiel de cette infraction est la tenue d'un lieu pour la pratique d'actes indécents. La présence de spectateurs et l'incidence sur ceux-ci est relativement sans importance. Par ailleurs, l'élément essentiel de l'infraction décrite à l'art. 167 est le fait de donner ou de permettre que soit donné un spectacle indécent. La présence de spectateurs et le fait qu'il y ait eu « spectacle » au sens du par. 167(1) ont grandement pour effet, dans la présente affaire, de mettre l'accent sur l'analyse de l'incidence sur les spectateurs plutôt que sur les exécutantes. Bien que je ne partage pas le point de vue de la Cour d'appel quant à l'importance du

admirably set out the differences between the present case and *Tremblay* and *Hawkins*, and explained why the activities in the present case were indecent. While it is unnecessary to repeat verbatim what was said, the principal distinctions may be summarized as follows. [Emphasis added.]

risque de maladies infectieuses pour pouvoir conclure à l'indécence d'un spectacle, je suis par ailleurs entièrement d'accord avec la façon admirable dont le juge en chef Dubin de l'Ontario a établi les différences entre la présente affaire et les arrêts *Tremblay* et *Hawkins*, et a expliqué pourquoi les activités dans la présente affaire étaient indécentes. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de répéter mot à mot ce qui a été dit, les principales distinctions peuvent être résumées de la façon suivante. [Nous soulignons.]

Thus, whereas the effect on spectators is a central factor in the establishment of indecency for the purposes of s. 167(1) *Cr. C.*, the impact on participants remains important in the context of s. 210(1) *Cr. C.* In other words, in determining whether the offence of keeping a common bawdy-house has been committed, the relevant harm is not "the attitudinal harm on those watching the performance as perceived by the community as a whole" (*Mara*, at para. 34), but the harm sustained by those who *participate* in the acts as perceived by the community as a whole. These remarks clearly illustrate the inadequacy of an analysis based entirely on the concept of serious harm. 113

Ainsi, alors que l'effet sur les spectateurs constitue un élément central de la détermination de l'indécence pour l'application du par. 167(1) *C. cr.*, l'impact sur les participants demeure un élément important pour l'application du par. 210(1) *C. cr.* En d'autres termes, pour savoir s'il y a infraction consistant à tenir une maison de débauche, le préjudice pertinent n'est pas « le préjudice résultant d'une attitude chez ceux qui assistent au spectacle, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société » (*Mara*, par. 34), mais le préjudice subi par ceux qui *participent* aux actes, tel qu'il est perçu par l'ensemble de la société. Ces remarques montrent bien l'insuffisance d'une analyse entièrement fondée sur la notion de préjudice grave.

A problem thus arises, as the analysis becomes circular. If it is accepted that the test for indecency in the context of s. 210(1) *Cr. C.* consists in determining whether those participating in the acts are predisposed to act in an anti-social manner (one of the three types of harm proposed by the majority), it seems illogical to ask whether the individual committing an allegedly indecent act is predisposed to act in an anti-social manner. The person is already acting in an anti-social manner. In the context of indecent acts, as opposed to indecent performances, the issue of predisposition to act in an anti-social manner would seem to be irrelevant. The harm would be more the result of a violation of social norms, as we saw above. 114

Une difficulté survient alors, car l'analyse devient circulaire. Si l'on accepte le fait que le test de l'indécence pour l'application du par. 210(1) *C. cr.* consiste à déterminer si les participants aux actes sont prédisposés à agir de manière antisociale (un des trois types de préjudice proposés par la majorité), il semble illogique de se demander si la personne qui commet un acte supposément indécent est prédisposée à agir de manière antisociale. La personne agit déjà de manière antisociale. Dans le cadre des actes indécents, par opposition aux spectacles indécents, la question de la prédisposition à agir de manière antisociale semble non pertinente. Le préjudice résulterait davantage d'une atteinte aux normes sociales comme nous l'avons vu antérieurement.

Consequently, in the context of an offence under s. 210(1) *Cr. C.*, we are of the opinion that it is not absolutely necessary to consider the harm done to society, such as the predisposition to act in an anti-social manner. This type of harm will be 115

Conséquemment, dans le cadre d'une infraction visée au par. 210(1) *C. cr.*, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas lieu de s'attarder obligatoirement à l'effet du préjudice sur la société tel que la prédisposition à agir de manière antisociale. Ce type de préjudice

present where there is evidence of dehumanizing, degrading or demeaning acts. In our view, *Tremblay* appears, given that the analysis did not focus on the predisposition to act in an anti-social manner, to confirm this approach. To sum up, it is simply not possible to carry out a rational analysis in this area by limiting the test for tolerance to evidence of serious harm and, in particular, by equating serious harm with a predisposition to act in an anti-social manner.

116 These reasons are sufficient for rejecting a test for the standard of tolerance that is based solely on harm. Our colleagues' approach has too many shortcomings, both practical and theoretical. It introduces a concept of tolerance that appears to be supported by no principle whatsoever. It is also hard to find support for this position in the case law. We will now set out what we feel to be a more appropriate approach.

3.3 *A Context-Based Standard of Tolerance*

117 The analysis to establish the standard of tolerance should be based on two main factors: the nature of the acts and their context.

3.3.1 Nature of the Acts

118 It seems hard to dispute that, in a given context, the Canadian community's tolerance for sexual acts varies depending on the nature of the acts. In our opinion, this explains why, in cases involving indecency, the courts have taken the nature of the sexual acts into consideration in establishing the standard of tolerance: see *Tremblay*, at pp. 957, 969 and 971; *Mara*, at para. 40; *Roux v. La Reine*, [2001] R.J.Q. 567 (C.A.). The testimony of expert witness Michel Campbell in the instant case also confirms the relevance of this factor: A.R., vol. VIII, at pp. 1247, 1251 and 1297. The nature of the sexual acts and the context in which they were performed are thus two factors that interact dynamically to influence the Canadian community's threshold of tolerance.

sera présent devant la preuve d'actes déshumanisants, avilissants ou dégradants. L'arrêt *Tremblay*, en omettant de centrer l'analyse sur la prédisposition à agir de manière antisociale, semble confirmer cette approche selon nous. En résumé, il n'est tout simplement pas possible de faire une analyse rationnelle en ce domaine en limitant le critère de la tolérance à la preuve d'un préjudice grave et, en particulier, en identifiant ce dernier à la prédisposition à agir de façon antisociale.

Ces raisons suffiraient pour rejeter un test de détermination de la norme de tolérance fondé uniquement sur le préjudice. L'approche de nos collègues souffre d'un trop grand nombre de lacunes sur le plan tant pratique que théorique. Elle introduit une notion de tolérance qui ne semble pas justifiable en vertu de quelque principe que ce soit. La jurisprudence supporte aussi difficilement cette position. Nous exposerons donc maintenant l'approche qui nous semble la plus appropriée.

3.3 *La détermination de la norme de tolérance en fonction du contexte*

L'analyse permettant de déterminer la norme de tolérance doit reposer sur deux éléments principaux : la nature des actes et le contexte.

3.3.1 La nature des actes

Il semble difficile de contester le fait que, dans un contexte donné, la tolérance de la société canadienne à l'égard d'actes sexuels varie en fonction de leur nature. À notre avis, cela explique pourquoi, en matière d'indécence, la jurisprudence tient compte de la nature des actes sexuels pour identifier la norme de tolérance : voir *Tremblay*, p. 957, 969 et 971; *Mara*, par. 40; *Roux c. La Reine*, [2001] R.J.Q. 567 (C.A.). Le témoignage de l'expert Michel Campbell dans la présente cause confirme aussi la pertinence de ce facteur : D.A., vol. VIII, p. 1247, 1251 et 1297. La nature des actes sexuels et le contexte dans lequel ils sont posés constituent donc deux facteurs qui interagissent de façon dynamique pour influencer le seuil de tolérance de la société canadienne.

Two points require clarification at this stage. First, judges should not pass judgment on the morality of the acts themselves without regard to the context. Taking the nature of the acts into account simply offers the possibility of comparing them with other acts in a similar context. For example, if the courts have found a sexual practice to be indecent in a similar context, the nature of more degrading or dehumanizing acts will lead more easily to a finding of indecency. The public will be less tolerant of these acts because of their potential for causing social harm.

Second, the assessment of the acts' nature should not be influenced by the sexual orientation of the participants. The standard of tolerance cannot incorporate a discriminatory attitude based on sexual orientation. As Binnie J. explained in *Little Sisters*, at para. 119, "[i]t is antithetical to the remedial reasons underlying adoption of the community standard to single out a particular minority as being less worthy than others of protection and respect."

3.3.2 Context

In light of its relationship to indecency, s. 210(1) *Cr. C.* necessarily imposes restrictions of time (such as the time of day) and place on sexual practices. Indecency concerns sexual behaviour or the representation of sexual behaviour that is neither obscene nor immoral, but inopportune or inappropriate according to Canadian standards of tolerance because of the context in which it takes place: *Tremblay*, at p. 962, quoting Boilard J. in *R. v. Pelletier* (1985), 27 C.C.C. (3d) 77 (Que. Sup. Ct.), at p. 89. From the perspectives of both statute and case law, indecency thus requires a contextual analysis of the acts in issue.

It can be seen from this Court's case law on indecency and obscenity that the following contextual factors may be taken into consideration in determining the standard of tolerance: (1) the private or public nature of the place; (2) the type of participants and the composition of the audience;

119 Deux précisions s'imposent ici. D'abord, le juge ne doit pas porter un jugement sur la moralité des actes eux-mêmes, indépendamment du contexte. La prise en compte de la nature des actes offre simplement la possibilité de les comparer à d'autres actes accomplis dans un contexte similaire. Si, par exemple, la jurisprudence considère une pratique sexuelle comme indécente dans un contexte similaire, la nature d'actes plus dégradants ou déshumanisants conduira plus facilement à un constat d'indécence. En effet, ces actes seront moins tolérés par la population en raison de leur capacité d'entraîner un préjudice social.

120 Ensuite, l'appréciation du caractère des actes ne devrait pas être influencée par l'orientation sexuelle des participants. La norme de tolérance ne saurait incorporer une attitude discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle. Comme l'expliquait le juge Binnie dans l'arrêt *Little Sisters*, par. 119 : « Le fait de considérer une minorité donnée comme étant moins digne de protection et de respect que les autres est antithétique aux justifications réparatoires qui sont à la base de l'adoption de la norme sociale. »

3.3.2 Le contexte

121 Le paragraphe 210(1) *C. cr.*, en renvoyant à la notion d'indécence, impose nécessairement des restrictions de temps (tel le moment de la journée) et de lieu quant aux pratiques sexuelles. En effet, l'indécence vise le comportement sexuel ou sa représentation qui n'est ni obscène ni immoral, mais inopportun ou inapproprié selon les normes canadiennes en raison du contexte dans lequel il survient : *Tremblay*, p. 962, citant le juge Boilard dans *Pelletier c. La Reine*, [1986] R.J.Q. 595 (C.S.), p. 604. La conception législative et jurisprudentielle de l'indécence requiert ainsi une analyse contextuelle des actes en cause.

122 Il ressort de la jurisprudence de notre Cour en matière d'indécence et d'obscénité que les éléments contextuels suivants peuvent être pris en compte pour identifier la norme de tolérance : (1) le caractère privé ou public des lieux; (2) le type de participants et la composition de l'auditoire; (3) la nature

(3) the nature of the warning given regarding the acts; (4) the measures taken to limit access to the place; (5) the commercial nature of the place and the acts; (6) the purpose of the acts; (7) the conduct of the participants; and (8) harm suffered by the participants (see *Tremblay*, at pp. 960-61; *Mara*, at para. 32). This list is not exhaustive, however. In our opinion, the nature of the factors adopted by the courts reflects the community's desire to limit the performance of sexual acts in public, especially in a commercial context.

123 It would be helpful to elaborate on some of these contextual factors. First, a consideration of the public or private nature of the place where the acts are performed should not be based on a simple public/private dichotomy. In light of the large number of situations in which the courts may be called upon to rule on the indecent nature of sexual practices, this simplistic dichotomy must give way to an analysis based on a continuum of situations and contexts. In our view, the expert testimony of Mr. Campbell cited in *R. v. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977 (Mun. Ct. Mtl.), at paras. 129-30, reflects the fact that tolerance varies in degree according to the public nature of the place:

> [TRANSLATION] However, the Court understands from Dr. Campbell's testimony that for Canadians, in all cases, swinging is understood to mean that the swapping of sexual partners is done in private, that is, "among themselves". The witness referred to a kind of "social contract" that is entered into, tacitly or specifically, between those who wish to participate in swapping. Thus, the more closed and off-limits the "social contract" is to third parties, the closer it is to falling within the "classical" definition of swinging. According to the witness, this is where the threshold of the contemporary Canadian community lies, that is, on the condition that the sexual activities take place in private.
>
> Similarly, if the sexual activities take place in public, what is happening is no longer "swinging", but an "orgy". According to Dr. Campbell, Canadians clearly do not tolerate orgies and do not accept that other Canadians, even informed and consenting adults, participate in them. [Emphasis added.]

Mr. Campbell confirmed this approach several times in his testimony at trial: A.R., vol. VIII, at pp. 1292 and 1313.

de l'avertissement donné relativement aux actes; (4) les mesures visant à limiter l'accès aux lieux; (5) le caractère commercial des lieux et des actes; (6) la finalité de ceux-ci; (7) le comportement des participants et (8) le préjudice subi par les participants (voir *Tremblay*, p. 960-961; *Mara*, par. 32). Cette liste n'est toutefois pas exhaustive. La nature des éléments adoptés par la jurisprudence reflète selon nous le désir de la société de limiter les actes sexuels pratiqués en public, surtout dans un contexte commercial.

Il est utile d'apporter des précisions à l'égard de certains des éléments contextuels. D'abord, l'analyse du caractère public ou privé du lieu dans lequel les actes sont posés ne devrait pas reposer sur une simple dichotomie public/privé. Face à la multitude de situations dans lesquelles les cours peuvent être appelées à juger de la nature indécente de pratiques sexuelles, il faut préférer à une telle dichotomie réductrice une analyse qui reconnaît un continuum de situations et de contextes. Le témoignage d'expert de M. Campbell cité dans la cause *R. c. Angerillo*, [2003] R.J.Q. 1977 (C.M. Mtl.), par. 129-130, nous paraît refléter le fait que la tolérance varie par degré en fonction du caractère public d'un lieu :

> Cependant, le Tribunal comprend du témoignage du D^r^ Campbell que pour les Canadiens, dans tous les cas, la notion de l'échangisme est entendue dans le sens que les échanges sexuels des partenaires se font en privé, c'est-à-dire « entre eux ». En fait, le témoin réfère à une espèce de « contrat social » qui s'établit tacitement ou spécifiquement entre ceux qui vont participer aux échanges sexuels. Ainsi, plus le « contrat social » est serré et hermétique à la présence des tiers, plus nous nous rapprochons de la définition « classique » de l'échangisme. Selon lui, c'est là que se situe le seuil de tolérance de la société canadienne contemporaine, c'est-à-dire à la condition que les échanges sexuels aient lieu en privé.
>
> De même, si les activités sexuelles ont lieu en public, on ne parle plus d'« échangisme », mais d'« orgie ». Or, selon le D^r^ Campbell, clairement, les Canadiens ne tolèrent pas les orgies et ils n'acceptent pas que d'autres Canadiens, même adultes, avertis et consentants, participent à des orgies. [Nous soulignons.]

M. Campbell a confirmé cette approche à plusieurs reprises lors de son témoignage en première instance : D.A., vol. VIII, p. 1292 et 1313.

For these reasons, a swingers' club cannot automatically be characterized as a "private" place on the basis that the general public is not permitted to circulate freely within it. The place may retain a public dimension that is sufficient to support a finding of indecency. If the contrary position were adopted, it would be impossible, provided that the participants consent and that the spectators are considered only to be participants, to sanction any sexual act that is not degrading or harmful to the participants. As we have seen, this unacceptable solution amounts to denying that the standard of tolerance can be applied to sexual acts performed in establishments that are accessible to the public. Such a solution does not take into account the fact that indecency is based on what Canadians do not abide other Canadians seeing or doing: *Towne Cinema*, at p. 508. It would also amount to saying that only the morality of the participants themselves is relevant.

124 Pour ces raisons, on ne saurait automatiquement qualifier un club échangiste de lieu « privé » parce que le grand public n'y circule pas librement. Le lieu pourrait conserver une dimension publique suffisante pour conclure à l'indécence. D'ailleurs, adopter la position contraire empêcherait de sanctionner tout acte sexuel non dégradant et ne portant pas préjudice à ses participants dès lors que ces derniers sont consentants et que les spectateurs ne sont considérés que comme des participants. Cette solution inacceptable, comme nous l'avons vu, revient à nier que l'application de la norme de tolérance puisse viser des actes sexuels pratiqués dans des établissements auxquels le public a accès. Une telle solution, en effet, ne tient pas compte du fait que l'indécence relève de ce que les Canadiens ne souffrent pas que d'autres voient ou fassent : *Towne Cinema*, p. 508. Elle reviendrait aussi à dire que seule la morale des participants compte.

Section 197(1) *Cr. C.* also limits the possibility of characterizing every place where the general public does not circulate as a private place. It defines a "public place" as "any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied".

125 Le paragraphe 197(1) du *C. cr.* limite aussi la possibilité de qualifier de lieu privé tout endroit où le grand public ne circule pas. Cette disposition définit « endroit public » comme « [t]out lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. »

For the same reasons that have compelled us to reject the public/private dichotomy, we find it impossible to accept the validity of the concept of [TRANSLATION] "relative privacy" proposed in the Court of Appeal by Proulx J.A. ((2004), 191 C.C.C. (3d) 66). This vague concept can serve only to create a new category under which an act is tolerable if a certain degree of privacy — based on the unforeseeable definition that may be given to the concept — is maintained while the act is being performed. In *Tremblay*, Cory J. referred to this concept only to sum up the context in which the acts took place, that is, in a closed room where only two adults were present (p. 970). This differs from the facts in the instant case, as we will see below.

126 Pour les mêmes raisons qui nous forcent à rejeter la dichotomie public/privé, il nous semble impossible de reconnaître la validité du concept de « relative intimité » envisagé par le juge Proulx en Cour d'appel ([2004] R.J.Q. 2076). Ce concept flou ne saurait servir qu'à créer une nouvelle catégorie qui rend tolérable un acte dès lors que les gestes reprochés sont accomplis lorsque subsiste une certaine intimité, suivant la définition imprévisible que l'on pourrait donner à cette notion. Dans l'arrêt *Tremblay*, le juge Cory n'a mentionné à cette notion que pour résumer le contexte dans lequel les actes survenaient, c'est-à-dire une pièce fermée où seuls deux adultes étaient présents (p. 970). Ceci diffère des faits de la présente cause, comme nous le verrons ultérieurement.

The commercial nature of the place and acts plays an important role in the establishment of the Canadian community's threshold of tolerance. In

127 Le caractère commercial des lieux et des actes joue, quant à lui, un rôle important dans la détermination du seuil de tolérance de la société

Mara, this Court took into consideration the fact that the commercial transaction contributed to the degrading and humiliating nature of the impugned acts by contributing to the use of women as sexual objects (para. 34). Gonthier J. also referred, in dissent, to the commercialization of certain sexual activities as establishing the existence of harm that can arise in the public sphere:

> While exposure of persons is one of those harms, there are many others which are undoubtedly important, and they include exploitation, degradation, the undue commercialization of certain activities, and the dangers these harms entail.
>
> (*Tremblay*, at p. 943)

128 Conversely, the absence of a commercial dimension to an impugned act can also be a factor in favour of tolerance: *R. v. Jacob* (1996), 31 O.R. (3d) 350 (C.A.), at p. 365, *per* Osborne J.A. Finally, the numerous offences in the *Criminal Code* respecting common bawdy-houses (ss. 210 and 211 *Cr. C.*), procuring (s. 212 *Cr. C.*), and soliciting sexual services (s. 213 *Cr. C.*) testify to our community's low level of tolerance for the commercialization of sexual acts.

129 Consequently, the commercial nature of sexual practices cannot be disregarded in establishing indecency. This factor is relevant because the association of sexual acts with a commercial transaction has an impact on community tolerance, particularly because the persons involved in this type of transaction are exploited and experience a loss of dignity or autonomy.

130 The purpose of the acts is a factor that takes the intention or objective underlying the allegedly indecent practices into account. For example, in respect of obscenity and indecent performances, indications of an artistic purpose will generally result in greater tolerance (see *Towne Cinema*, at p. 512; *Butler*, at pp. 482-83; *Little Sisters*, at paras. 65 and 195). Where indecent acts are concerned, practices intended to inflict bodily harm or to commit

canadienne. Dans l'arrêt *Mara*, notre Cour a tenu compte du fait que l'échange commercial contribuait au caractère dégradant et humiliant des actes reprochés en contribuant à utiliser la femme comme une personne-objet (par. 34). Le juge Gonthier s'est aussi référé, en dissidence, à la commercialisation de certaines activités sexuelles pour établir l'existence d'un préjudice qui peut survenir dans la sphère publique :

> Si l'étalage d'activités aux regards des gens constitue l'un de ces préjudices, il en existe de nombreux autres, certainement importants, qui comprennent l'exploitation, la dégradation, la commercialisation excessive de certaines activités et les dangers qu'elles entraînent.
>
> (*Tremblay*, p. 943)

À l'inverse, l'absence de caractère commercial relié à l'acte reproché peut aussi constituer un facteur militant en faveur de la tolérance : *R. c. Jacob* (1996), 31 O.R. (3d) 350 (C.A.), p. 365, le juge Osborne. Finalement, les nombreuses infractions du *Code criminel* relatives aux maisons de débauche (art. 210 et 211 *C. cr.*), au proxénétisme (art. 212 *C. cr.*) et à la sollicitation de services sexuels (art. 213 *C. cr.*) témoignent du peu de tolérance de notre société à l'égard de la commercialisation des actes sexuels.

On ne saurait par conséquent écarter la prise en considération du caractère commercial des pratiques sexuelles dans la détermination de l'indécence. La pertinence du facteur de la commercialité s'explique par le fait que les actes sexuels associés à un échange commercial ont une incidence sur la tolérance de la société, notamment parce que ce type d'échange dénote une exploitation et une perte de dignité ou d'autonomie des personnes impliquées.

Le facteur de la finalité des actes vise à prendre en compte l'esprit ou l'objectif qui sous-tend les pratiques dont on allègue l'indécence. Par exemple, en matière d'obscénité et de spectacles indécents, des éléments qui dénotent une finalité artistique seront généralement mieux tolérés (voir *Towne Cinema*, p. 512; *Butler*, p. 482-483; *Little Sisters*, par. 65 et 195). En ce qui a trait aux actes indécents, des pratiques qui ont pour objectif d'infliger des

degrading acts will be perceived negatively by the community.

Harm to the participants is also relevant. Attention must therefore be paid to the risk of physical or psychological harm. This approach permits the risk of spreading sexually transmitted diseases ("STDs") to be taken into account: *Tremblay*, at pp. 970-71. If the evidence demonstrates a real risk of transmission linked to the systematic absence of protective measures, this factor will be relevant. We do not agree with the majority on this point, since Canadians' tolerance of sexual practices is influenced by the risks of spreading STDs.

Finally, the consent of the participants or the fact that those present are informed adults is not in itself a determinative factor. A consensual sexual act that is totally acceptable in another situation may be indecent if it is performed in a context in which it offends the Canadian community standard of tolerance. Once again, it is the tolerance of the general public that counts, not the tolerance of the participants or spectators: *Towne Cinema*, at p. 508. Moreover, Sopinka J. stated the following in *Butler*, at p. 479:

> In the appreciation of whether material is degrading or dehumanizing, the appearance of consent is not necessarily determinative. . . . Sometimes the very appearance of consent makes the depicted acts even more degrading or dehumanizing.

See also *Mara*, at para. 35. It is even necessary to avoid relying on the consent of the participants as a determinative factor. The absence of consent may nevertheless contribute to the characterization of acts as degrading or dehumanizing. This is how we interpret Cory J.'s discussion of informed consent in his reasons in *Tremblay*, at p. 971.

3.4 *Role of the Judge*

Before applying these principles to the facts, we will discuss the issue of the role of judges in identifying and applying the standard of tolerance. A

blessures corporelles ou de commettre des actes dégradants influenceront négativement la perception de la société.

131 Le préjudice subi par les participants s'avère aussi pertinent. Il faut alors porter attention aux risques de préjudice corporel ou psychologique. Cette approche permet de prendre en compte le risque de propagation de maladies transmissibles sexuellement (« MTS ») : *Tremblay*, p. 970-971. Dans la mesure où la preuve démontre un risque réel de transmission lié à l'absence systématique de mesures de protection, ce facteur restera pertinent. Nous ne partageons pas la position de la majorité sur ce point, puisque la tolérance des Canadiens à l'égard de pratiques sexuelles se trouvera influencée par les risques de transmission de MTS.

132 Finalement, le consentement des participants ou la présence d'adultes avertis ne sont pas, à eux seuls, des éléments décisifs. Un acte sexuel consensuel, tout à fait accepté dans une autre situation, peut en effet être indécent s'il est accompli dans un contexte tel qu'il ne respecte pas la norme de tolérance de la société canadienne. Nous le répétons, c'est la tolérance de la population en général qui compte et non celle des participants ou spectateurs : *Towne Cinema*, p. 508. De plus, comme l'indiquait le juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, p. 479 :

> Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante. [. . .] Parfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants.

Voir aussi *Mara*, par. 35. Il faut même éviter de se fier au consentement des participants comme facteur décisif. L'absence de consentement pourra toutefois contribuer à qualifier les actes comme dégradants ou déshumanisants. C'est en ce sens que nous interprétons les motifs du juge Cory dans l'arrêt *Tremblay* lorsqu'il traite, à la p. 971, du consentement éclairé à l'accomplissement des actes.

3.4 *Le rôle du juge*

133 Avant d'aborder l'application des principes aux faits, nous discuterons maintenant de la question du rôle du juge dans l'identification et la mise en

precise understanding of the role of the judge will help to explain why a contextual analysis of the standard of tolerance offers a sufficient degree of objectivity. It will also reduce the need to change the state of the law on indecency on the basis that the analysis must be made more objective.

œuvre de la norme de tolérance. Une compréhension exacte du rôle du juge permet d'expliquer pourquoi l'analyse contextuelle de la norme de tolérance offre suffisamment d'objectivité. Elle diminue d'autant la nécessité de modifier l'état du droit en matière d'indécence au motif qu'il faut rendre l'analyse plus objective.

134 In support of using harm as the basic test for establishing indecency, the majority cites the need to make the analysis more objective. It must be acknowledged, however, that a certain degree of subjectivity is inherent in the establishment of the standard of tolerance because of the judge's role as interpreter of the community's minimum standards regarding sex. Despite this problem, the analysis remains objective on the whole as long as the judge ignores his or her personal convictions and instead tries to determine the nature of the social consensus. Judges must not only identify the harm addressed by the *Criminal Code*'s provisions on indecency, but also determine the nature and content of the moral values of the community in which they perform their functions in order to establish the standard of tolerance.

Pour privilégier la notion de préjudice comme critère fondamental servant à établir l'indécence, la majorité invoque la nécessité de rendre l'analyse plus objective. On doit reconnaître toutefois qu'un certain degré de subjectivité demeure inhérent à la détermination de la norme de tolérance en raison du rôle du juge comme interprète des normes minimales sociales en matière sexuelle. Malgré cette difficulté, l'analyse demeure objective dans l'ensemble dans la mesure où le juge fait abstraction de ses convictions personnelles pour rechercher la nature du consensus social. Les juges doivent non seulement identifier le mal que les dispositions du *Code criminel* traitant de l'indécence visent à enrayer, mais aussi déceler la nature et le contenu des valeurs morales de la société dans laquelle ils exercent leurs fonctions afin d'identifier la norme de tolérance.

135 The judge's role is not to review the evidence for the sole purpose of determining whether or not a particular social harm has been sustained and establishing the degree of that harm. His or her role is to resolve a question of law by assessing the nature of the acts in their context and evaluating them in relation to the practices and attitudes of Canadians. It is a difficult task, but as [TRANSLATION] "a product of his or her times, shaped by his or her culture and concerns, the judge must assume the risks of the problems involved in identifying and reconciling values that are contradictory": see LeBel, at p. 57. Despite the difficulties, the original test for tolerance should not be set aside to make way for a new one based solely on harm. The test was from the start designed to be a sufficiently objective standard, both conceptually and when applied to the facts: see *Towne Cinema*, at pp. 503, 508, 515 and 516. Judges inquire into the behaviour and attitudes of Canadians relating to morals and then consider the parties' evidence on this issue. A choice of

Le rôle du juge ne consiste pas à examiner la preuve uniquement pour constater la présence ou l'absence d'un préjudice social en particulier et en déterminer le degré. Son rôle consiste à répondre à une question de droit, en examinant la nature des actes dans leur contexte et en les évaluant par rapport aux pratiques et aux attitudes des Canadiens. C'est une tâche difficile, mais, « homme ou femme d'une époque, formé par sa culture et ses préoccupations, [il] doit assumer les risques des problèmes d'identification et de mise en relation de valeurs contradictoires » : voir LeBel, p. 57. Malgré les difficultés, on ne devrait pas rejeter le test original de tolérance et faciliter l'avènement d'un nouveau test fondé uniquement sur la notion de préjudice. Le test, dès l'origine, a été conçu comme une norme suffisamment objective, tant sur le plan conceptuel que sur le plan de l'application aux faits : voir *Towne Cinema*, p. 503, 508, 515 et 516. Les juges s'informent sur les comportements et les attitudes des Canadiens quant aux mœurs et considèrent

values is made, but the judge must subordinate his or her personal views on morality to community-wide standards. This approach makes it possible to uphold the values on which there is a social consensus and thereby ensure a sufficient level of objectivity. Following it does not appear to pose insurmountable problems for the courts: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, at p. 1159. Nor is this the only area in which judges must engage in such an exercise.

ensuite la preuve des parties sur cette question. Un choix de valeurs s'effectue, mais le juge a l'obligation de subordonner ses conceptions personnelles de la moralité aux normes de la société en général. Cette méthode permet de respecter les valeurs qui font consensus au sein de la société et, par le fait même, d'assurer un niveau suffisant d'objectivité. Son application ne semble pas poser de difficultés insurmontables pour les tribunaux : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, p. 1159. Ce n'est d'ailleurs pas ici le seul domaine où pareil exercice est demandé au juge.

Judges uphold a social morality that is not necessarily attached to personal beliefs, but is grounded in the values of the general public, particularly those values that are reflected in legislation dealing with sexuality. In such a context, judges can, despite their role as interpreters of social morality, maintain a sufficient degree of objectivity by relying on values asserted in legislation. Expert witnesses, often specialists in social sciences, can also assist judges in their work and help ensure a sufficient degree of objectivity.

136 Le juge affirme une morale sociale qui n'est pas nécessairement rattachée à des croyances personnelles, mais qui ressort des valeurs de la population, notamment celles reflétées dans la législation en matière sexuelle. Dans un tel cadre, le juge peut, malgré son rôle d'interprète de la morale sociale, assurer un degré d'objectivité suffisant en recourant aux valeurs qu'affirme la législation. Le témoin expert, souvent spécialiste en sciences sociales, aidera aussi le juge dans sa tâche et permettra d'assurer un degré d'objectivité suffisant.

4. Applying the Principles to the Facts

4. L'application des principes aux faits

In the case at bar, we find that the sexual acts in issue were indecent, given their context. In our opinion, the community does not tolerate the performance of acts of this nature in a place of business to which the public has easy access. The appellant's establishment was therefore a common bawdy-house.

137 Nous concluons, en l'espèce, que les actes sexuels en cause étaient indécents compte tenu du contexte. La société ne tolère pas, à notre avis, que des actes de cette nature surviennent dans un lieu commercial auquel le public a facilement accès. L'établissement de l'appelant était donc une maison de débauche.

4.1 *Nature of the Acts*

4.1 *La nature des actes*

138 The nature of the sexual acts in the instant case contributes to their indecency. Objectively, irrespective of the context and of views regarding the morality of the acts themselves, it must be recognized that group sexual practices are not the norm. At page 34 of his expert report, and in his testimony, Mr. Campbell indicated that [TRANSLATION] "most Quebeckers do not wish to take part in partner swapping or group sex": A.R., vol. VIII, at pp. 1244 and 1400. Only two to five percent of the population engages in these practices: A.R., vol. VIII,

La nature des actes sexuels en l'espèce contribue à leur indécence. Objectivement, sans tenir compte du contexte et en évitant de juger de la moralité de ces actes en eux-mêmes, il faut reconnaître que les pratiques sexuelles de groupe ne constituent pas la norme. À la page 34 de son rapport d'expert et lors de son témoignage, M. Campbell indique que « la plupart des Québécois et Québécoises ne souhaitent pas pratiquer l'échangisme ni la sexualité de groupe » : D.A., vol. VIII, p. 1244 et 1400. Seulement 2 à 5 pour 100 de la

at p. 1196. It should be recognized that although the expert maintains that Canadians generally tolerate partner swapping, his comments clearly indicate that it would not be tolerated in a public place. The context will be discussed below. Moreover, the type of partner swapping that occurred in the appellant's establishment involved the widest range of practices, including acts of penetration, fellatio and masturbation performed simultaneously or in turn by several men with a single woman.

139 In our view, it would be possible to characterize some of these acts as degrading, given that the types of sexual acts between several men and a single women could lead to the exploitation or degradation of women or to the use of women or their bodies as objects of sexual gratification. However, this issue does not need to be resolved in the case at bar, since the nature of the acts must always be considered *in their context*. A contextual analysis shows that the impugned acts exceed the Canadian public's threshold of tolerance.

4.2 *Context*

140 The majority discussed the fact that all the participants were informed adults whose actions were consensual and voluntary. As we saw above, the participants' consent and their membership in a club or adoption of a collective philosophy are not determinative factors for establishing the general standard of tolerance or determining whether the acts were indecent. The fundamental question is whether Canadians tolerate other Canadians participating in or witnessing the sexual acts in issue, having regard to the context in which they occurred. In the analysis in the instant case, five contextual elements must be considered.

4.2.1 Private or Public Nature of the Place

141 An analysis of the place where the acts were performed shows that the establishment is a public

population s'adonne à ces pratiques : D.A., vol. VIII, p. 1196. Il faut reconnaître que l'expert souligne que les Canadiens tolèrent l'échangisme en général, mais ses commentaires laissent clairement entendre qu'il ne sera pas toléré s'il survient dans un lieu public. Le contexte sera discuté ultérieurement. De plus, le type d'échangisme pratiqué dans l'établissement de l'appelant donne lieu aux pratiques les plus diverses, comme le révèlent les exemples d'actes de pénétration, de fellation et de masturbation pratiqués de manière simultanée ou successive par plusieurs hommes avec une seule femme.

À notre avis, il serait possible de qualifier certains de ces actes de dégradants compte tenu du fait que les types d'actes sexuels entre plusieurs hommes et une seule femme pourraient mener à l'exploitation, à l'avilissement ou à l'utilisation des femmes ou de leurs corps à titre d'objets de gratification sexuelle. Cependant, cette question n'a pas besoin d'être résolue dans la présente cause, puisque l'on doit toujours considérer la nature des actes *dans leur contexte*. Il ressort de l'analyse contextuelle que les actes reprochés dépassent le seuil de tolérance du public canadien.

4.2 *Le contexte*

La majorité s'attarde sur le fait que tous les participants étaient des adultes avertis qui agissaient de façon consensuelle et volontaire. Comme nous l'avons vu antérieurement, le consentement des participants et leur adhésion à un club ou à une philosophie collective ne sont pas des facteurs décisifs pour déterminer la norme de tolérance générale ni pour décider de l'indécence. La question fondamentale est de savoir si les Canadiens tolèrent que d'autres Canadiens participent aux actes sexuels en cause ou en soient témoins, compte tenu du contexte dans lequel ils surviennent. En l'espèce, l'analyse requiert la considération de cinq éléments contextuels.

4.2.1 Le caractère privé ou public des lieux

Une analyse du lieu dans lequel les actes sont pratiqués révèle que l'établissement est public.

one. Although advertised as a private club, L'Orage was a place to which the public had ready access "by invitation, express or implied", within the meaning of s. 197(1) *Cr. C.* Several facts illustrate this public dimension and the ease with which the public could enter the establishment. It should be noted that, despite the measures allegedly taken to limit access, members of the general public were on many occasions invited to join the club and to take part in sexual activities on the third floor. The number of people who had access to the establishment and, potentially, to the third floor was also very high, about 800. All that was necessary to gain access to the establishment was to pay the requested fee after a cursory interview that was quite superficial. It was even easier to gain access to the establishment and to the third floor simply as the guest of a club member. Neither the appellant nor his employees interviewed guests or gave them an official warning. They merely relied on the members to tell their guests about the exact nature of the sexual acts taking place on the third floor and to ensure that those guests shared the philosophy of partner swapping and would not be shocked by what they saw.

Bien qu'il s'annonce comme un club privé, le club L'Orage constitue un endroit auquel le public a facilement accès, « sur invitation, expresse ou implicite » comme l'énonce le par. 197(1) *C. cr.* Plusieurs éléments factuels illustrent cette dimension publique et la facilité avec laquelle le public peut entrer dans l'établissement. Il faut rappeler que les membres du grand public sont invités à maintes reprises à devenir membre du club et à participer aux activités sexuelles au troisième étage et ce, malgré les mesures de contrôle qui prétendent en limiter l'accès. Le nombre d'individus qui accèdent à l'établissement et potentiellement au troisième étage est aussi très élevé, soit 800. Pour accéder à l'établissement, il suffit de payer les frais exigés après avoir subi une entrevue simple et peu sérieuse. On peut même accéder à l'établissement et au troisième étage encore plus aisément en étant simplement l'invité d'un membre du club. L'appelant ou ses employés ne procèdent alors à aucune entrevue et ne donnent aucun avertissement officiel. On se fie uniquement aux membres actuels pour informer leurs invités au sujet de la nature précise des actes sexuels qui se déroulent au troisième étage et pour s'assurer qu'ils partagent la philosophie de l'échangisme et ne soient pas choqués par ce qu'ils voient.

To sum up, this was a place with a decidedly public character. The appellant's establishment was not just a place to which the general public had access by express or implied invitation. The public could enter it very easily. The evidence demonstrates the ease with which members of the general public could gain access to the club and to the third floor to witness or take part in sexual acts. This was not a closed circle whose members shared the same philosophy and swapped partners in private. The situation in the case at bar has nothing in common with that of *Tremblay*, in which those involved were able to isolate themselves in a place that, in the circumstances of that case, offered relative privacy. We therefore agree with the conclusions drawn by the trial judge:

142 En somme, il s'agit d'un endroit dont la nature reste décidément publique. L'établissement de l'appelant n'est pas seulement un lieu auquel le grand public a accès sur invitation expresse ou implicite. L'accès du public s'y effectue très aisément. La preuve souligne la facilité avec laquelle les membres du grand public pouvaient accéder au club et au troisième étage pour être témoins des actes sexuels ou y prendre part. Il ne s'agit pas d'un cercle privé au sein duquel des membres partagent une même philosophie et pratiquent l'échangisme dans l'intimité. La situation en l'espèce n'a d'ailleurs rien à voir avec celle de l'arrêt *Tremblay* où il était possible de s'isoler dans un endroit qui assurait, dans les circonstances de l'affaire, une relative intimité. Nous partageons donc les conclusions de la juge de première instance :

[TRANSLATION] Having reviewed the evidence, the Court finds that Mr. Labaye intentionally characterized the third floor as a private apartment even though all the

Le Tribunal arrive à la conclusion, après examen de la preuve, que c'est à dessein que M. Labaye a qualifié d'appartement privé ce troisième niveau, alors que tous

members and their guests had access to it. The distinction made by Mr. Labaye between his "public" club and his allegedly "private" apartment is but a smokescreen that fails to hide the incontrovertible reality that sexual relations of all sorts were taking place in public inside a licensed establishment that was accessible to a large number of clients who had paid to enter it.

([1999] R.J.Q. 2801, at pp. 2807-8)

143 The majority's reasons for judgment appear to indicate that since the "public" in the case at bar consisted solely of club members and their guests, the "general public" was at no risk of seeing the acts in question. We cannot subscribe to this interpretation. The "public" in the instant case consisted of people who were both participants and spectators. A place can be sufficiently public even though the people gathered there are members of a "private" club or the guests of members. It should be noted here that in the context of an offence under s. 210(1) *Cr. C.*, tolerance, and thus indecency, concerns persons who take part in acts, their consent notwithstanding and regardless of whether spectators are present. The fundamental issue remains whether the community tolerates having these individuals witness these activities or take part in them in this context.

144 In our view, the standard of tolerance is offended when acts of partner swapping such as those performed in the case at bar occur in a place whose public nature is undeniable. We rely in particular on the testimony of Mr. Campbell cited above and on the analysis of his testimony by Judge Boisvert in *Angerillo*, at para. 129. Although the expert in the instant case relied on erroneous facts in concluding that the apartment on the third floor of Labaye's building was a private place, the principles that can be drawn from his testimony are still applicable here. The ease with which the public had access to the appellant's establishment where acts as explicit as these were taking place and the absence of privacy provide strong support for the conclusion that the community's tolerance does not go so far as to include these practices.

les membres et leurs invités y avaient accès. La distinction faite par M. Labaye entre son club « public » et son appartement prétendument « privé » n'est qu'un écran de fumée qui ne saurait cacher la réalité incontestable que des relations sexuelles de toutes sortes avaient lieu publiquement à l'intérieur d'un établissement licencié accessible à une large clientèle qui avait payé pour y pénétrer.

([1999] R.J.Q. 2801, p. 2807-2808)

Les motifs du jugement majoritaire semblent indiquer que puisque le « public » en l'espèce est composé uniquement des membres du club et de leurs invités, le « grand public » ne risque pas de voir les actes en question. Nous ne pouvons souscrire à cette analyse. Le « public » en l'espèce est composé de gens qui sont à la fois participants et spectateurs. Un lieu peut être suffisamment public bien que les personnes qui s'y rassemblent soient membres d'un club « privé » ou soient leurs invités. Rappelons ici que, dans le cadre d'une infraction visée au par. 210(1) *C. cr.*, la notion de tolérance, et donc d'indécence, vise les personnes qui participent aux actes, malgré leur consentement et indépendamment de la présence de spectateurs. La question fondamentale reste de savoir si la société tolère que ces individus soient témoins de ces activités ou y participent dans ce contexte.

À notre avis, la norme de tolérance est dépassée dès lors que des actes d'échangisme sexuel comme ceux pratiqués en l'espèce se déroulent dans un lieu dont le caractère public est indéniable. Nous nous appuyons notamment sur le témoignage de M. Campbell cité précédemment et sur l'analyse de son témoignage par le juge Boisvert dans l'affaire *Angerillo*, par. 129. Bien que la base factuelle sur laquelle s'appuyait l'expert ait été erronée dans la présente cause lorsqu'il conclut que l'appartement au troisième étage de l'édifice de Labaye était un lieu privé, les principes qu'il est possible de dégager de son témoignage demeurent applicables en l'espèce. La facilité avec laquelle le public a accès à l'établissement de l'appelant où se déroulent des actes aussi explicites et l'absence d'intimité contribuent fortement à la conclusion que la tolérance de la société à l'égard de ces pratiques ne va pas aussi loin.

4.2.2 Composition of the Group of Participants and the Audience

As we have already mentioned, this is a case involving informed adults who presumably shared the philosophy of partner swapping. However, this characteristic of the participants is not relevant under s. 210 *Cr. C.* other than to demonstrate the existence of degrading or dehumanizing acts.

4.2.3 Measures Taken to Limit Access to the Place

In the case at bar, the appellant claims to have set up an adequate system for limiting access to the establishment and to the third floor to individuals who shared the philosophy of partner swapping and who knew what to expect when they entered the establishment. Our colleagues agree with him that the initial interview, the membership fees, the doorman on the first floor, the word "*Privé*" on the door leading to the third floor and the numeric lock on the door to the appellant's apartment were effective and appropriate measures for controlling access.

With respect, these conclusions contradict the trial judge's findings, and we see no fatal error in her analysis. The interview with prospective members served merely to answer their questions, they were given no warning or official explanation regarding the sexual acts taking place in the establishment, and the veracity of their statements was not verified. The membership fees only confirm the commercial nature of the place and of the impugned acts, as we will see below. The purpose for which the money was collected is irrelevant, as the only material question is whether it was necessary to pay to take part in the acts. The notice on the door to the third floor was just as ineffective, since there was, as the trial judge indicated, a constant flow of people between the establishment's three floors. The trial judge pointed out that the third floor was a dependency of the two lower floors (p. 2807). Finally, the evidence shows that all club members were given the combination to the numeric lock on the apartment door upon joining the club and that

4.2.2 La composition du groupe des participants et de l'auditoire

145 Comme nous l'avons déjà mentionné, il s'agit en l'espèce d'adultes avertis qui partagent présumément la philosophie de l'échangisme. Cependant, cette caractéristique des participants n'est pas pertinente sous le régime de l'art. 210 *C. cr.* autrement que pour démontrer l'existence d'actes dégradants ou déshumanisants.

4.2.3 Les mesures visant à limiter l'accès au lieu

146 Dans la présente affaire, l'appelant prétend avoir développé un système de contrôle adéquat pour limiter l'accès à l'établissement et au troisième étage aux individus qui partagent la philosophie de l'échangisme et qui savent à quoi s'attendre en accédant à l'établissement. Nos collègues sont d'accord pour dire que l'entrevue initiale, les frais d'adhésion, le portier au premier étage, l'inscription « Privé » sur la porte menant au troisième étage et la serrure numérique sur la porte menant à l'appartement de l'appelant sont des mesures de contrôle efficaces et appropriées.

147 Avec respect, ces conclusions contredisent celles de la juge du procès et nous ne voyons aucune erreur déterminante dans son analyse. L'entrevue avec les futurs membres ne sert qu'à répondre à leurs questions, ils ne reçoivent aucun avertissement ni explication officielle des actes sexuels qui se déroulent dans l'établissement et la véracité de leurs propos ne fait l'objet d'aucune vérification. Les frais d'adhésion ne font que confirmer le caractère commercial du lieu et des actes reprochés, comme nous le verrons. Le but auquel servira l'argent est non pertinent, la seule question substantielle étant de savoir s'il faut payer pour participer aux actes. L'inscription sur la porte donnant accès au troisième étage est tout aussi inefficace, puisqu'il existe, comme l'a relevé la juge de première instance, un va-et-vient continuel entre les trois étages de l'établissement. La juge souligne que le troisième niveau est une dépendance des deux premiers (p. 2807). Finalement, la preuve révèle que tous les membres du club obtiennent la

they were all free to take guests there. In short, these measures did not adequately limit the public's access to a place where very explicit sexual acts were performed. In our view, the degree of privacy was therefore insufficient.

4.2.4 Commercial Nature of the Place and the Acts

148 An analysis of the establishment's operations reveals the commercial nature of the activities that took place there. Several of the facts mentioned above testify to the commercial nature of the appellant's business. Sexual acts could be performed on the third level of the establishment only after a mandatory commercial transaction between the participants and the owner of the establishment, since everyone had to pay a fee to become a member. The participants essentially purchased sexual services provided by other participants, although the commercial operation was less direct or significant than in *Mara*, in which the payment was made in exchange for the right to perform certain acts with a dancer.

149 Canadians are not inclined to tolerate the commercial exploitation of sexual activities, which is contrary to a number of values of the Canadian community, such as equality, liberty and human dignity. The existence of facts that appear to be indicative of the commercial exploitation of sexual acts, while not in itself sufficient to support a finding of indecency, does clearly support the conclusion that the community standard of tolerance has been offended in the case at bar.

4.2.5 Resulting Social Harm

150 Under s. 210(1) *Cr. C.*, whether or not social harm has been sustained is not a determinative factor in establishing indecency. It may, however, assist in gauging the degree of community tolerance when humiliating, degrading or demeaning acts are performed.

combinaison de la serrure numérique sur la porte de l'appartement dès leur admission au club. Ils sont tous libres d'y amener des invités. En somme, ces mesures de contrôle ne réussissent pas à limiter adéquatement l'accès du public à un lieu où des actes sexuels très explicites sont pratiqués. Le degré d'intimité n'est donc pas suffisant à notre avis.

4.2.4 Le caractère commercial des lieux et des actes

L'analyse du fonctionnement de l'établissement révèle le caractère commercial des activités qui s'y déroulent. Plusieurs éléments factuels mentionnés auparavant témoignent du caractère commercial de l'entreprise de l'appelant. La pratique d'actes sexuels au troisième niveau de l'établissement ne devient possible qu'après un échange commercial obligatoire entre les participants et le propriétaire de l'établissement, puisque toute personne doit débourser des frais d'adhésion pour devenir membre. Pour les participants, il s'agit en quelque sorte d'un achat de services sexuels fournis par d'autres participants, bien qu'il s'agisse d'une exploitation commerciale moins directe ou significative que celle que l'on retrouvait dans l'arrêt *Mara* où le paiement permettait de pratiquer certains actes sur une danseuse.

Les Canadiens ne sont pas portés à tolérer l'exploitation commerciale d'activités sexuelles, puisque cela va à l'encontre de plusieurs valeurs de la société canadienne telles l'égalité, la liberté, et la dignité de la personne. La présence d'éléments factuels qui se rapprochent d'une exploitation commerciale des actes sexuels, bien qu'elle ne suffise pas en elle-même pour conclure à l'indécence, contribue clairement en l'espèce au dépassement de la norme de tolérance de la société.

4.2.5 La présence d'un préjudice social

Dans le cadre du par. 210(1) *C. cr.*, la présence ou l'absence d'un préjudice social ne constitue pas un élément décisif en ce qui concerne l'indécence. Ce critère pourrait tout de même aider à déceler le degré de tolérance de la société lors des actes déshumanisants, avilissants ou dégradants sont pratiqués.

In the instant case, it is still possible to conclude that a form of social harm has been sustained that indicates that the level of tolerance of Canadians has been exceeded. This harm results from the failure to meet the minimum standards of public morality rather than from incompatibility with the "proper functioning of society" or from predisposing others to anti-social behaviour. This conclusion is specific to s. 210(1) *Cr. C.* and results from the establishment of the standard of tolerance on the basis of an objective, contextual analysis of the sexual acts.

Dans la présente affaire, il reste même possible de conclure à l'existence d'une forme de préjudice social qui indique que le degré de tolérance des Canadiens a été dépassé. Ce préjudice résulte du non-respect des normes minimales de moralité publique plutôt que de l'incompatibilité avec le « bon fonctionnement de la société » ou l'incitation à la conduite antisociale. Cette conclusion est propre au par. 210(1) *C. cr.* et ressort de la détermination de la norme de tolérance en fonction d'une analyse objective et contextuelle des actes sexuels. 151

Thus, an analysis of the context in which the acts took place may make up for the absence of harm as defined by the majority, as whether or not such harm has been sustained is just one of the factors to be considered. In the instant case, the public and commercial dimensions of the sexual practices in issue would lead to the conclusion that those practices were indecent even if there were no harm.

Ainsi, l'analyse du contexte dans lequel les actes surviennent peut pallier l'absence de préjudice au sens où l'entend la majorité, la présence ou l'absence d'un tel préjudice n'étant qu'un des facteurs à considérer dans l'analyse. En l'espèce, la dimension publique et commerciale des pratiques sexuelles en cause permettrait une conclusion d'indécence, même s'il n'existait aucun préjudice. 152

4.3 *Conclusion Regarding Indecency*

In the case at bar, the impugned sexual acts were very explicit acts, and they took place in a commercial establishment that was easily accessible to the general public. This situation caused a certain form of social harm resulting from the failure to meet the minimum standards of public morality. In light of these contextual factors, we are of the opinion that the sexual acts performed in the appellant's establishment clearly offended the Canadian community standard of tolerance and were therefore indecent. Our analysis does not permit us to conclude that the Canadian community would tolerate the performance, in a commercial establishment to which the public has easy access, of group sexual activities on the scale of those that took place in this case. The appellant's establishment is therefore a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

4.3 *Conclusion sur l'indécence*

Les actes sexuels reprochés en l'espèce sont des actes très explicites qui surviennent dans un lieu commercial facilement accessible au grand public. Il résulte de cette situation une certaine forme de préjudice social engendré par le non-respect des normes minimales de moralité publique. Compte tenu de ces éléments contextuels, nous sommes d'avis que les actes sexuels pratiqués dans l'établissement de l'appelant dépassent clairement la norme de tolérance de la société canadienne. Ils sont par conséquent indécents. Après notre analyse, nous ne pouvons conclure que la société canadienne tolérerait que des activités sexuelles de groupe de l'ampleur de celles qui surviennent en l'espèce puissent se pratiquer dans un établissement commercial auquel le public a facilement accès. L'établissement de l'appelant est donc une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.* 153

5. Disposition

We would have dismissed the appeal and upheld the appellant's conviction.

5. Dispositif

Nous aurions rejeté le pourvoi et confirmé la culpabilité de l'appelant. 154

Appeal allowed, BASTARACHE *and* LEBEL JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Robert La Haye, Montréal; Pariseau, Olivier, Montréal.

Solicitor for the respondent: City of Montréal.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE *et* LEBEL *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Robert La Haye, Montréal; Pariseau, Olivier, Montréal.

Procureur de l'intimée : Ville de Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Kouri *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* KOURI

Neutral citation: 2005 SCC 81.

File No.: 30588.

2005: April 18; 2005: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Keeping common bawdy-house — Indecency — Harm-based test — Group sex in club — Whether conduct constitutes criminal indecency — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 210(1).

Following a police investigation, the accused was charged with keeping a common bawdy-house for the practice of indecent acts under s. 210(1) of the *Criminal Code*. The accused operated a licensed bar in Montréal. According to the evidence at trial, access to the bar was restricted to couples. A doorman asked prospective clients if they were a "liberated couple", and only couples answering yes were permitted to enter after paying a $6 fee. Every half hour, a translucent curtain closed around the dance floor where people would engage in group sex activities. The trial judge convicted the accused. The majority of the Court of Appeal set aside the conviction, concluding that the acts at issue did not constitute criminal indecency.

Held (Bastarache and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the accused's acquittal affirmed.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: In light of the comments made in the companion case *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80, the conduct at issue in this case did not constitute criminal indecency. First, the evidence does not establish a significant risk of harm to the autonomy and liberty of members of the public. The

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

James Kouri *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* KOURI

Référence neutre : 2005 CSC 81.

N° du greffe : 30588.

2005 : 18 avril; 2005 : 21 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Tenue d'une maison de débauche — Indécence — Test fondé sur le préjudice — Activités sexuelles de groupe dans un club — Indécence de la conduite au sens du droit criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 210(1).

À la suite d'une enquête policière, une accusation a été portée contre l'accusé pour avoir tenu une maison de débauche en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*. L'accusé exploitait un bar à Montréal. Selon la preuve présentée au procès, seuls les couples y avaient accès. Un portier demandait aux clients potentiels s'ils formaient un « couple libéré » et si le couple répondait par l'affirmative, il était autorisé à entrer moyennant des frais de 6 $. Toutes les demi-heures, un rideau translucide se fermait autour de la piste de danse où des personnes se livraient à des activités sexuelles de groupe. Le juge du procès a condamné l'accusé. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé la déclaration de culpabilité, concluant que les actes en cause ne constituaient pas des actes d'indécence au sens du droit criminel.

Arrêt (les juges Bastarache et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et l'acquittement de l'accusé confirmé.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron : Selon les remarques formulées dans l'arrêt connexe *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80, la conduite en cause ne constituait pas des actes d'indécence au sens du droit criminel. Premièrement, la preuve n'établit pas l'existence d'un risque appréciable d'atteinte à l'autonomie et

Crown presented no evidence of anyone witnessing this conduct against his or her will, or of anyone entering the establishment not knowing what to expect. The control mechanisms at the door of the bar, put in context, were adequate to restrict access to people informed about the nature of the place and willing to observe or participate in the activities taking place therein. The apparent failure to ask the investigating officers if they were a liberated couple is insufficient to displace the evidence that the practice was to ask each new couple if they were liberated. Second, there is no evidence of inducing anti-social attitudes through demeaning, abusive or humiliating treatment of any individual or group. No one was pressured into sex, was paid for sex, or was treated as a mere object for the sexual gratification of others. Finally, there is no suggestion of physical or psychological harm to the participants. The health risk from engaging in unprotected sexual activities is conceptually and causally unrelated to indecency and cannot be an independent basis for a finding of criminal indecency. [11-23]

Per Bastarache and LeBel JJ. (dissenting): Based on the approach developed in the companion case of *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80, it must be concluded that the acts observed in the accused's establishment were indecent because they clearly offended the Canadian community standard of tolerance. It is essential to continue applying the original test for indecency, which focusses on a contextual analysis of the impugned acts and incorporates the concept of harm as a significant, but not determinative, factor to consider in establishing the applicable level of tolerance. In the case at bar, even if the acts took place between informed and consenting adults, this does not in itself mean that they met the standard of tolerance. The impugned acts were performed in a public place; the degree of privacy afforded for the performance of sexual acts in the establishment was virtually nil, and the measures taken, which supposedly limited access to the club to informed people who shared the philosophy of partner swapping, were practically nonexistent. In addition, the performance of sexual acts in the establishment was commercial in nature, since it was possible only after an entrance fee had been paid. Finally, having regard to the public and commercial context in which the impugned acts occurred, it can also be concluded that a certain form of social harm was sustained that resulted from the failure to meet the minimum standards of social morality. Because of the context in which

à la liberté des membres du public. Le ministère public n'a présenté aucune preuve démontrant qu'une personne aurait été involontairement témoin de cette conduite ou serait entrée dans l'établissement sans savoir ce qui l'attendait. Les mesures de contrôle appliquées à la porte, situées dans leur contexte, limitaient adéquatement l'accès au lieu aux personnes informées de la nature de l'endroit et disposées à voir les activités qui s'y déroulaient ou à y participer. L'omission apparente de demander aux enquêteurs s'ils formaient un couple libéré ne suffit pas à réfuter la preuve qu'il était d'usage de demander à chaque nouveau couple s'il était un couple libéré. Deuxièmement, rien ne prouve qu'une personne ou un groupe ait subi un traitement dégradant, abusif ou humiliant qui aurait favorisé des attitudes antisociales. Personne n'a été contraint de se livrer à des activités sexuelles, n'a été payé pour s'y livrer, ni n'a été traité comme un simple objet servant à la gratification sexuelle des autres. Enfin, rien n'indique que les participants aient subi un préjudice physique ou psychologique. Le risque que la participation à des activités sans protection présente pour la santé n'a pas de lien conceptuel ni causal avec l'indécence et ne saurait étayer de façon indépendante une conclusion d'indécence criminelle. [11-23]

Les juges Bastarache et LeBel (dissidents) : Adoptant l'approche développée dans l'arrêt connexe *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80, il faut conclure que les actes constatés dans l'établissement de l'accusé sont indécents parce qu'ils dépassent clairement la norme de tolérance de la société canadienne. Il est essentiel de s'en tenir au test original de détermination de l'indécence, qui met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de la détermination du niveau de tolérance applicable. En l'espèce, même si les actes sont survenus entre adultes avertis et consentants, cela n'emporte pas en soi conformité avec la norme de tolérance. Les actes reprochés étaient pratiqués dans un endroit public; le degré d'intimité pour la pratique d'actes sexuels dans l'établissement était presque nul, et les mesures de contrôle qui prétendent limiter l'accès au bar aux gens avertis qui partagent la philosophie échangiste étaient pratiquement inexistantes. Par ailleurs, la pratique d'actes sexuels dans l'établissement est de nature commerciale puisqu'elle ne devient possible qu'après le paiement du droit d'entrée. Enfin, compte tenu du contexte public et commercial dans lequel surviennent les actes reprochés, on peut aussi conclure à une certaine forme de préjudice social, préjudice qui résulterait du non-respect des normes minimales de moralité sociale. L'établissement de l'accusé constitue donc en raison du contexte dans lequel

the acts occurred, the accused's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) of the *Criminal Code*. [28] [32] [43-48]

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Followed: *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80; **applied:** *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; **referred to:** *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

By Bastarache and LeBel JJ. (dissenting)

R. v. Labaye, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) "public place", 210(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Proulx, Otis and Rochon JJ.A.), [2004] R.J.Q. 2061, 191 C.C.C. (3d) 42, [2004] Q.J. No. 7724 (QL), setting aside the accused's conviction on a charge of keeping a common bawdy-house. Appeal dismissed, Bastarache and LeBel JJ. dissenting.

Germain Tremblay, for the appellant.

Lucie Joncas and *Christian Desrosiers*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

1. Introduction

The Crown appeals from the decision of the Quebec Court of Appeal overturning Mr. Kouri's conviction of keeping a "common bawdy-house" for the "practice of acts of indecency" under s. 210(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The appeal was heard together with *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80. Both cases require elaborating the test for criminal indecency and applying it to the operation of clubs established to facilitate the practice of group sex activities. A more detailed discussion of the test for criminal indecency can be found in the companion case

les actes surviennent, une maison de débauche au sens du par. 210(1) du *Code criminel*. [28] [32] [43-48]

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêt suivi : *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80; **arrêt appliqué :** *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; **arrêt mentionné :** *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

Citée par les juges Bastarache et LeBel (dissidents)

R. c. Labaye, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « endroit public », 210(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Proulx, Otis et Rochon), [2004] R.J.Q. 2061, 191 C.C.C. (3d) 42, [2004] J.Q. nº 7724 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour avoir tenu une maison de débauche. Pourvoi rejeté, les juges Bastarache et LeBel sont dissidents.

Germain Tremblay, pour l'appelante.

Lucie Joncas et *Christian Desrosiers*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie, Deschamps, Fish, Abella et Charron rendu par

LA JUGE EN CHEF —

1. Introduction

Le ministère public se pourvoit contre la décision de la Cour d'appel du Québec d'infirmer la déclaration de culpabilité de M. Kouri pour avoir tenu une « maison de débauche » pour la « pratique d'actes d'indécence », en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le pourvoi a été entendu en même temps que l'affaire *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80. Dans ces deux dossiers, nous sommes appelés à préciser le test applicable à l'indécence criminelle et à l'appliquer à l'exploitation de clubs facilitant la pratique d'activités sexuelles en groupe. Nous 1

of *Labaye*. Following its application to the present set of facts, I conclude that the acts alleged were not indecent, and that the judgment of the Quebec Court of Appeal acquitting the respondent should be affirmed.

2. Facts

2 The respondent operated a licensed bar called "Cœur à Corps", on the first floor of a building in Montréal-Nord. The second floor was occupied by a strip club, "Cabaret Chez Mado", also owned by the respondent. "Cœur à Corps" was advertised in the *Journal de Montréal* as a meeting place for [TRANSLATION] "liberated couples only", but no further details were given as to the nature of the bar and the activities taking place therein. A similar advertisement on the Internet described the atmosphere of the bar as "warm and cozy".

3 "Cœur à Corps" had been in existence as a meeting place for liberated couples since 1985. It was only in 1996 that the police received a complaint and started an investigation into the potential commission of indecent acts. Undercover police officers attended at the bar five times between September and November 1996, and on three further occasions between January and March 1997. Two search warrants were issued and executed on the premises on November 16, 1996 and March 16, 1997, at which times the police arrested 62 and 95 persons, respectively, including both clients and employees. The respondent was charged with two counts of keeping a bawdy-house contrary to s. 210(1) of the *Criminal Code*.

4 According to the evidence at trial, access to the bar was only open to couples and a doorman asked prospective clients if they were a "liberated couple". If the couple answered yes, they were permitted to enter after paying a $6 fee. The establishment had both a seating area and a dance floor. Every half hour, a black, translucent curtain closed around the dance floor while slow music played for 8 to 12 minutes. At these times, up to 70 people, comprising almost 80 percent of the clientele, would be on the dance floor engaging in group sex activities. These included sexual caresses,

examinons plus en détail le test servant à apprécier l'indécence criminelle dans l'arrêt connexe *Labaye*. Après l'avoir appliqué aux faits de la présente affaire, je conclus que les actes allégués en l'espèce n'étaient pas indécents et que le jugement de la Cour d'appel du Québec acquittant l'intimé doit être confirmé.

2. Les faits

L'intimé exploitait un bar appelé le « Cœur à Corps » au rez-de-chaussée d'un immeuble situé à Montréal-Nord. À l'étage se trouvait un club de danseuses nues, le « Cabaret Chez Mado », appartenant aussi à l'intimé. Le « Cœur à Corps » était annoncé dans le *Journal de Montréal* comme un lieu de rencontres pour « couples libérés seulement », sans autres détails quant à la nature du bar et aux activités s'y déroulant. Une annonce semblable paraissant sur Internet qualifiait l'atmosphère du bar de « chaude et légère ».

L'existence du « Cœur à Corps » comme lieu de rencontres pour couples libérés remonte à 1985. Ce n'est qu'en 1996 que la police a reçu une plainte et a entrepris une enquête sur de possibles actes d'indécence. Des policiers en civil se sont rendus au bar à cinq reprises entre septembre et novembre 1996 et à trois autres occasions entre janvier et mars 1997. Deux mandats de perquisition ont été délivrés et exécutés sur les lieux le 16 novembre 1996 et le 16 mars 1997. À ces occasions, la police a arrêté respectivement 62 et 95 personnes, incluant des clients et des employés. L'intimé a fait l'objet de deux chefs d'accusation pour avoir tenu une maison de débauche en contravention du par. 210(1) du *Code criminel*.

Selon la preuve présentée au procès, seuls les couples avaient accès au bar et un portier demandait aux clients potentiels s'ils formaient un « couple libéré ». Si le couple répondait par l'affirmative, il était autorisé à entrer moyennant des frais de 6 $. L'établissement était composé d'une section où l'on pouvait s'asseoir et d'une piste de danse. Toutes les demi-heures, un rideau noir translucide se fermait autour de la piste de danse et l'on faisait jouer de la musique langoureuse pendant 8 à 12 minutes. À ces occasions, jusqu'à 70 personnes, soit près de 80 pour 100 de la clientèle, s'entassaient sur la piste

masturbation, fellatio and penetration. While the curtain served to separate the dance floor from the rest of the premises, it did not prevent observation of the sexual activities from the seating area.

de danse et se livraient à des activités sexuelles de groupe, notamment à des caresses sexuelles et à des actes de masturbation, de fellation et de pénétration. Si le rideau servait à isoler la piste de danse du reste des lieux, il n'empêchait pas pour autant l'observation des activités sexuelles à partir de la section où l'on pouvait s'asseoir.

There was no specific evidence that anyone entered the bar not knowing what to expect. The manager of the club, Mr. Lacroix, testified that he would not admit any couple who did not confirm that they were a liberated couple or any couple who were simply curious as to what was going on inside. He further stated that he gave orders to this effect to the doorman, when he was not himself present at the door. At the same time, the testimony left open the possibility that there might have been exceptions to this practice. Mr. Lacroix in fact indicated that he had not asked the undercover police officers if they were a liberated couple, but knew that they had come to the bar twice. Once inside, the police officers observed one incident where a woman became angry with her partner and the couple left the premises shortly thereafter. Apart from this incident, there is no further suggestion that anyone was unwillingly or unwittingly exposed to the acts committed in the club.

5 Aucune preuve précise n'indiquait que quelqu'un était entré dans le bar sans savoir ce qui l'attendait. Le gérant du club, M. Lacroix, a témoigné qu'il n'aurait admis aucun couple qui n'aurait pas confirmé être un couple libéré ou qui aurait été simplement curieux de voir ce qui se passait à l'intérieur. Il a en outre déclaré qu'il avait donné des ordres en ce sens au portier, lorsqu'il ne se trouvait pas lui-même à l'entrée. Par ailleurs, son témoignage laisse entendre qu'il pourrait y avoir eu quelques exceptions à cette pratique. M. Lacroix a en effet indiqué qu'il n'avait pas demandé aux policiers en civil s'ils formaient un couple libéré, sachant qu'ils étaient déjà venus deux fois au bar. À une occasion, à l'intérieur du bar, les policiers ont vu une femme se mettre en colère contre son compagnon et le couple quitter le bar peu après. Mis à part cet incident, rien d'autre ne tend à indiquer que quelqu'un ait été involontairement ou inconsciemment exposé aux actes commis dans le club.

3. Judicial History

3. Historique judiciaire

The main issue at trial was whether the respondent had the requisite *mens rea*, or criminal intent, to be found guilty of keeping a bawdy-house. On the issue of indecency, the trial judge, following a review of the case law, simply stated that [TRANSLATION] "[t]he defence has not argued this notion and the Court easily comes to the conclusion in this case that these are indecent acts committed in a public place in the sense of sections 150 and 197 of the Criminal Code" (Mun. Ct. Mtl., No. 197 044 886, June 14, 2000, at p. 9). On the issue of *mens rea*, he found that Mr. Kouri had been wilfully blind as to the indecent activities going on in his establishment, and that this sufficed to support a conviction.

6 La principale question en litige au procès consistait à déterminer si l'intimé avait la *mens rea*, ou l'intention criminelle, requise pour être reconnu coupable d'avoir tenu une maison de débauche. Sur la question de l'indécence, le juge du procès a simplement dit, après un examen de la jurisprudence, que « [l]a défense n'a pas plaidé cette notion et la Cour en arrive facilement à la conclusion dans cette affaire qu'il s'agit d'actes indécents accomplis dans un endroit public au sens des articles 150 et 197 du Code criminel » (C.M. Mtl., n° 197 044 886, 14 juin 2000, p. 9). Quant à la question de la *mens rea*, il a conclu que M. Kouri avait fait preuve d'aveuglement volontaire à l'égard des actes d'indécence qui se déroulaient dans son établissement et que cela suffisait pour justifier une déclaration de culpabilité.

7 The majority of the Quebec Court of Appeal allowed the appeal and set aside the conviction, on the ground that the acts at issue did not constitute criminal indecency ((2004), 191 C.C.C. (3d) 42). Otis J.A. concluded that only activities posing an objective risk of social harm should be penalized and the sexual activities in this case did not give rise to such a risk. While they were conducted in a public place, this was [TRANSLATION] "one where access was restricted and reserved for this purpose, without anyone being compelled to participate or to witness the sexual acts, nor to be used as a sexual object for the gratification of others" (para. 47).

8 Rochon J.A., in dissent, would have upheld the respondent's conviction on the basis that the activities at issue went beyond the rules of conduct necessary for the proper functioning of society. The risk of harm was difficult to measure concretely, but was not necessarily insignificant. More specifically, there was, in his view, [TRANSLATION] "clearly a loss of meaning or a trivialization of sexual relations and a confusion of the boundaries as to what is or is not possible to do in society" (para. 83).

4. Analysis

4.1 *The Test for Criminal Indecency*

9 As more fully discussed in the companion case of *Labaye*, Canadian law does not reduce indecency to what a judge views as morally corrupt. The law has evolved toward an objective test of indecency based on the community standard of tolerance, which, in turn, has come to depend on the risk of harm entailed by the impugned activities. Criminal sanction should only attach to render obscene or indecent materials or acts that create a significant risk of harm, incompatible with the proper functioning of society.

10 The present appeals require an elaboration of the structure of the inquiry in finding criminal indecency. Based on the guidelines emerging from

Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont accueilli l'appel et infirmé la déclaration de culpabilité au motif que les actes en cause ne constituaient pas des actes d'indécence au sens du droit criminel ([2004] R.J.Q. 2061). La juge Otis a conclu que seuls les actes présentant un risque objectif de préjudice social devraient être sanctionnés et que les actes sexuels en cause ne généraient pas un tel risque. Bien que les activités se soient déroulées dans un endroit public, il s'agissait d'un lieu « à accès restreint et réservé à cette fin, sans qu'aucune personne ne soit contrainte de participer ou d'être témoin des actes sexuels ni ne soit utilisée comme objet sexuel à la gratification des autres » (par. 47).

Le juge Rochon, dissident, aurait maintenu la déclaration de culpabilité de l'intimé parce que les activités en cause outrepassaient les règles de conduite nécessaires au bon fonctionnement de la société. Le risque de préjudice était difficile à mesurer concrètement, mais il n'était pas nécessairement négligeable. Plus précisément, il y avait selon lui « clairement une perte de sens ou une banalisation des relations sexuelles et une confusion des frontières quant à ce qu'il est ou non possible de faire en société » (par. 83).

4. Analyse

4.1 *Le test applicable à l'indécence criminelle*

Comme il est expliqué plus en détail dans l'arrêt connexe *Labaye*, le droit canadien ne réduit pas l'indécence à ce qu'un juge estime moralement corrompu. Le droit relatif à l'indécence a évolué vers un critère objectif fondé sur la norme de tolérance de la société qui, à son tour, dépend maintenant du risque de préjudice engendré par les activités contestées. Les sanctions pénales doivent servir à ce que seuls puissent être déclarés obscènes ou indécents le matériel ou les actes qui créent un risque appréciable de préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

Les présents pourvois exigent que nous précisions la structure de l'examen à effectuer pour conclure à l'indécence criminelle. Compte tenu

R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452, the analysis should proceed in two steps. Indecent criminal conduct will be established where the Crown proves beyond a reasonable doubt the following two requirements:

1. That, by its *nature*, the conduct at issue causes harm or presents a significant risk of harm to individuals or society in a way that undermines or threatens to undermine a value reflected in and thus formally endorsed through the Constitution or similar fundamental laws by, for example:

   (a) confronting members of the public with conduct that significantly interferes with their autonomy and liberty; or

   (b) predisposing others to anti-social behaviour; or

   (c) physically or psychologically harming persons involved in the conduct, and

2. That the harm or risk of harm is of a *degree* that is incompatible with the proper functioning of society.

4.2 *Application of the Test*

The first question is whether the conduct at issue harmed or posed a significant risk of harm to individuals or society.

As discussed more fully in the companion case of *Labaye*, the first harm the concept of indecency targets is interference with the autonomy and liberty of members of the public through unwanted exposure to the conduct at issue. The risk of such harm depends on the degree to which unwilling viewers were exposed to the conduct. Where the acts took place, the manner in which they took place, and the nature of the audience are relevant factors to consider: *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

des principes directeurs dégagés dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, cette analyse devrait être effectuée en deux étapes. La conduite criminelle indécente sera établie si le ministère public prouve, hors de tout doute raisonnable, les deux éléments suivants :

1. De par sa *nature*, la conduite en litige cause ou présente un risque appréciable que soit causé, à des personnes ou à la société, un préjudice qui porte atteinte ou menace de porter atteinte à une valeur exprimée et donc reconnue officiellement dans la Constitution ou une autre loi fondamentale semblable, notamment :

   a) en exposant les membres du public à une conduite qui entrave de façon appréciable leur autonomie et leur liberté;

   b) en prédisposant autrui à adopter un comportement antisocial;

   c) en causant un préjudice physique ou psychologique aux personnes qui participent aux activités.

2. Le préjudice ou le risque de préjudice atteint un *degré* tel qu'il est incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

4.2 *Application du critère*

Il s'agit en premier lieu de déterminer si la conduite litigieuse a causé ou présentait un risque appréciable que soit causé un préjudice aux personnes ou à la société. 11

Comme il est expliqué plus en détail dans l'arrêt connexe *Labaye*, le préjudice que l'infraction d'indécence cherche avant tout à prévenir est l'entrave à l'autonomie et à la liberté des membres du public qui seraient exposés involontairement à la conduite litigieuse. Le risque qu'un tel préjudice survienne dépend de la mesure dans laquelle des personnes ont été involontairement spectateurs de cette conduite. Le lieu où les actes ont été accomplis, la manière dont ils ont été accomplis et la composition de l'auditoire sont des facteurs pertinents à prendre en compte : *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932. 12

13 In this case, the Crown presented no evidence of anyone witnessing this conduct against his or her will, or of anyone entering the establishment not knowing what to expect. The majority of the Court of Appeal stressed the trial judge's findings of fact that only couples were allowed access, and this only after confirming that they were a liberated couple: [TRANSLATION] "It clearly appeared that access to the premises was restricted and that the warning given was clear when put in context." (para. 45) The majority went on to point out that there was no evidence of anyone feeling uncomfortable with the operation of the bar or the activities that took place inside and that the sexual activities were partially shielded by the black curtain, [TRANSLATION] "permitting those who did not want to witness it to exclude themselves from it" (para. 46).

14 Rochon J.A., in dissent, did not dispute the existence of the control mechanism. His view was essentially that the sexual activities at issue should not be permitted to take place in a public establishment [TRANSLATION] "notwithstanding all the measures which may be taken to restrict the clientele 'to liberated couples' only" (para. 78). In submissions before this Court, the Crown did not ask us to go this far, acknowledging that there is no rule that sexual activity in a public place automatically violates the autonomy and liberty of members of the public.

15 The question at this stage is therefore whether the evidence establishes a significant risk of harm to the autonomy and liberty of members of the public. This requires a contextual assessment of the risk of harm to those who may be involuntarily confronted with this conduct. The control mechanisms designed to put people on notice and ensure an informed choice to enter the premises are vital to this assessment. The question is whether they adequately restricted access to people informed about the nature of the place and willing to observe or participate in the activities taking place therein. In order to show that acts are indecent, the Crown

En l'espèce, le ministère public n'a présenté aucune preuve démontrant qu'une personne aurait été involontairement témoin de cette conduite ou serait entrée dans l'établissement sans savoir ce qui l'attendait. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont insisté sur les conclusions de fait tirées par le juge du procès selon lesquelles seuls les couples avaient accès au lieu et ce, seulement après avoir confirmé qu'ils formaient un couple libéré : « Il apparaît clairement que l'accès au lieu était encadré et que l'avertissement était clair lorsque mis en contexte. » (par. 45) Les juges majoritaires ont ensuite souligné qu'aucune preuve n'avait été présentée selon laquelle l'organisation du bar ou les activités s'y déroulant auraient gêné qui que ce soit et que les activités sexuelles étaient protégées dans une certaine mesure par le rideau noir, qui « permetta[i]t néanmoins à ceux qui ne souhaitaient pas en être témoins de s'en exclure » (par. 46).

Dans ses motifs de dissidence, le juge Rochon n'a pas mis en doute l'existence d'un mécanisme de contrôle. Il estimait essentiellement que les activités sexuelles en cause ne devraient pas être autorisées dans un établissement public « malgré toutes mesures qui pourraient être prises pour restreindre la clientèle aux "couples libérés" uniquement » (par. 78). Dans ses observations devant la Cour, le ministère public ne nous a pas demandé d'aller aussi loin, reconnaissant qu'il n'existe aucune règle voulant que les activités sexuelles pratiquées dans un endroit public portent automatiquement atteinte à l'autonomie et à la liberté des membres du public.

Il s'agit donc à cette étape de se demander si la preuve établit l'existence d'un risque appréciable d'atteinte à l'autonomie et à la liberté des membres du public. Cet exercice nécessite une appréciation contextuelle du risque de préjudice pour les personnes susceptibles d'être exposées involontairement à cette conduite. Les mécanismes de contrôle destinés à avertir les gens et à s'assurer que leur entrée dans les lieux procède d'un choix éclairé sont essentiels pour cette appréciation. Il s'agit de savoir si ces mécanismes limitaient adéquatement l'accès au lieu aux personnes informées de la nature de l'endroit et disposées à voir les activités qui s'y

must establish beyond a reasonable doubt that the control mechanisms were insufficient to ward off the risk of unwanted exposure. For the reasons that follow, I conclude that the evidence in this case falls below the required criminal standard of proof.

The Crown argues that the black, transparent curtain that bounded the dance floor where sexual activities took place was not an adequate control mechanism. I agree. The evidence is clear that one could see through the black curtain and across the dance floor. Indeed, this was one of the ways the manager was expected to monitor the activities and curb excessive behaviour. Although the curtain served to mark the boundaries within which the allegedly indecent acts could take place, it is clear that it would not have effectively shielded them from view by an unsuspecting or unwilling witness. The control mechanism was not the curtain, but the procedures at the door.

Like the majority of the Court of Appeal, I am satisfied that the controls at the door, put in context, were sufficiently clear and comprehensive. Only couples were admitted. The club's policy required the doorman to ask each couple whether they were "liberated". The exterior of the building displayed large posters of partially undressed dancers. All this provided ample indication that sexually explicit activity was to be expected inside.

The Crown argues that there was no specific warning as to the actual nature and extent of the activities engaged in on the dance floor. It is true there were no express warnings. No sign proclaimed: "Caution, you may see sexual activity inside", nor did the doorman so advise. However, it is difficult to conceive that a couple which passed the explicit sexual depictions on the exterior walls of the buildings and answered affirmatively to the query that they were "liberated", would not

déroulaient ou à y participer. Pour prouver que des actes sont indécents, le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que les mécanismes de contrôle étaient insuffisants pour prévenir les risques d'exposition involontaire. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la preuve soumise en l'espèce ne satisfait pas à la norme de preuve requise en matière pénale.

16 Le ministère public soutient que le rideau noir translucide qui délimitait la piste de danse où se déroulaient les activités sexuelles ne constituait pas un mécanisme de contrôle adéquat. Je suis d'accord. Il ressort clairement de la preuve que l'on pouvait voir à travers le rideau noir, du côté de la piste de danse. D'ailleurs, c'était là un des moyens par lesquels le gérant était censé surveiller les activités et freiner les comportements excessifs. Bien que le rideau ait servi à tracer les limites à l'intérieur desquelles les prétendus actes d'indécence pouvaient avoir lieu, il est évident qu'il ne pouvait efficacement les soustraire à la vue d'un témoin qui ne se doutait de rien ou n'était pas consentant. Le mécanisme de contrôle n'était pas le rideau, mais la procédure d'accès.

17 À l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel, je suis convaincue que les mesures de contrôle appliquées à la porte, situées dans leur contexte, étaient assez claires et suffisantes. Seuls les couples étaient admis. La politique du club exigeait du portier qu'il demande à chaque couple s'il était « un couple libéré ». L'extérieur de l'établissement était placardé de grandes affiches montrant des danseurs partiellement dévêtus. Tout cela indiquait bien que l'on pouvait s'attendre à ce que des activités sexuellement explicites se déroulent à l'intérieur.

18 Le ministère public plaide l'absence d'avertissement précis quant à la nature et à l'étendue réelles des activités qui se déroulaient sur la piste de danse. Il est vrai qu'il n'y avait aucun avertissement exprès. Aucune affiche ne proclamait : « Attention, des activités sexuelles peuvent se dérouler à l'intérieur » et le portier ne faisait aucune mise en garde de la sorte. Il est cependant difficile de concevoir qu'un couple, après être passé devant les descriptions sexuellement explicites ornant les murs

realize they were entering a place where sexual activity might occur.

19 The Crown also argues that it is not clear that the doorman posed the question about being a "liberated couple" to each and every couple seeking access to the bar, relying on his apparent failure to question investigating officers. This deficiency in the entry policy is confirmed, the Crown argues, by the evidence that on one occasion, a woman became upset with her partner and left the premises.

20 The fact that a woman became upset with her partner and left the premises does not permit the inference that she was unprepared for what she saw; she may have been upset for any number of reasons. Moreover, the incident is open to the competing interpretation that this was a member of the public who voluntarily chose to enter the establishment, and only subsequently came to regret that choice. The apparent failure to ask the investigating officers if they were a liberated couple, while more troubling, is nevertheless insufficient to displace the evidence that the practice was to ask each new couple if they were liberated. The doorman testified that any lack of questioning might reflect the fact that he had seen the couple before. Whatever the case, it is for the Crown to establish significant risk of harm beyond a reasonable doubt. Taken in total, the evidence of a risk of unwanted confrontation is at best inconclusive and incapable of meeting that standard.

21 The trial judge, after considering all the evidence, found as a fact that only couples who confirmed they were "liberated" were admitted to the club. The majority of the Court of Appeal confirmed that: [TRANSLATION] "It clearly appeared that access to the premises was restricted and that the warning given was clear when put in context." (para. 45) The evidence amply supports these conclusions. It follows that the Crown's argument that harm resulted from insufficient steps

extérieurs des bâtiments et avoir répondu par l'affirmative à la question de savoir s'il était « un couple libéré », puisse ne pas comprendre qu'il entrait dans un endroit où il était possible que des activités sexuelles aient lieu.

Le ministère public prétend également qu'il n'est pas certain que le portier demandait à chacun des couples voulant entrer dans le bar s'il formait un « couple libéré », puisqu'il n'avait apparemment pas posé la question aux enquêteurs. Cette faille de la politique d'accès est confirmée, soutient-il, par la preuve qu'à une occasion, une femme s'est mise en colère contre son compagnon et a quitté les lieux.

Le fait qu'une femme se soit fâchée contre son compagnon et ait quitté les lieux ne permet pas de conclure qu'elle n'était pas préparée à voir ce qu'elle a vu; elle peut s'être mise en colère pour de nombreuses raisons. En outre, l'incident peut être interprété à l'inverse, à savoir qu'il s'agissait d'un membre du public qui avait choisi de plein gré d'entrer dans l'établissement et qui, après coup, a regretté sa décision. L'omission apparente de demander aux enquêteurs s'ils formaient un couple libéré, quoique plus troublante, ne suffit néanmoins pas à réfuter la preuve qu'il était d'usage de demander à chaque nouveau couple s'il était un couple libéré. Selon le portier, toute omission de sa part de poser la question pourrait être le signe qu'il avait déjà vu le couple. Quoi qu'il en soit, il appartient au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence d'un risque appréciable de préjudice. Considérée globalement, la preuve d'un risque d'exposition involontaire est au mieux non concluante et ne satisfait pas à cette norme.

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, le juge du procès a tiré la conclusion de fait que seuls les couples ayant confirmé qu'ils étaient un « couple libéré » étaient autorisés à entrer au club. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé qu'« [i]l apparaît clairement que l'accès au lieu était encadré et que l'avertissement était clair lorsque mis en contexte. » (par. 45) La preuve étaye amplement ces conclusions. Il s'ensuit que l'argument du ministère public

to ward off the risk of unwanted exposure, cannot succeed.

selon lequel le préjudice résultait de l'insuffisance des mesures mises en place pour prévenir les risques d'exposition involontaire ne saurait être retenu.

Moving to the second type of harm, there is no evidence of inducing anti-social attitudes through demeaning, abusive or humiliating treatment of any individual or group. As in the companion case of *Labaye*, no one was pressured into sex, paid for sex, or treated as a mere object for the sexual gratification of others. On the present set of facts, the commercial aspect of the respondent's operation is hardly relevant to this type of harm. The entrance fee was not paid by some to secure the sexual services of others. It merely enabled all the customers to gain access to the bar and to equally participate in the activities taking place therein. As such, the payment of a fee may lower one's moral estimation of the activities at issue, but it is not helpful in seeing how they can be a source of attitudinal harm through encouraging anti-social behaviour.

22 Quant au deuxième type de préjudice, rien ne prouve qu'une personne ou un groupe ait subi un traitement dégradant, abusif ou humiliant qui aurait favorisé des attitudes antisociales. Comme dans l'affaire connexe *Labaye*, personne n'a été contraint de se livrer à des activités sexuelles, n'a été payé pour s'y livrer, ni n'a été traité comme un simple objet servant à la gratification sexuelle des autres. Compte tenu des faits de l'espèce, l'aspect commercial de l'entreprise de l'intimé n'est guère pertinent relativement à ce type de préjudice. Les frais d'entrée n'étaient pas acquittés par certaines personnes en vue d'obtenir des faveurs sexuelles d'autres personnes. Ils permettaient simplement à tous les clients d'accéder au bar et de participer d'égal à égal aux activités s'y déroulant. Comme tel, le paiement des frais d'entrée peut déprécier la valeur morale accordée aux activités en cause, mais ce fait n'est pas utile lorsqu'il s'agit de déterminer en quoi ces activités peuvent générer un préjudice consistant à encourager une attitude qui favorise des comportements antisociaux.

Finally, there is no suggestion of physical or psychological harm to the participants. Again, the only apparent concern is the health risk from engaging in these activities without adequate protection. However, as discussed in *Labaye*, this type of risk is conceptually and causally unrelated to indecency and cannot be an independent basis for a finding of criminal indecency.

23 Enfin, rien n'indique que les participants aient subi un préjudice physique ou psychologique. De nouveau, il semble que la seule source de préoccupation à cet égard soit le risque que la participation à ces activités sans protection adéquate présente pour la santé. Or, comme il est expliqué dans *Labaye*, ce type de risque n'a pas de lien conceptuel ni causal avec l'indécence et ne saurait étayer de façon indépendante une conclusion d'indécence criminelle.

The absence of proof of harm or significant risk of harm makes it unnecessary to discuss the subsequent step of the inquiry into criminal indecency. I merely note that this is not a case of effectively removing the possibility of choice on the part of others as to how they go about their daily business without interference from what they see as deeply offensive conduct. Given this degree of choice, it is difficult to see how the activities at the club can

24 En l'absence d'une preuve de préjudice ou de risque appréciable de préjudice, il est inutile d'aborder l'étape subséquente de l'examen relatif à l'indécence criminelle. Je me contenterai simplement de signaler qu'il ne s'agit pas d'un cas où les autres sont en fait privés de la possibilité de choisir de vaquer à leurs occupations quotidiennes sans entraves liées à ce qu'ils perçoivent comme une conduite profondément offensante. Compte tenu de cette liberté de

be seen to have caused harm incompatible with the proper functioning of society.

25 I would dismiss the appeal and affirm the decision of the majority of the Quebec Court of Appeal to enter an acquittal.

English version of the reasons of Bastarache and LeBel JJ. delivered by

BASTARACHE AND LEBEL JJ. (dissenting) —

1. Introduction

26 This appeal has been brought to determine whether the impugned sexual acts were indecent and whether the respondent was guilty of keeping a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*").

27 Our colleagues conclude that the sexual acts in the instant case were not indecent. They base their conclusion on the approach they have developed in *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80, which is based exclusively on the concept of social harm. In the opinion of the majority, the sexual acts in this case did not result in serious social harm that would be incompatible with the proper functioning of our society by, for example, predisposing its individual members to act in an anti-social manner.

28 Although we respect their opinion, we disagree with it. Based on the contextual approach we have developed in our reasons in *Labaye*, we conclude that the impugned acts in the instant case were indecent because they clearly offended the Canadian community standard of tolerance. Our opinion is not based exclusively on the concept of harm. Harm is indeed an important factor to consider in establishing the level of tolerance, but it is not determinative. In our view, because of the context in which the acts occurred, the respondent's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

choix, il est difficile de voir comment les activités qui se déroulaient au club peuvent être considérées comme ayant causé un préjudice incompatible avec le bon fonctionnement de la société.

Je serais d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision majoritaire de la Cour d'appel du Québec de prononcer un acquittement.

Les motifs des juges Bastarache et LeBel ont été rendus par

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL (dissidents) —

1. Introduction

Le présent pourvoi vise à déterminer si les actes sexuels reprochés en l'espèce sont indécents et si l'intimé est coupable d'avoir tenu une maison de débauche au sens du par. 210(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »).

Nos collègues concluent que les actes sexuels en l'espèce ne sont pas indécents. Ils fondent leur conclusion sur l'approche développée par eux dans l'arrêt *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80, qui repose exclusivement sur la notion de préjudice social. Selon la majorité, les actes sexuels en l'espèce n'engendreraient pas de préjudice social grave qui serait incompatible avec le bon fonctionnement de notre société, par exemple en prédisposant ses individus à agir de façon antisociale.

Nous respectons leur avis, mais nous ne le partageons pas. Adoptant l'approche développée dans nos motifs dans l'arrêt *Labaye*, fondée sur une analyse contextuelle, nous arrivons à la conclusion que les actes reprochés en l'espèce sont indécents parce qu'ils dépassent clairement la norme de tolérance de la société canadienne. Notre opinion ne repose pas exclusivement sur la notion de préjudice. Cette notion constitue en effet un élément important mais non décisif de la détermination du niveau de tolérance. L'établissement de l'intimé constitue, selon nous, en raison du contexte dans lequel les actes surviennent, une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

2. Facts

We agree generally with the majority's description of the facts. We note, however, that the description minimizes the impact of two facts that are relevant to a contextual determination of indecency: the commercial nature of the premises and the ease with which any member of the general public was able to gain access to the club and witness the sexual acts that took place on the dance floor. These two contextual factors, and their application to the facts of the case at bar, will be discussed in greater detail in our analysis.

3. Analysis

As we explained in greater detail in our reasons in *Labaye*, only one question need be answered in order to establish indecency and determine whether a place is a common bawdy-house: Do the impugned acts offend the standard of tolerance of the contemporary Canadian community, having regard to the place and context in which they occurred? This analysis reflects the view that there are, *inter alia*, appropriate restrictions of time (such as the time of day) and place where the performance of sexual acts is concerned.

The approach proposed by our colleagues replaces the community standard of tolerance with a test that treats harm as the sole basis of indecency rather than as a criterion for determining the community's level of tolerance. In *Labaye*, we showed that whether or not serious social harm is sustained has never been the determinative test for indecency and that social harm cannot take the place of a contextual analysis of the Canadian community standard of tolerance without completely transforming the concept of indecency and rendering it meaningless.

We consider it essential to continue applying the original test for indecency, which focusses on a contextual analysis of the impugned acts and incorporates the concept of harm as a significant, but not determinative, factor to consider in establishing the

2. Faits

29 Nous acceptons de façon générale la description des faits de la majorité. Nous notons cependant que cette description minimise la portée de deux éléments factuels pertinents à la détermination contextuelle de l'indécence, soit le caractère commercial des lieux et la facilité avec laquelle tout membre du grand public peut accéder au bar et être témoin des actes sexuels qui se déroulent sur la piste de danse. Ces deux facteurs contextuels et leur application aux faits de la présente affaire seront discutés plus en détail dans notre analyse.

3. Analyse

30 Comme nous l'avons expliqué de façon plus détaillée dans nos motifs dans l'arrêt *Labaye*, il n'existe qu'une seule question à se poser pour conclure à l'indécence et déterminer si un lieu constitue une maison de débauche : Les actes reprochés dépassent-ils la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine, compte tenu des lieux et du contexte dans lequel ils surviennent? Cette analyse reflète l'idée qu'il existe notamment des restrictions de temps (tel que le moment de la journée) et de lieu appropriées eu égard à la pratique d'actes sexuels.

31 L'approche proposée par nos collègues remplace la norme de tolérance de la société par le critère du préjudice, retenant celui-ci comme seul fondement de l'indécence plutôt que comme critère de détermination du niveau de tolérance de la société. Nous avons démontré dans l'arrêt *Labaye* que l'absence ou la présence d'un préjudice social grave n'a jamais été le test décisif en ce qui concerne l'indécence et que le préjudice social ne peut pas remplacer l'analyse contextuelle de la norme de tolérance de la société canadienne sans que l'on ne transforme complètement cette notion et qu'on la vide de tout sens.

32 Nous croyons qu'il est essentiel de s'en tenir au test original de détermination de l'indécence, lequel met l'accent sur une analyse contextuelle des actes reprochés et intègre la notion de préjudice comme élément important, mais non décisif, de

applicable level of tolerance. Regard must also be had to the fact that there may be a form of social harm that results from the failure to meet the minimum standards of public morality. Furthermore, the adoption of a vague concept of incompatibility with the "proper functioning of society" or of predisposing others to anti-social behaviour must be avoided. This is plain from the analysis of s. 210(1) *Cr. C.*, and from the need to establish the standard of tolerance based on an objective, contextual analysis of the sexual acts.

33 The establishment of the standard of tolerance is based on two main factors: the nature of the impugned acts and the context. In considering the nature of the acts, it must be asked whether they are exceptional in comparison to other acts that are accepted and that are performed in a similar context. The more exceptional the acts, the more likely they are to exceed the community's threshold of tolerance, particularly if they have dehumanizing, degrading or demeaning aspects.

34 In analysing the context, the places where the acts were performed and the circumstances in which they occurred must be considered. A number of factors are involved in this contextual analysis: (1) the private or public nature of the place; (2) the type of participants and the composition of the audience; (3) the nature of the warning given regarding the acts; (4) the measures taken to limit access to the place; (5) the commercial nature of the place and the acts; (6) the purpose of the acts; (7) the conduct of the participants; and (8) the harm suffered by the participants. This list is not exhaustive.

35 The fact that no spectators or witnesses were present when the sexual acts occurred does not preclude a finding of indecency. Whether a place is public does not depend on the presence of witnesses. To adopt the contrary position would amount to accepting that even demeaning sexual acts, including in particular acts capable of causing physical or psychological harm to the participants, performed in a place to which the public has access would not be indecent provided that there were no witnesses or spectators, but only a large

détermination du niveau de tolérance applicable. Il faut aussi tenir compte du fait qu'il peut exister une certaine forme de préjudice social découlant du non-respect des normes minimales de moralité publique. Il faut en outre éviter d'adopter une vague notion d'incompatibilité avec le « bon fonctionnement de la société » ou l'incitation à la conduite antisociale. Cela ressort clairement de l'analyse du par. 210(1) *C. cr.* et du besoin de déterminer la norme de tolérance en fonction d'une analyse objective et contextuelle des actes sexuels.

La détermination de la norme de tolérance est fondée sur deux facteurs principaux : la nature des actes reprochés et le contexte. En ce qui concerne la nature des actes, il faut se demander si ces derniers sont de nature exceptionnelle par rapport à d'autres actes acceptés et accomplis dans un même contexte. Plus les actes sont exceptionnels, plus ils sont susceptibles de dépasser le seuil de tolérance de la société, notamment s'ils comportent des éléments déshumanisants, avilissants ou dégradants.

Pour ce qui est du contexte, on doit examiner les lieux où les actes sont posés et les circonstances dans lesquelles ils surviennent. Cette analyse contextuelle comprend plusieurs éléments : (1) le caractère privé ou public des lieux; (2) le type de participants et la composition de l'auditoire; (3) la nature de l'avertissement donné relativement aux actes; (4) les mesures visant à limiter l'accès aux lieux; (5) le caractère commercial des lieux et des actes; (6) la finalité des actes; (7) le comportement des participants et (8) le préjudice subi par les participants. Cette liste n'est pas exhaustive.

L'absence de spectateurs ou de témoins lorsque surviennent les actes sexuels n'empêche pas de conclure à l'indécence. Le caractère public des lieux ne dépend pas de la présence de témoins. Souscrire à la position contraire reviendrait à accepter que même des actes sexuels dégradants, incluant notamment des actes pouvant causer un préjudice physique ou psychologique chez les participants, pratiqués dans un lieu accessible au public, ne seraient pas indécents dès qu'il n'y a ni témoins ni spectateurs, mais seulement un grand

number of participants. This result is unacceptable, as we showed in *Labaye*.

Whether a place is private or public must instead be determined by considering a continuum of situations that will vary with the degree of privacy involved, and from which the tolerance of society in respect of various sexual practices can be ascertained in light of the nature of the acts and the context in which they are performed. For this reason, an analysis based on a simple dichotomy between purely private and purely public premises must be avoided. The recognition of a general class of acts based on the concept of "relative privacy" must also be avoided. The degree of relative privacy in each case is not on its own sufficient to support an appropriate assessment of the context from which it can be concluded that acts are indecent.

Voluntary consent by the participants is not a determinative factor either, since the fundamental question in determining whether certain acts are indecent involves deciding what Canadians will tolerate or agree to other Canadians doing, having regard to the place and the context. The participants' level of tolerance is not what must be considered. Freedom and autonomy of action does not rule out the moral judgment that the community might form regarding sexual practices that take place in certain places and contexts. Absence of consent may nevertheless play a role in determining that behaviour is dehumanizing, degrading or demeaning, and it would then have a negative impact on the level of tolerance.

As well, taking the commercial nature of the place and the acts into account may assist in establishing the Canadian community's level of tolerance for the impugned acts. It is well established that the association of sexual acts with a commercial transaction has a negative impact on Canadians' tolerance, because the persons involved in this type of transaction are generally exploited and experience a loss of dignity or autonomy. The commercial exploitation of sexual acts thus impairs the values

nombre de participants. Cette solution est inacceptable, comme nous l'avons démontré dans l'arrêt *Labaye*.

36 On doit plutôt évaluer le caractère privé ou public des lieux en fonction d'un continuum de situations qui varient en fonction du degré d'intimité en cause et qui, selon la nature des actes et le contexte dans lequel ils sont posés, permettront de juger de la tolérance de la société à l'égard de diverses pratiques sexuelles. Pour cette raison, il faut éviter d'adopter une analyse fondée sur une simple dichotomie entre lieux purement privés et purement publics. Il faut aussi éviter de reconnaître une catégorie générale fondée sur le concept de « relative intimité ». Le degré d'intimité relative dans chaque cas ne peut pas à lui seul permettre une évaluation adéquate du contexte pouvant donner lieu à la conclusion que des actes sont indécents.

37 Le consentement volontaire des participants ne constitue pas non plus un facteur décisif, puisque la question fondamentale pour déterminer si certains actes sont indécents consiste à décider ce que les Canadiens tolèrent ou acceptent que d'autres Canadiens fassent, compte tenu des lieux et du contexte. En effet, ce n'est pas le niveau de tolérance des participants qui doit être pris en considération. Le fait d'agir de manière libre et autonome ne permet pas d'exclure le jugement moral que pourrait porter la société à l'égard de pratiques sexuelles qui surviennent dans certains lieux et contextes. L'absence de consentement pourra tout de même jouer un rôle dans l'identification de comportements déshumanisants, avilissants ou dégradants. Cette absence aurait alors une incidence négative sur le niveau de tolérance.

38 De même, la prise en compte du caractère commercial du lieu et des actes pourra aider à constater le niveau de tolérance de la société canadienne à l'égard des actes reprochés. Il est bien établi que le fait que des actes sexuels soient associés à un échange commercial affecte négativement la tolérance des Canadiens parce que ce type d'échange dénote généralement une exploitation et une perte de dignité ou d'autonomie des personnes impliquées. L'exploitation commerciale d'actes sexuels porte

of our society, such as the equality, liberty and dignity of the individual.

39 The risk of harm to participants is still relevant in a contextual analysis. In some cases, there will be a need to consider the risk of spreading sexually transmitted diseases. If this risk is real, it will have a negative effect on the standard of tolerance where there is a systematic absence of protective measures.

40 Lastly, even if no harm as understood by the majority is established, there may still be a form of social harm resulting from a failure to meet the minimum standards of public morality, as, for example, where exceptional sexual acts are performed in a public place. If such harm is established, it can be concluded that the standard of tolerance has been offended.

4. Application of the Principles to the Facts

41 As in *Labaye*, we are of the opinion that the sexual acts performed in the respondent's establishment were indecent. They did not meet the Canadian community standard of tolerance. Because of the public nature of the place and the commercial nature of the activities, we conclude that the respondent's establishment was a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

4.1 *Nature of the Acts*

42 We acknowledge that in the instant case the sexual acts performed on the dance floor of the respondent's establishment were less explicit than the acts considered in *Labaye*. They consisted mainly of touching and masturbation, sometimes in groups. Several instances of fellatio and a single case of penetration were also observed. Despite this difference, we find that the acts were indecent. Our finding is based essentially on a contextual analysis of the activities. Accordingly, although the acts in the case at bar were less exceptional than in *Labaye*, we conclude from the fact that they took place in a more public and commercial place that they were indecent.

ainsi atteinte aux valeurs de notre société telles que l'égalité, la liberté et la dignité des individus.

Les risques de préjudice pour les participants demeurent pertinents dans l'analyse contextuelle. Dans plusieurs cas, il sera indiqué de prendre en compte le risque de propagation de maladies transmissibles sexuellement. Ce risque, s'il est réel, affecte négativement la norme de tolérance en l'absence systématique de mesures de protection.

Finalement, même si aucun préjudice au sens où l'entend la majorité n'est identifié, il peut néanmoins exister une forme de préjudice social qui résulte du non-respect des normes minimales de moralité publique, comme par exemple dans le cas d'actes sexuels exceptionnels pratiqués dans un lieu public. Si un tel préjudice est établi, il sera permis de conclure que la norme de tolérance a été dépassée.

4. L'application des principes aux faits

Tout comme dans l'affaire *Labaye*, nous sommes d'avis que les actes sexuels posés dans l'établissement de l'intimé étaient des actes indécents. Ils ne respectent pas la norme de tolérance de la société canadienne. En raison du caractère public des lieux et du caractère commercial des activités, nous concluons que l'établissement de l'intimé constitue une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

4.1 *La nature des actes*

Nous reconnaissons que, dans la présente affaire, les actes sexuels pratiqués sur la piste de danse de l'établissement de l'intimé sont moins explicites que ceux qui furent examinés dans l'affaire *Labaye*. Il s'agit surtout d'actes d'attouchement et de masturbation, parfois en groupe. Quelques cas de fellation et un seul cas de pénétration ont aussi été observés. Malgré ces différences, nous concluons à l'indécence. L'essentiel de notre conclusion est fondée sur l'analyse contextuelle des activités. Ainsi, même si les actes en l'espèce sont moins exceptionnels que dans l'arrêt *Labaye*, le fait qu'ils surviennent dans un endroit davantage public et commercial nous amène à conclure à l'indécence.

4.2 *Context*

4.2.1 Private or Public Nature of the Place

It was much easier in the case at bar than in *Labaye* for members of the general public to gain access to the respondent's establishment out of mere curiosity or by accident, and to witness sexual acts taking place there. There was only a doorman who asked each couple who wanted to enter the establishment whether they were a "liberated couple"; they were then required to pay a $6 admission fee. Any couple who observed these formalities could enter and witness the sexual acts taking place on the dance floor without being interviewed or receiving an official warning regarding the nature of the sexual acts being performed in front of everyone who was there. It is quite clear that the individuals who entered the establishment were not necessarily members of a club made up of people who shared the same philosophy. In fact, the general public received an express or implied invitation to enter the establishment, as may be seen from the numerous efforts made to advertise for new customers. The impugned acts in the instant case were performed in a public place that met the requirements of, *inter alia*, s. 197(1) *Cr. C.*

The degree of privacy afforded for the performance of sexual acts in the establishment was in fact virtually nil, in particular because there were 75 people on the dance floor. This conclusion is not changed by the fact that there was a translucent curtain encircling the dance floor. It was possible to see through the curtain, as the trial judge and the majority of this Court have noted. Furthermore, a gathering of 75 people, in the context of this case, does not constitute even a semblance of privacy.

4.2.2 Participants and Composition of the Audience

While the acts did in fact take place between informed and consenting adults, this does not in itself mean that they met the standard of tolerance. If consent had been absent, the acts could have been characterized as dehumanizing, degrading or demeaning, but there is no question of that here.

4.2 *Le contexte*

4.2.1 Le caractère privé ou public des lieux

43 De façon beaucoup plus marquée que dans l'affaire *Labaye*, il est facile en l'espèce pour les membres du grand public d'accéder à l'établissement de l'intimé par simple curiosité ou par accident, et d'être témoin des actes sexuels qui s'y déroulent. Seul un portier demande à chaque couple désirant accéder à l'établissement s'il constitue un « couple libéré »; on exige ensuite un droit d'entrée de 6 $. Tout couple qui remplit ces formalités peut entrer et être témoin des actes sexuels qui se déroulent sur la piste de danse sans avoir subi une entrevue ni avoir reçu un avertissement officiel quant à la nature des actes sexuels qui sont posés devant toutes les personnes présentes. Il est bien clair que les individus qui entrent dans l'établissement ne sont pas nécessairement membres d'un club de gens qui partagent la même philosophie. Par ailleurs, le grand public est invité de manière expresse ou implicite à entrer dans l'établissement comme en témoignent les nombreux efforts publicitaires destinés à solliciter de nouveaux clients. Les actes reprochés en l'espèce sont pratiqués dans un endroit public qui répond notamment aux critères du par. 197(1) *C. cr.*

44 Le degré d'intimité pour la pratique d'actes sexuels dans l'établissement est par ailleurs presque nul, notamment en raison de la présence de 75 personnes sur la piste de danse. L'existence d'un rideau translucide entourant la piste ne saurait modifier cette conclusion. Il est possible de voir à travers ce rideau, comme l'a souligné le juge de première instance ainsi que la majorité de cette Cour. Plus encore, un rassemblement de 75 personnes dans le contexte en l'espèce ne constitue même pas un semblant d'intimité.

4.2.2 Les participants et la composition de l'auditoire

45 Il est vrai que les actes surviennent entre adultes avertis et consentants, mais cela n'emporte pas en soi conformité avec la norme de tolérance. L'absence de consentement permettrait d'identifier la présence d'actes déshumanisants, avilissants ou dégradants, mais il n'en est pas question ici. On ne

Nor were any children present in the establishment, which would have been an important factor.

4.2.3 Measures Taken to Control Access

46 The measures taken, which supposedly limited access to the club to informed people who shared the philosophy of partner swapping, were practically nonexistent. Payment of an admission fee and an answer to a simple question as to whether a couple is "liberated" are not serious measures, having regard to the explicit nature of the sexual acts taking place in the establishment. As the majority has pointed out, the translucent black curtain that supposedly separated the space to be used for sexual acts concealed nothing; in any event, the presence of an opaque curtain would have created only a pretence of privacy, as we said above.

4.2.4 Commercial Nature of the Place and the Acts

47 A contextual analysis of the nature of the place and the acts shows that the activities in issue were commercial in nature. The respondent operated a bar intended to be used for group sexual activities. The evidence shows that numerous efforts were made to advertise for new customers. In addition, sexual acts could be performed in the establishment only after a mandatory commercial transaction, that is, the payment of an entrance fee. As in *Labaye*, this was a form of purchase of sexual favours, since everyone who entered was able to participate freely in sexual acts with the other participants. The association of these kinds of commercial aspects with the impugned sexual acts in the instant case contributes, in this context, to the result that the community's threshold of tolerance for those practices was exceeded.

4.2.5 Resulting Social Harm

48 It can also be concluded that a certain form of social harm was sustained in the case at bar that resulted from the failure to meet the minimum standards of social morality, having regard to the public and commercial context in which the impugned acts occurred. The harm resulted, in this

remarque pas non plus la présence d'enfants dans l'établissement, ce qui serait un facteur important.

4.2.3 Les mesures de contrôle

Les mesures de contrôle qui prétendent limiter l'accès au bar aux gens avertis qui partagent la philosophie échangiste sont pratiquement inexistantes. Le paiement d'un droit d'entrée et la réponse à la simple question de savoir si un couple est « libéré » ne constituent pas des mesures sérieuses considérant la nature explicite des actes sexuels qui se déroulent dans l'établissement. Comme le souligne la majorité, le rideau translucide noir qui prétend isoler l'espace destiné aux actes sexuels ne cache rien; de toute manière, la présence d'un rideau opaque ne créerait qu'un simulacre d'intimité comme nous l'avons déjà dit.

4.2.4 Le caractère commercial des lieux et des actes

Une analyse contextuelle de la nature des lieux et des actes révèle que les activités en cause sont de nature commerciale. L'intimé exploite un bar destiné aux activités sexuelles de groupe. La preuve démontre l'existence de nombreux efforts publicitaires effectués pour solliciter de nouveaux clients. Par ailleurs, la pratique d'actes sexuels dans l'établissement ne devient possible qu'après un échange commercial obligatoire, c'est-à-dire le paiement du droit d'entrée. Tout comme dans l'affaire *Labaye*, il s'agit d'une forme d'achat de faveurs sexuelles puisque tous ceux qui entrent peuvent participer librement à des actes sexuels avec les autres participants. De tels aspects commerciaux associés aux pratiques sexuelles reprochées en l'espèce contribuent, dans ce contexte, au dépassement du seuil de tolérance de la société à l'égard de ces pratiques.

4.2.5 La présence d'un préjudice social

On peut aussi conclure à une certaine forme de préjudice social en l'espèce, préjudice qui résulterait du non-respect des normes minimales de moralité sociale, compte tenu du contexte public et commercial dans lequel surviennent les actes reprochés. Le préjudice résulterait ici du fait que les actes sexuels

case, from the fact that the explicit sexual acts were performed in public in an inappropriate context.

4.3 *Conclusion Regarding Indecency*

Overall, having regard to the factors that lower the Canadian community's tolerance for the impugned sexual acts, we are of the opinion that the practices observed in the respondent's establishment would not be tolerated by the Canadian community because of their public and commercial character. In our view, society does not tolerate people paying to take part in group sexual activities such as were observed in this case in a licensed commercial establishment that provides no degree of privacy and to which the general public has extremely easy access. The acts were consequently indecent. There are appropriate restrictions of time where the performance of sexual acts is concerned, and they do not appear to us to have been observed in the instant case. The respondent's establishment was therefore a common bawdy-house within the meaning of s. 210(1) *Cr. C.*

5. Disposition

We would allow the appeal, set aside the judgment of the majority of the Quebec Court of Appeal and restore the conviction of the respondent.

Appeal dismissed, BASTARACHE *and* LEBEL JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: City of Montréal.

Solicitors for the respondent: Desrosiers, Turcotte, Massicotte, Vauclair, Montréal.

explicites sont posés en public, dans un contexte inapproprié.

4.3 *Conclusion sur l'indécence*

49 Dans l'ensemble, en considérant les facteurs qui diminuent la tolérance de la société canadienne à l'égard des actes sexuels reprochés, nous sommes d'avis que les pratiques constatées dans l'établissement de l'intimé ne seraient pas tolérées par la société canadienne étant donné leur caractère public et commercial. À nos yeux, la société ne tolère pas que des gens paient pour prendre part à des activités sexuelles de groupe comme celles constatées en l'espèce et ce, dans un établissement commercial autorisé à vendre de l'alcool qui n'offre aucun degré d'intimité et dont l'accès par le grand public s'avère des plus aisés. Les actes sont par conséquent indécents. Il existe des restrictions de lieu appropriées eu égard à la pratique d'actes sexuels et elles ne nous apparaissent pas respectées en l'espèce. L'établissement de l'intimé est donc une maison de débauche au sens du par. 210(1) *C. cr.*

5. Dispositif

50 Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, de casser le jugement majoritaire de la Cour d'appel du Québec et de rétablir la déclaration de culpabilité de l'intimé.

Pourvoi rejeté, les juges BASTARACHE *et* LEBEL *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Ville de Montréal.

Procureurs de l'intimé : Desrosiers, Turcotte, Massicotte, Vauclair, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 2005 Vol. 3

and Tables

Cited as [2005] 3 S.C.R. { i-xxxviii 809-920

5e cahier, 2005 Vol. 3

et Tables

Renvoi [2005] 3 R.C.S. { i-xxxviii 809-920

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY	ARCHIBALD MCDONALD	IDA SMITH
HARLEY D'AOÛT	JOANNE NORMAN	JACQUELINE STENCEL
CHANTAL DEMERS	LORRAINE PILETTE	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	RÉMI SAMSON	CAMERON TAYLOR
LEE ANN GORMAN	LOUISE SAVARD	WITOLD TYMOWSKI
KAREN LEVASSEUR	MARY JANE SINCLAIR	TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH	JACQUES GAGNÉ	ROSALIE TO-THANH-HIEN
RICHARD BERBERI		CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET	GINETTE MIGNEAULT	ANNE-MARIE NOËL
PAULINE MCTAVISH		PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

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, 2006.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2006.

CONTENTS

Title Page i
List of Judges ii
Errata iv
Motions v
Table of Judgments ix
Table of Cases Cited xiii
Statutes and Regulations Cited xxix
Treaties and Proclamations xxx
Authors Cited xxxiii
Index 909

Castillo *v.* Castillo 870

Limitation of actions — Conflict of laws — Car accident in California — Action brought in Alberta court — Action statute-barred under California limitations law but within limitations period in Alberta — Whether s. 12 of Alberta Limitations Act can revive an action time-barred by substantive law of place where accident occurred — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 12.

Constitutional law — Division of powers — Administration of justice — Time limits to entertain actions — Whether s. 12 of Alberta Limitations Act valid provincial legislation — Constitution Act, 1867, s. 92(14) — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 12.

Forum des maires de la Péninsule acadienne *v.* Canada (Food Inspection Agency) 906

Practice — Leave to appeal — Public importance — Leave to appeal granted — Questions of law for which leave to appeal was granted no longer of public importance in view of enactment and coming into force of amendments to official languages legislation — Leave to appeal withdrawn.

May *v.* Ferndale Institution 809

Courts — Jurisdiction — Habeas corpus — Transfer of federal inmates from minimum- to medium-security institution — Whether provincial superior court had jurisdiction to review inmates' transfer on application for habeas corpus with certiorari in aid — If so, whether it should have declined habeas corpus jurisdiction in favour of Federal Court jurisdiction on judicial review.

Prisons — Transfer of inmates — Deprivation of residual liberty — Habeas corpus — Transfer of federal inmates from minimum- to medium-security institution — Whether inmates unlawfully deprived of their residual liberty —

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i
Liste des juges iii
Errata iv
Requêtes v
Table des jugements xi
Table de la jurisprudence xiii
Lois et règlements cités xxxi
Traités et proclamations xxxii
Doctrine citée xxxiii
Index 915

Castillo *c.* Castillo 870

Prescription — Conflit de lois — Accident d'automobile en Californie — Action intentée devant un tribunal albertain — Action irrecevable en vertu des règles de prescription de la Californie, mais recevable en vertu de celles de l'Alberta — L'article 12 de la Limitations Act de l'Alberta peut-il faire renaître une action prescrite en vertu du droit substantiel du lieu où l'accident est survenu? — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 12.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Administration de la justice — Délais impartis pour connaître d'une affaire — L'article 12 de la Limitations Act de l'Alberta est-il une mesure législative provinciale valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14) — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 12.

Forum des maires de la Péninsule acadienne *c.* Canada (Agence d'inspection des aliments) 906

Pratique — Autorisation d'appel — Importance de l'affaire pour le public — Autorisation d'appel accordée — Questions de droit faisant l'objet de l'autorisation d'appel accordée ayant perdu leur importance pour le public vu l'édiction et l'entrée en vigueur de modifications à la loi sur les langues officielles — Autorisation d'appel retirée.

May *c.* Établissement Ferndale 809

Tribunaux — Compétence — Habeas corpus — Transfèrement de détenus fédéraux d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne — La cour supérieure provinciale avait-elle compétence pour examiner le transfèrement de détenus fédéraux dans le cadre d'une demande d'habeas corpus avec certiorari auxiliaire? — Le cas échéant, aurait-elle dû refuser d'exercer sa

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Whether inmates' habeas corpus applications should be granted.

Evidence — New evidence — Motion to submit new evidence filed before Supreme Court of Canada — Whether new evidence should be admitted.

Administrative law — Arbitrary decisions — Correctional Service of Canada — Transfer of inmates to higher security institution — Whether transfer decisions initiated by change in policy arbitrary — Whether inmates unlawfully deprived of their liberty.

Administrative law — Procedural fairness — Duty to disclose — Correctional Service of Canada — Transfer of inmates to higher security institution — Correctional Service not making full disclosure of information relied upon in its reclassification of inmates — Whether inmates unlawfully deprived of their liberty — Whether Stinchcombe principles applicable to administrative context — Whether Correctional Service complied with its statutory duty to disclose — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 27(1).

R. *v.* Wiles **895**

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Mandatory firearms prohibition — Production of cannabis — Criminal Code providing for mandatory firearms prohibition order upon conviction for offence of production of cannabis — Whether mandatory firearms prohibition order constitutes cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 109(1)(c) — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 7.

SOMMAIRE (Fin)

compétence en matière d'habeas corpus et reconnaître celle de la Cour fédérale dans le cadre du contrôle judiciaire?

Prisons — Transfèrement de détenus — Privation de la liberté résiduelle — Habeas corpus — Transfèrement de détenus fédéraux d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne — Les détenus ont-ils été privés illégalement de leur liberté résiduelle? — Les demandes d'habeas corpus des détenus doivent-elles être accordées?

Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Requête pour permission de présenter de nouveaux éléments de preuve devant la Cour suprême du Canada — Les nouveaux éléments de preuve doivent-ils être admis?

Droit administratif — Décisions arbitraires — Service correctionnel du Canada — Transfèrement de détenus à un établissement à sécurité plus élevée — Les décisions de transférer provoquées par un changement de politique étaient-elles arbitraires? — Les détenus ont-ils été illégalement privés de leur liberté?

Droit administratif — Équité procédurale — Obligation de communication — Service correctionnel du Canada — Transfèrement de détenus à un établissement à sécurité plus élevée — Refus du Service correctionnel de communiquer tous les renseignements qui ont servi à la reclassification des détenus — Les détenus ont-ils été illégalement privés de leur liberté? — Les principes de l'arrêt Stinchcombe s'appliquent-ils en contexte administratif? — Le Service correctionnel a-t-il respecté l'obligation de communiquer que lui impose la loi? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27(1).

R. *c.* Wiles **895**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession — Production de cannabis — Code criminel prévoyant une ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession en cas de condamnation pour production de cannabis — L'ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession est-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 109(1)c) — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 7.

2005 Volume 3

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

ANNE ROLAND
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
WITOLD TYMOWSKI
TIMOTHY WILSON

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

STEPHEN BALOGH
RICHARD BERBERI
JACQUES GAGNÉ
ROSALIE TO-THANH-HIEN
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
LILI-ANNE MCGRAW

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2006

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

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

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

On the 25th day of December 2005, the Honourable JOHN CHARLES MAJOR, a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, retired from the Bench, pursuant to s. 9(2) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

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

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LEBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

Le 25 décembre 2005, l'honorable JOHN CHARLES MAJOR, juge puînée à la Cour suprême du Canada, a pris sa retraite, conformément au par. 9(2) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26.

ERRATA

[2004] 1 S.C.R., p. 171, para. 203, line 22 of the French version. Read "défense" instead of "dépense".

[2004] 1 R.C.S., p. 171, par. 203, ligne 22 de la version française. Lire « défense » au lieu de « dépense ».

MOTIONS — REQUÊTES

(November 1 to December 31, 2005 - 1er novembre au 31 décembre 2005)

Ahmed v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30680, leave to appeal refused, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Air Canada Pilots Association v. Air Line Pilots Association (F.C.), 30880, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Apache Canada Ltd. v. Freyberg (Alta.), 30874, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc. (F.C.), 31084, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Avis Rent A Car System, Inc. v. Certas Direct Insurance Co. (Ont.), 31046, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Axa Boréal Assurances Inc. c. Ville de Forestville (Qué.), 30919, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Ayangma v. French School Board (P.E.I.), 31105, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bayer Inc. v. Pardy (N.L.), 30920, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bayer Inc. v. Walls (Man.), 31113, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Beattie v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30999, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Bonnette c. Dominion Blueline Inc. (Qué.), 30970, leave to appeal refused with costs, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Bryan v. The Queen (B.C.) (Crim.), 31052, leave to appeal granted, 15.12.05, autorisation d'appel accordée.

Centre de traitement en imagerie virtuelle inc. c. Ministre du Revenu du Québec (Qué.), 31027, leave to appeal refused with costs, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Chavali v. Law Society of Upper Canada (Ont.), 31006, leave to appeal refused with costs, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Cooper v. The Queen (B.C.) (Crim.), 31024, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc. (F.C.), 30909, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 17.11.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Croplife Canada v. City of Toronto (Ont.), 31036, leave to appeal refused with costs, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Davis & Company v. 3464920 Canada Inc. (B.C.), 30838, leave to appeal granted with costs, 15.12.05, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Dhanda v. The Queen (B.C.) (Crim.), 31058, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Double N Earthmovers Ltd. v. City of Edmonton (Alta.), 30915, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 17.11.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Evrard v. The Queen (Que.) (Crim.), 30997, leave to appeal refused, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Fischer v. The Queen (B.C.) (Crim.), 31010, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Ford v. Attorney General of Nova Scotia (N.S.), 31042, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments) (C.F.), 30545, leave to appeal withdrawn ([2005] 3 S.C.R. 906, 2005 SCC 85), 19.12.05, autorisation d'appel retirée ([2005] 3 R.C.S. 906, 2005 CSC 85).

Gibson v. The Queen (F.C.), 31034, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

GlaxoSmithKline Inc. v. Attorney General of Canada (F.C.), 31054, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Glenny v. Del Management Solutions Inc. (Ont.), 31102, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Goncalves c. 9124-7445 Québec Inc. (Qué.), 31013, leave to appeal refused with costs, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Hall v. Cooper Industries, Inc. (B.C.), 31055, leave to appeal refused with costs, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Hayes v. The Queen (F.C.), 31107, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Hayes v. The Queen (F.C.), 31108, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Henrikson v. The Queen (Man.) (Crim.), 30992, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Hodzic v. The Queen (Ont.) (Crim.), 31019, leave to appeal refused, 24.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Horsburgh v. Standard Life Assurance Co. (B.C.), 31021, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Hynes v. Tierney-Hynes (Ont.), 31131, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Information Commissioner of Canada v. Attorney General of Canada (F.C.), 31065, leave to appeal refused with costs, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Kaiser v. Investors Group Trust Co. Ltd. (Ont.), 31085, leave to appeal refused with costs on a party and party basis, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens comme entre parties.

Key Mail Canada Inc. v. Canada Post Corporation (Ont.), 31133, leave to appeal refused with costs, 22.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Kingstreet Investments v. Province of New Brunswick (N.B.), 31057, leave to appeal granted, 15.12.05, autorisation d'appel accordée.

Korol v. The Queen (Alta.) (Crim.), 31040, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

L.S.-J. c. L.G. (Qué.), 31005, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Lavigne v. Office of the Commissioner of Official Languages (F.C.), 31043, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Leboeuf c. The Queen (Qué.) (Crim.), 31114, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Leger v. Leger (Ont.), 31049, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Little Sisters Book and Art Emporium v. Commissioner of Customs and Revenue (B.C.), 30894, leave to appeal granted with costs, 17.11.05, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Ly v. The Queen (Ont.) (Crim.), 31081, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

M.J. c. La Reine (Qué.) (Crim.), 31132, notice of discontinuance filed, 5.12.05, avis de désistement produit.

Mackenzie v. The Queen (Ont.) (Crim.), 30994, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Moriyama v. The Queen (F.C.), 31069, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Natural and Sovereign Citizen v. Defacto Corporation of the Township of Cavan-Millbrook-North Monaghan (Ont.), 31004, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Nault c. Commission de la fonction publique du Canada (C.F.), 30722, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

North Calgary Community Church v. Caleron Properties Ltd. (Alta.), 30713, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

North Newton Warehouses Ltd. v. Alliance Woodcraft Manufacturing Inc. (B.C.), 31077, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Obeahon v. Attorney General of Canada (F.C.), 31050, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

P.G. Restaurant Ltd. v. Cariboo Press (1969) Ltd. (B.C.), 30974, leave to appeal refused with costs, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Paesch v. Teskey (Alta.), 31048, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Perron c. Commission de l'emploi et de l'immigration (C.F.), 30990, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Pipitone v. Pipitone (Ont.), 31167, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Pomerleau c. La Reine (Qué.) (Crim.), 29520, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

R. v. Clayton (Ont.) (Crim.), 30943, leave to appeal granted, 17.11.05, autorisation d'appel accordée.

R. v. Haas (Ont.) (Crim.), 31135, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Retired Salaried Beneficiaries of Stelco Inc. v. Keiper (Ont.), 30814, notice of discontinuance filed, 14.11.05, avis de désistement produit.

Rezek v. The Queen (F.C.), 31111, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Ritchie v. Walker (Ont.), 31001, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 17.11.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Roach v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.), 30972, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Ronald v. Ronald (Man.), 31047, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Rowel v. Hotel and Restaurant Employees and Bartenders Union, Local 206 (Man.), 31074, leave to appeal refused, 24.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Saipem Luxembourg S.A. v. Canada Customs and Revenue Agency (F.C.), 31076, leave to appeal refused with costs, 8.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Sanimal Inc. c. Produits de viande Lévinoff Ltée (Qué.), 30913, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Scott v. The Queen (F.C.), 31110, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Simms v. Isen (F.C.), 31026, leave to appeal granted with costs to the applicants in any event of the cause, 17.11.05, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur des demandeurs quelle que soit l'issue de l'appel.

Sinclair v. The Queen (Man.) (Crim.), 30969, leave to appeal refused, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Skeir v. The Queen (N.S.) (Crim.), 31075, leave to appeal refused, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Starcheski v. The Queen (Alta.) (Crim.), 30976, notice of discontinuance filed, 18.11.05, avis de désistement produit.

Stephens v. The Queen (F.C.), 31109, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Sun v. Lu (N.S.), 31163, leave to appeal refused, 22.12.05, autorisation d'appel rejetée.

The Queen v. Adrian (Alta.), 30383, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Todosichuk v. Daviduik (Man.), 30958, leave to appeal refused with costs, 10.11.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Van Dyke v. Marsh (Ont.), 31030, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Venture Capital USA Inc. v. Yorkton Securities Inc. (Ont.), 31033, leave to appeal refused with costs, 8.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Via Rail Canada Inc. v. Bonner (F.C.), 31064, leave to appeal refused with costs, 8.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Via Rail Canada Inc. v. Norton (F.C.), 31062, leave to appeal refused with costs, 8.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Via Rail Canada Inc. v. Temple (F.C.), 31063, leave to appeal refused with costs, 8.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

Wasmund v. Cotter (Ont.), 31035, leave to appeal refused, 17.11.05, autorisation d'appel rejetée.

Wolfe v. The Queen (B.C.) (Crim.), 31041, leave to appeal refused, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée.

Zelenski v. Jamz (Man.), 30991, leave to appeal refused with costs, 15.12.05, autorisation d'appel rejetée avec dépens.

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

2952-1366 Québec Inc., Montréal (City) v. 141

B

B. (W.R.) v. Plint 3
Barney v. Plint 3
Blackwater v. Plint 3
Boucher v. Stelco Inc. 279
Boucher, R. v. 499
Bourdon v. Stelco Inc. 279

C

C.D., R. v. 668
C.D.K., R. v. 668
Canada (Food Inspection Agency), Forum des maires de la Péninsule acadienne v. 906
Canada (Minister of Canadian Heritage), Mikisew Cree First Nation v. 388
Castillo v. Castillo 870
Charlebois v. Saint John (City) 563
Conférence des juges du Québec v. Quebec (Attorney General) 41
Contino v. Leonelli-Contino 217

D

Dikranian v. Quebec (Attorney General) 530

E

E.B. v. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia 45
Escobar-Benavidez, R. v. 386

F

Ferndale Institution, May v. 809
Ferndale Institution, Owen v. 809

PAGE

Ferndale Institution, Roy v. 809
Forum des maires de la Péninsule acadienne v. Canada (Food Inspection Agency) 906

H

Henry, R. v. 609

I

International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771, Merk v. 425
International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771, R. v. 425

K

Kirkbi AG v. Ritvik Holding Inc. 302
Kouri, R. v. 789

L

Labaye, R. v. 728
Leonelli-Contino, Contino v. 217
Lising, R. v. 343

M

MacKay (Kenneth David), R. v. 607
MacKay (Jason Daniel), R. v. 725
May v. Ferndale Institution 809
Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771 425
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage) 388
Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc. 141

PAGE

O

Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, E.B. v. 45
Owen v. Ferndale Institution 809

P

Pires, R. v. 343
Plint, B. (W.R.) v. 3
Plint, Barney v. 3
Plint, Blackwater v. 3
Plint, W.R.B. v. 3
Prince Edward Island College of Optometrists, Zenner v. 645

Q

Quebec (Attorney General), Conférence des juges du Québec v. 41
Quebec (Attorney General), Dikranian v. 530

R

R.C., R. v. 99
R. v. Boucher 499
R. v. C.D. 668
R. v. C.D.K. 668
R. v. Escobar-Benavidez 386
R. v. Henry 609
R. v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771 425
R. v. Kouri 789
R. v. Labaye 728
R. v. Lising 343
R. v. MacKay (Kenneth David) 607
R. v. MacKay (Jason Daniel) 725
R. v. Pires 343
R. v. R.C. 99
R. v. Riley 609
R. v. Rodrigue 384
R. v. Spence 458
R. v. Wiles 895
Riley, R. v. 609
Ritvik Holding Inc., Kirkbi AG v. 302
Rodrigue, R. v. 384
Roy v. Ferndale Institution 809

S

Saint John (City), Charlebois v. 563
Spence, R. v. 458
Stelco Inc., Boucher v. 279
Stelco Inc., Bourdon v. 279

W

W.R.B. v. Plint 3
Wiles, R. v. 895

Z

Zenner v. Prince Edward Island College of Optometrists 645

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

2952-1366 Québec Inc., Montréal (Ville) c. 141

A

Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771, Merk c. 425
Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771, R. c. 425

B

B. (W.R.) c. Plint 3
Barney c. Plint 3
Blackwater c. Plint 3
Boucher c. Stelco Inc. 279
Boucher, R. c. 499
Bourdon c. Stelco Inc. 279

C

C.D., R. c. 668
C.D.K., R. c. 668
Canada (Agence d'inspection des aliments), Forum des maires de la Péninsule acadienne c. 906
Canada (Ministre du Patrimoine canadien), Première nation crie Mikisew c. 388
Castillo c. Castillo 870
Charlebois c. Saint John (Ville) 563
Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général) 41
Contino c. Leonelli-Contino 217

D

Dikranian c. Québec (Procureur général) 530

PAGE

E

E.B. c. Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia 45
Escobar-Benavidez, R. c. 386
Établissement Ferndale, May c. 809
Établissement Ferndale, Owen c. 809
Établissement Ferndale, Roy c. 809

F

Forum des maires de la Péninsule acadienne c. Canada (Agence d'inspection des aliments)... 906

G

Gestions Ritvik Inc., Kirkbi AG c. 302

H

Henry, R. c. 609

K

Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc. 302
Kouri, R. c. 789

L

Labaye, R. c. 728
Leonelli-Contino, Contino c. 217
Lising, R. c. 343

M

MacKay (Kenneth David), R. c. 607
MacKay (Jason Daniel), R. c. 725

PAGE

May c. Établissement Ferndale 809
Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771 425
Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc. 141

O

Order of the Oblates of Mary Immaculate in the Province of British Columbia, E.B. c. 45
Owen c. Établissement Ferndale 809

P

Pires, R. c. 343
Plint, B. (W.R.) c. 3
Plint, Barney c. 3
Plint, Blackwater c. 3
Plint, W.R.B. c. 3
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien) 388
Prince Edward Island College of Optometrists, Zenner c. 645

Q

Québec (Procureur général), Conférence des juges du Québec c. 41
Québec (Procureur général), Dikranian c. 530

R

R.C., R. c. 99
R. c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771 425

PAGE

R. c. Boucher 499
R. c. C.D. 668
R. c. C.D.K. 668
R. c. Escobar-Benavidez 386
R. c. Henry 609
R. c. Kouri 789
R. c. Labaye 728
R. c. Lising 343
R. c. MacKay (Kenneth David) 607
R. c. MacKay (Jason Daniel) 725
R. c. Pires 343
R. c. R.C. 99
R. c. Riley 609
R. c. Rodrigue 384
R. c. Spence 458
R. c. Wiles 895
Riley, R. c. 609
Rodrigue, R. c. 384
Roy c. Établissement Ferndale 809

S

Saint John (Ville), Charlebois c. 563
Spence, R. c. 458
Stelco Inc., Boucher c. 279
Stelco Inc., Bourdon c. 279

W

W.R.B. c. Plint 3
Wiles, R. c. 895

Z

Zenner c. Prince Edward Island College of Optometrists 645

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	[2001] 2 R.C.S. 241, 2001 CSC 40	165
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	[2001] 2 S.C.R. 241, 2001 SCC 40	165
2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	[1996] 3 R.C.S. 919	591

A

A. (C.) v. Critchley	(1998), 166 D.L.R. (4th) 475	73
Abbott v. Minister for Lands	[1895] A.C. 425	549
Acme Village School District (Board of Trustees of) v. Steele-Smith	[1933] S.C.R. 47	547
Anctil c. Cour municipale de Ville de La Pocatière	[1973] C.S. 238	190
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard	[2000] 1 R.C.S. 3, 2000 CSC 1	584
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island	[2000] 1 S.C.R. 3, 2000 SCC 1	584
Asbjorn Horgard A/S v. Gibbs/Nortac Industries Ltd.	(1986), 8 C.I.P.R. 232	317
Associated Provincial Picture Houses, Ltd. v. Wednesbury Corp.	[1947] 2 All E.R. 680	161
Athey v. Leonati	[1996] 3 S.C.R. 458	30, 409
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada	[1937] A.C. 405	316
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	314
Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 S.C.R. 831	184
Attorney General of Quebec v. Expropriation Tribunal	[1986] 1 S.C.R. 732	546
Azoulay v. The Queen	[1952] 2 S.C.R. 495	608

B

B. (J.-P.) v. Jacob	(1998), 166 D.L.R. (4th) 125	73
B. (W.R.) v. Plint	(1998), 52 B.C.L.R. (3d) 18	95
Baie-Comeau (Ville) c. Bar le Broadway	1999 Carswell Que. 1472	193
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	655, 849
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	655, 849
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	[2002] 2 R.C.S. 146, 2002 CSC 31	318
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan	[2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20	653
Bazley v. Curry	[1999] 2 S.C.R. 534	15, 51, 81
Beach c. Perkins (Municipalité de)	[1975] C.S. 85	200

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bell Canada v. Cope (Sarnia) Ltd.	(1980), 11 C.C.L.T. 170	27
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	[2002] 2 S.C.R. 559, 2002 SCC 42	152, 184, 437, 452, 548, 582, 686
Beloeil (Ville) c. Pergola 2000	[2003] J.Q. nº 12782 (QL)	193
Berardinelli v. Ontario Housing Corp.	[1979] 1 S.C.R. 275	156
Bernard v. Kent Institution	[2003] B.C.J. No. 62 (QL), 2003 BCCA 24	834
Berry v. Hart	(2003), 233 D.L.R. (4th) 1, 2003 BCCA 659	237
Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1985] 2 R.C.S. 561	634
Bhinder v. Canadian National Railway Co.	[1985] 2 S.C.R. 561	634
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183	634
Bliss v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 183	634
Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard	(1981), 122 D.L.R. (3d) 323	887
Bluebird Cabs Ltd. v. Guardian Insurance Co. of Canada	(1999), 173 D.L.R. (4th) 318	27
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.	[1997] 3 S.C.R. 1210	24
Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 533, 2005 CSC 26	187
Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 533, 2005 SCC 26	187
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	[2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49	885
Brodie v. The Queen	[1962] R.C.S. 681	738, 763
Brooks v. Canada Safeway Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1219	634

C

C.S. v. Miller	(2002), 306 A.R. 289, 2002 ABQB 152	74
Cabot v. Mikkelson	(2004), 242 D.L.R. (4th) 279, 2004 MBCA 107	241
Campbell v. Royal Bank of Canada	[1964] S.C.R. 85	486
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	662
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	662
Canadian Fishing Co. v. Smith	[1962] S.C.R. 294	156
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	[2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4	205, 493
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	[2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4	205, 493
Canadian Pacific Railway Co. v. Lockhart	[1942] A.C. 591	62
Cancellation Division of the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade-marks and Designs)	63 C 107029/1 "LEGO brick" (3D), July 30, 2004	334
Cardella v. Minister of National Revenue	(2001), 268 N.R. 168, 2001 FCA 39	641
Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent	[1985] 2 R.C.S. 643	823
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	823
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)	[1990] 2 S.C.R. 489	634
Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)	[2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41	656
Charette c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 785	350
Charette v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 785	350

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Charlebois v. Moncton (City)	(2001), 242 N.B.R. (2d) 259	572, 584
Chartier v. Chartier	[1999] 1 S.C.R. 242	233
Cheema v. Ross	(1991), 82 D.L.R. (4th) 213	153
Chernesky v. Armadale Publishers Ltd.	[1974] 6 W.W.R. 162	27
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 711	849
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 711	849
Ciba-Geigy Canada Ltd. v. Apotex Inc.	[1992] 3 S.C.R. 120	337
Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons	(1881), 7 App. Cas. 96	314
Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada	[1988] 2 R.C.S. 680	634
Clark v. Canadian National Railway Co.	[1988] 2 S.C.R. 680	634, 641
Clark v. Naqvi	(1989), 99 N.B.R. (2d) 271	888
Clinton v. Jones	520 U.S. 681 (1997)	486
Coca Cola Ltd. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise	[1984] 1 C.F. 447	710
Coca Cola Ltd. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise	[1984] 1 F.C. 447	710
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	[2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49	885
Comité pour la République du Canada c. Canada	[1991] 1 R.C.S. 139	167, 205
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada	[1991] 1 S.C.R. 139	167, 206
Consumers Distributing Co. v. Seiko Time Canada Ltd.	[1984] 1 S.C.R. 583	341
Cunningham v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 143	847

D

D.W. v. Canada (Attorney General)	(1999), 187 Sask. R. 21, 1999 SKQB 187	95
Danson c. Ontario (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1086	489
Danson v. Ontario (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1086	489
Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.	[2001] 2 S.C.R. 460, 2001 SCC 44	297
Dean v. Brown	(2002), 209 N.S.R. (2d) 70, 2002 NSCA 124	241
Dechow c. La Reine	[1978] 1 R.C.S. 951	764
Dechow v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 951	764
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	415
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	415
Demers c. St-Laurent (Ville de)	[1997] R.J.Q. 1892	156
Dennis v. Wilson	(1997), 104 O.A.C. 250	241
Dersch c. Canada (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1505	359
Dersch v. Canada (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1505	359
Dikranian c. Québec (Ministère de l'Éducation)	[1999] J.Q. nº 2086 (QL)	537
Division d'annulation de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (Marques, Dessins et Modèles)	63 C 107029/1 « LEGO brick » (3D), 30 juillet 2004	334
Dominion News & Gifts (1962) Ltd. v. The Queen	[1964] R.C.S. 251	764
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19	653
Drabinsky v. Maclean-Hunter Ltd.	(1980), 28 O.R. (2d) 23	492
Dubois c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 350	616

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	616
Dumas c. Centre de détention Leclerc	[1986] 2 R.C.S. 459	845
Dumas v. Leclerc Institute	[1986] 2 S.C.R. 459	845

E

E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)	(2004), 29 B.C.L.R. (4th) 43, 2004 BCCA 297	241
E.D.G. v. Hammer	[2003] 2 S.C.R. 459, 2003 SCC 52	23
Elgin Handles Ltd. v. Welland Vale Manufacturing Co.	(1964), 43 C.P.R. 20	332
Épiciers Unis Métro-Richelieu Inc., division "Économos" v. Collin	[2004] 3 S.C.R. 257, 2004 SCC 59	545, 555
Erven Warnink B.V. v. J. Townend & Sons (Hull) Ltd.	[1979] A.C. 731	340
États-Unis c. Burns	[2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7	634
États-Unis d'Amérique c. Shulman	[2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21	854

F

F.N. (Re)	[2000] 1 S.C.R. 880, 2000 SCC 35	115
Fletcher v. Keilty	(2004), 269 N.B.R. (2d) 302, 2004 NBCA 34	241, 302
Ford c. Québec (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 712	166
Ford v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 712	166
Forgie and Treasury Board (Immigration Appeal Board)	[1986] C.P.S.S.R.B. No. 310 (QL)	440
Francis v. Baker	[1999] 3 S.C.R. 250	229
Franks v. Delaware	438 U.S. 154 (1978)	353
Free World Trust v. Électro Santé Inc.	[2000] 2 S.C.R. 1024, 2000 SCC 66	328
Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.	(1998), 41 O.R. (3d) 712	641
Funnell v. C.P.R.	[1964] 2 O.R. 325	27

G

G. (E.D.) v. Hammer	(1998), 53 B.C.L.R. (3d) 89	56, 95
G. (E.D.) v. Hammer	(2001), 197 D.L.R. (4th) 454, 2001 BCCA 226	71
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	314
Gerling Global General Insurance Co. v. Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler	(2004), 12 C.C.L.I. (4th) 278	27
Germain c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 241	764
Germain v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 241	764
Gieni v. Gieni	(2002), 29 R.F.L. (5th) 60, 2002 SKCA 87	241
Godbout c. Longueuil (Ville)	[1997] 3 R.C.S. 844	584
Godbout v. Longueuil (City)	[1997] 3 S.C.R. 844	584
Goldhar v. The Queen	[1960] S.C.R. 431	830
Good Humor Corp. of America v. Good Humor Food Products Ltd.	[1937] Ex. C.R. 61	316
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 167	44

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 167	44
GreCon Dimter inc. v. J.R. Normand inc.	[2005] 2 S.C.R. 401, 2005 SCC 46	300
Green v. Green	(2000), 187 D.L.R. (4th) 37, 2000 BCCA 310	230
Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1977] 1 R.C.S. 271	546
Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue	[1977] 1 S.C.R. 271	546

H

H. (D.) v. M. (H.)	[1999] 1 S.C.R. 761	44
H. (S.G.) v. Gorsline	[2005] 2 W.W.R. 716, 2004 ABCA 186	72
H. (T.E.G.) v. K. (P.)	[2001] 6 W.W.R. 546, 2001 ABQB 43	72
H.L. c. Canada (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25	53, 73
H.L. v. Canada (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25	52, 73
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73	400
Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)	(1999), 178 D.L.R. (4th) 666, 1999 BCCA 470	405
Hall v. Hebert	[1993] 2 S.C.R. 159	33
Hamilton (City of) v. Hamilton Distillery Co.	(1907), 38 S.C.R. 239	161
Harrison v. Harrison	(2001), 14 R.F.L. (5th) 321	242
Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)	[2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76	327
Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)	[2002] 4 S.C.R. 45, 2002 SCC 76	327
Hay c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)	[1985] A.C.F. nº 610 (QL)	847
Haydon v. Canada	[2001] 2 F.C. 82	440
Hays v. Weiland	(1918), 43 D.L.R. 137	492
Hickey v. Kent Institution	(2003), 176 B.C.A.C. 272, 2003 BCCA 23	821
Hill v. Hill	(2003), 213 N.S.R. (2d) 185, 2003 NSCA 33	241
Holomis v. Dubuc	(1974), 56 D.L.R. (3d) 351	549
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	62, 96
Hubbert c. La Reine	[1977] 2 R.C.S. 267	472
Hubbert v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 267	472
Hunt v. T&N plc	[1993] 4 S.C.R. 289	885
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	190, 356

I

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631	832
Idziak v. Canada (Minister of Justice)	[1992] 3 S.C.R. 631	832
Imperial Tobacco Co. of Canada v. Registrar of Trade Marks	[1939] Ex. C.R. 141	332
In re Trepanier	(1885), 12 S.C.R. 111	830
INTERLEGO AG's Trade Mark Applications	[1998] R.P.C. 69	334
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	166, 688

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	166, 688
Ishida v. Itterman	[1975] 2 W.W.R. 142	549

J

J.J. Newberry Canadian Ltd. c. Régie des rentes du Québec	[1986] R.J.Q. 1884	288
Jacobi v. Griffiths	[1999] 2 S.C.R. 570	20, 52, 82
Jamieson v. Jamieson	[2003] N.B.J. No. 67 (QL), 2003 NBQB 74	236
John Doe v. Bennett	(2002), 218 D.L.R. (4th) 276, 2002 NFCA 47	74
John Doe v. Bennett	[2004] 1 S.C.R. 436, 2004 SCC 17	52, 82
Jones v. Cunningham	371 U.S. 236 (1962)	824
Juneau c. Québec (Ville de)	[1991] R.J.Q. 2781	161

K

K. (W.) v. Pornbacher	(1997), 32 B.C.L.R. (3d) 360	72
K.L.B. c. Colombie-Britannique	[2003] 2 R.C.S. 403, 2003 CSC 51	25, 53, 82
K.L.B. v. British Columbia	[2003] 2 S.C.R. 403, 2003 SCC 51	25, 52, 82
Karchesky v. The Queen	[1967] S.C.R. 547	830
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)	[1991] 2 R.C.S. 779	634
Kindler v. Canada (Minister of Justice)	[1991] 2 S.C.R. 779	634
Kirkland (Ville) c. Phares	[1993] A.Q. nº 2118 (QL)	200
Kirkland (Ville) v. Phares	(1993), 19 M.P.L.R. (2d) 314	200
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	[2002] 2 S.C.R. 146, 2002 SCC 31	318
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653	849
Kolodziejski v. Auto Electric Service Ltd.	(1999), 177 Sask. R. 197	439
Koninklijke Philips Electronics NV v. Remington Consumer Products Ltd., C-299/99	[2002] E.C.R. I-5475	333
Korponay v. Kulik	[1980] 2 S.C.R. 265	830
Kruse v. Johnson	[1898] 2 Q.B. 91	161, 201

L

Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)	(2001), 56 O.R. (3d) 577	588
Lamb v. Kincaid	(1907), 38 S.C.R. 516	409
Laval (Ville) c. Prince	[1996] A.Q. nº 58 (QL)	162, 191
Law Society of New Brunswick v. Ryan	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20	653
Lewis (Guardian ad litem of) v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1145	23
Lewis (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1145	23
Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH	[1998] A.Q. nº 2059 (QL)	300
Lister v. Hesley Hall Ltd.	[2002] 1 A.C. 215, [2001] UKHL 22	64

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69	491, 740, 766
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69	491, 740, 766
Location Triathlon Inc. c. Boucher-Forget	[1994] R.J.Q. 1666	554
Luedke v. Luedke	(2004), 198 B.C.A.C. 293, 2004 BCCA 327	241

M

M. (F.S.) v. Clarke	[1999] 11 W.W.R. 301	72, 95
MacDonald v. Montreal (City)	[1986] 1 S.C.R. 460	599
MacDonald v. Vapor Canada Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 134	315
MacKay v. Manitoba	[1989] 2 S.C.R. 357	494
MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson	(1994), 89 C.C.C. (3d) 217	167
Marchand v. Duval	[1973] C.A. 635	549
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602	825
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board	[1980] 1 S.C.R. 602	825
Massey-Ferguson Finance Co. of Canada v. Kluz	[1974] S.C.R. 474	549
McBratney v. McBratney	(1919), 59 S.C.R. 550	156
McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation	(2005), 251 D.L.R. (4th) 93, 2005 MBCA 22	641
McDonald v. Mombourquette	(1996), 152 N.S.R. (2d) 109	72
McInnis v. University Students' Council of University of Western Ontario	(1984), 14 D.L.R. (4th) 126	492
McKay v. The Queen	[1965] S.C.R. 798	884
Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51	559
Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51	559
Métabetchouan-Lac à La-Croix (Ville de) c. Restaurant-Bar Chez Miville inc.	C.S. Alma, n° 160-36-000006-995, 8 mai 2000	192
Métabetchouan-Lac-à-La-Croix (Ville de) v. Restaurant-Bar Chez Miville inc.	Sup. Ct. Alma, No. 160-36-000006-995, May 8, 2000	192
Middleton v. MacPherson	(1997), 204 A.R. 37	241
Moge v. Moge	[1992] 3 S.C.R. 813	489
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)	[2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54	292
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	[2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54	292
Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser	[2004] 1 S.C.R. 902, 2004 SCC 34	327
Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 S.C.R. 368	161, 201, 484
Montréal (City of) v. Beauvais	(1909), 42 S.C.R. 211	161
Montréal (Ville) c. 9013-5286 Québec inc.	[2002] J.Q. n° 2631 (QL)	558
Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.	[1985] 1 R.C.S. 368	161, 201, 484

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Moran v. Cook	(2000), 9 R.F.L. (5th) 352	242
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye	[1990] 3 S.C.R. 1077	885
Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention	[1985] 2 R.C.S. 662	823
Morin v. National Special Handling Unit Review Committee	[1985] 2 S.C.R. 662	823
Morrison v. Kingston	(1937), 69 C.C.C. 251	164
Morrison v. The Queen	[1966] S.C.R. 356	830
Moses v. Shore Board Builders Ltd.	(1993), 106 D.L.R. (4th) 654	641
Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)	[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41	656
Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)	[1989] 1 S.C.R. 1572	492
Muscutt v. Courcelles	(2002), 60 O.R. (3d) 20	891
N		
Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 S.C.R. 342, 2000 SCC 13	199
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.	[2000] 1 R.C.S. 342, 2000 CSC 13	199
Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	[2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73	400
Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Health Care Corp. of St. John's	[2001] Nfld. L.A.A. No. 1 (QL)	441
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311	850
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	[2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54	295
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54	295
Nutrichef Ltée c. Brossard (Ville)	C.S. Longueuil, n° 505-36-000006-876, 12 avril 1988	193
Nutrichef Ltée v. Brossard (Ville)	Sup. Ct. Longueuil, No. 505-36-000006-876, April 12, 1988	193
O		
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée	[1995] 2 R.C.S. 1031	153, 188, 591
Ontario v. Canadian Pacific Ltd.	[1995] 2 S.C.R. 1031	153, 188, 591
Oxford Pendaflex Canada Ltd. v. Korr Marketing Ltd.	[1982] 1 S.C.R. 494	341
P		
Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)	[2000] 2 R.C.S. 919, 2000 CSC 64	199
Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)	[2000] 2 S.C.R. 919, 2000 SCC 64	199
Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	854, 864
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	854, 864
Paras v. Paras	[1971] 1 O.R. 130	246, 262
Parke, Davis & Co. v. Empire Laboratories Ltd.	[1964] S.C.R. 351	332
Parry Sound (District) Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324	[2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42	882
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324	[2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42	882

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	(1989), 69 O.R. (2d) 253	831
Pelletier c. La Reine	[1986] R.J.Q. 595	775
Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.	[2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19	409
Pierre Moreault Ltée c. Sauvé	[1997] R.J.Q. 44	292
Pitters v. Criminal Injuries Compensation Board (Ont.)	(1996), 95 O.A.C. 325	688
Pizza Pizza Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)	[1989] 3 C.F. 379	332
Pizza Pizza Ltd. v. Canada (Registrar of Trade Marks)	[1989] 3 F.C. 379	332
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)	[2004] 3 R.C.S. 550, 2004 CSC 74	401
Pringle v. Fraser	[1972] S.C.R. 821	831
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206	314
Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée	[1985] 1 R.C.S. 831	184
Procureur général du Québec c. Tribunal de l'expropriation	[1986] 1 R.C.S. 732	546
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	161, 199
Province of Ontario v. Dominion of Canada	(1895), 25 S.C.R. 434	415
Provincial News Co. c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 89	764
Provincial News Co. v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 89	764
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[1999] 3 R.C.S. 845	489
Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2	854
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)	[1999] 3 S.C.R. 845	489
Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)	[2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2	854

Q

Quebec (Attorney General) v. Laroche	[2002] 3 S.C.R. 708, 2002 SCC 72	299
Québec (Procureur général) c. Laroche	[2002] 3 R.C.S. 708, 2002 CSC 72	299
Quinn v. Leathem	[1901] A.C. 495	639

R

R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24	520
R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.	[2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70	491
R. v. Allen	[2003] 1 S.C.R. 223, 2003 SCC 18	618
R. v. Angerillo	[2003] R.J.Q. 1977	776
R. v. Araujo	[2000] 2 S.C.R. 992, 2000 SCC 65	110, 358
R. v. B. (G.)	[1990] 2 S.C.R. 57	456
R. v. B. (K.)	(2003), 179 C.C.C. (3d) 413	116
R. v. B. (K.G.)	[1993] 1 S.C.R. 740	634
R. v. B.V.C.	(2003), 233 Sask. R. 270, 2003 SKQB 219	138
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	399
R. v. Barrow	(1984), 65 N.S.R. (2d) 1	641

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Beaulac	[1999] 1 S.C.R. 768	582, 584
R. v. Bernard	(1999), 140 C.C.C. (3d) 412	516, 525
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	635
R. v. Bernshaw	[1995] 1 S.C.R. 254	380
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	206
R. v. Bordage	(2000), 146 C.C.C. (3d) 549	358
R. v. Bordage	[2000] J.Q. nº 2045 (QL)	358
R. v. Briggs	(2001), 157 C.C.C. (3d) 38	110, 137
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656	511
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	175, 491, 740, 763, 794
R. v. C. (J.J.)	(2003), 180 C.C.C. (3d) 137, 2003 PESCAD 26	668
R. v. Calder	[1996] 1 S.C.R. 660	630
R. v. Campbell	(1999), 139 C.C.C. (3d) 258	471
R. v. Chambers	[1990] 2 S.C.R. 1293	526
R. v. Chartrand	(1992), 74 C.C.C. (3d) 409	641
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303	634
R. v. Chesson	[1988] 2 S.C.R. 148	350
R. v. Colburne	(1991), 66 C.C.C. (3d) 235	702
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	472
R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex parte Clowes	[1977] 1 W.L.R. 1353	703
R. v. Crosthwait	[1980] 1 S.C.R. 1089	507
R. v. Cuerrier	[1998] 2 S.C.R. 371	205
R. v. D. (T.M.)	(2003), 181 C.C.C. (3d) 518, 2003 NSCA 151	680
R. v. D.L.C.	[2003] N.J. No. 94 (QL)	718
R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.	[1963] 2 C.C.C. 103	739
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	351
R. v. Dubois	(1990), 62 C.C.C. (3d) 90	511, 521
R. v. Duguay	[1993] Q.J. No. 58 (QL)	515
R. v. Durette	(1992), 72 C.C.C. (3d) 421	364
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	111
R. v. Find	[2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32	473
R. v. Gamble	[1988] 2 S.C.R. 595	830
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	348
R. v. Gautreau	(1989), 101 N.B.R. (2d) 1	593
R. v. Gilbert	(1994), 92 C.C.C. (3d) 266	516, 525
R. v. Gladue	[1999] 1 S.C.R. 688	489
R. v. Goltz	[1991] 3 S.C.R. 485	187, 898
R. v. Goulis	(1981), 125 D.L.R. (3d) 137	445
R. v. Greenbaum	[1993] 1 S.C.R. 674	164, 201
R. v. Haché	(1993), 139 N.B.R. (2d) 81	593
R. v. Hadden	[1983] 3 W.W.R. 661	153
R. v. Hasselwander	[1993] 2 S.C.R. 398	445
R. v. Hicklin	(1868), L.R. 3 Q.B. 360	737, 763
R. v. Hinchey	[1996] 3 S.C.R. 1128	205
R. v. Hydro-Québec	[1997] 3 S.C.R. 213	153
R. v. Hynes	(1999), 26 C.R. (5th) 1	641

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE

R. v. Jacob ..... (1996), 31 O.R. (3d) 350 778
R. v. Jordan ..... (2002), 162 C.C.C. (3d) 385, 2002 NSCA 11 110
R. v. Keegstra ..... [1990] 3 S.C.R. 697 ..... 167, 688
R. v. Koh ..... (1998), 131 C.C.C. (3d) 257 471
R. v. Kuldip ..... [1990] 3 S.C.R. 618 618
R. v. L'Heureux ..... [1996] Q.J. No. 2135 (QL) 189
R. v. Labaye ..... [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80 ..... 791, 800
R. v. Lachance ..... [1990] 2 S.C.R. 1490 368
R. v. Latour ..... (1997), 116 C.C.C. (3d) 279 505
R. v. Lavallee ..... [1990] 1 S.C.R. 852 487
R. v. Lawrence ..... [1982] A.C. 510 608
R. v. Lecky ..... (2001), 157 C.C.C. (3d) 351 689
R. v. Lew ..... (1978), 40 C.C.C. (2d) 140 689
R. v. Lifchus ..... [1997] 3 S.C.R. 320 515
R. v. Luciano ..... (1986), 34 M.P.L.R. 233 153
R. v. Luxton ..... [1990] 2 S.C.R. 711 898
R. v. Lyttle ..... [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5 ..... 361, 616
R. v. M. (C.A.) ..... [1996] 1 S.C.R. 500 118
R. v. Malmo-Levine ..... [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74 ..... 493, 769
R. v. Mannion ..... [1986] 2 S.C.R. 272 626
R. v. Mara ..... [1997] 2 S.C.R. 630 ..... 735, 761
R. v. Marshall ..... [1999] 3 S.C.R. 456 403
R. v. Marshall ..... [2005] 2. S.C.R. 220, 2005 SCC 43 403
R. v. McCraw ..... [1991] 3 S.C.R. 72 683
R. v. McIntosh ..... [1995] 1 S.C.R. 686 ..... 445, 591, 697
R. v. Miller ..... [1985] 2 S.C.R. 613 820
R. v. Mohan ..... [1994] 2 S.C.R. 9 365
R. v. Morgentaler ..... [1993] 1 S.C.R. 462 408
R. v. Morin ..... [1992] 3 S.C.R. 286 456
R. v. Morrisey ..... [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39 898
R. v. N.S.O. ..... [2003] O.J. No. 2251 (QL) 713
R. v. Noël ..... [2002] 3 S.C.R. 433, 2002 SCC 67 618
R. v. Oakes ..... [1986] 1 S.C.R. 103 ..... 176, 206, 640
R. v. Oakley ..... (1986), 24 C.C.C. (3d) 351 689
R. v. Osolin ..... [1993] 4 S.C.R. 595 616
R. v. Parks ..... (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 454
R. v. Parnell ..... (1995), 98 C.C.C. (3d) 83 486
R. v. Parsons ..... (1977), 37 C.C.C. (2d) 497 350
R. v. Pelletier ..... (1985), 27 C.C.C. (3d) 77 775
R. v. Penno ..... [1990] 2 S.C.R. 865 494
R. v. Plant ..... [1993] 3 S.C.R. 281 111
R. v. Potvin ..... (2004), 69 O.R. (3d) 641 599
R. v. Potvin ..... (2004), 69 O.R. (3d) 654 599
R. v. Proudlock ..... [1979] 1 S.C.R. 525 ..... 503, 521
R. v. Robinson ..... [1996] 1 S.C.R. 683 634
R. v. S.A.B. ..... [2003] 2 S.C.R. 678, 2003 SCC 60 108
R. v. Salituro ..... [1991] 3 S.C.R. 654 ..... 22, 634

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Sansregret	[1984] 1 W.W.R. 720	641
R. v. Sayers and McCoy	(1983), 8 C.C.C. (3d) 572	689
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	361, 616
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	491
R. v. Shearing	[2002] 3 S.C.R. 33, 2002 SCC 58	616
R. v. Sheppard	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26	511
R. v. Sherratt	[1991] 1 S.C.R. 509	473
R. v. Silvini	(1997), 96 O.A.C. 310	369
R. v. Simard	(1995), 27 O.R. (3d) 97	599
R. v. Simard	(1995), 27 O.R. (3d) 116	599
R. v. Simpson (No. 2)	(1981), 58 C.C.C. (2d) 122	701
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	399
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	205, 418, 898
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	399
R. v. St. Pierre	[1995] 1 S.C.R. 791	503, 520
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326	356, 849, 859
R. v. T. (T.N.)	(2004), 186 C.C.C. (3d) 543, 2004 ABCA 238	110
R. v. Tremblay	[1993] 2 S.C.R. 932	746, 761, 795
R. v. Trudel	(1984), 12 C.C.C. (3d) 342	689
R. v. Trudel	1984 CarswellQue 129, 12 C.C.C. (3d) 342	689
R. v. Turcotte	[2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50	526
R. v. Vermette	[1988] 1 S.C.R. 985	472
R. v. Vu	(2004), 184 C.C.C. (3d) 545, 2004 BCCA 230	641
R. v. Vukelich	(1996), 108 C.C.C. (3d) 193	363
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	505, 521
R. v. Wells	[2000] 1 S.C.R. 207, 2000 SCC 10	489
R. v. Williams	[1998] 1 S.C.R. 1128	466
R. v. Williams	(2003), 181 C.C.C. (3d) 414	368
R. v. Wilson	(1996), 107 C.C.C. (3d) 86	473
R. v. Wust	[2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18	443
R. v. Younger	(2004), 187 Man. R. (2d) 121, 2004 MBCA 113	702
R. v. Zundel	(1987), 31 C.C.C. (3d) 97	487
R. v. Zundel	[1992] 2 S.C.R. 731	206
Ramsden c. Peterborough (Ville)	[1993] 2 R.C.S. 1084	167
Ramsden v. Peterborough (City)	[1993] 2 S.C.R. 1084	167
Re Haldimand-Norfolk Regional Health Unit and Ontario Nurses' Association	(1981), 120 D.L.R. (3d) 101	641
Re Hay and National Parole Board	(1985), 21 C.C.C. (3d) 408	847
Re Ministry of Attorney-General, Corrections Branch and British Columbia Government Employees' Union	(1981), 3 L.A.C. (3d) 140	440
Re Simon Fraser University and Association of University and College Employees, Local 2	(1985), 18 L.A.C. (3d) 361	440
Re Southam Inc. and The Queen	(1984), 48 O.R. (2d) 678	115
Re Sproule	(1886), 12 S.C.R. 140	830

NAME OF CASE / INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED / RENVOI	PAGE
Re Treasury Board (Employment & Immigration) and Quigley	(1987), 31 L.A.C. (3d) 156	440
Read c. Canada (Procureur général)	2005 CF 798	440
Read v. Canada (Attorney General)	(2005), 30 Admin. L.R. (4th) 218, 2005 FC 798	440
Reckitt & Colman Products Ltd. v. Borden Inc.	[1990] 1 All E.R. 873	340
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100	484
Reference re Firearms Act (Can.)	[2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31	881, 901
Reference re Ng Extradition (Can.)	[1991] 2 S.C.R. 858	634
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1997] 3 S.C.R. 3	642
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	734, 764
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297	885
Reid v. Telegram Publishing Co.	[1961] O.R. 418	492
Remington Rand Corp. v. Philips Electronics N.V.	[1995] F.C.J. No. 1660 (QL)	332
Remington Rand Corp. v. Philips Electronics N.V.	(1995), 64 C.P.R. (3d) 467	332
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	734, 764
Renvoi relatif à l'extradition de Ng (Can.)	[1991] 2 R.C.S. 858	634
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	[2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31	881, 901
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	642
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 R.C.S. 297	885
Reza v. Canada	[1994] 2 S.C.R. 394	831
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	152, 185, 233, 437, 452, 591, 687, 881
Roberts c. La Reine	C.S.C., nº 27641, 13 mars 2003	43
Roberts v. The Queen	S.C.C., No. 27641, March 13, 2003	43
Rocois Construction Inc. v. Québec Ready Mix Inc.	[1990] 2 R.C.S. 440	297
Roux c. La Reine	[2001] R.J.Q. 567	774
Royal Doulton Tableware Ltd. c. Cassidy's Ltée	[1986] 1 C.F. 357	316
Royal Doulton Tableware Ltd. v. Cassidy's Ltd.	[1986] 1 F.C. 357	316
Ruby c. Canada (Solliciteur général)	[2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75	849
Ruby v. Canada (Solicitor General)	[2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75	849
Ryan v. Moore	[2005] 2 S.C.R. 53, 2005 SCC 38	880

S

Sablières Laurentiennes Ltée v. Ste-Adèle (Ville de)	[1989] R.L. 486	163, 200
Saint-Michel-Archange (Municipalité de) c. 2419-6388 Québec Inc.	[1992] R.J.Q. 875	162, 200
Sambault c. Mercier (Corp. mun. de Ville)	[1983] C.S. 147	200
Scarff v. Wilson	(1988), 33 B.C.L.R. (2d) 290	641
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	204
Scott v. College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan	(1992), 95 D.L.R. (4th) 706	548
Sellars c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 527	640
Sellars v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 527	640
Sévigny c. Alimentation G. F. Robin inc.	SOQUIJ AZ-99021251	193
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)	[1994] 1 S.C.R. 231	161, 199

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Sidmay Ltd. v. Wehttam Investments Ltd.	[1968] S.C.R. 828	156
Singer Manufacturing Co. v. Loog	(1882), 8 App. Cas. 15	337
Slade v. Slade	(2001), 195 D.L.R. (4th) 108, 2001 NFCA 2	241
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	846, 884
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education	[1986] 1 S.C.R. 549	586
Sommers v. The Queen	[1959] S.C.R. 678	592
Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.	[2002] 4 S.C.R. 205, 2002 SCC 78	300
Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.	[2002] 4 R.C.S. 205, 2002 CSC 78	300
Spindler v. Millhaven Institution	(2003), 15 C.R. (6th) 183	820
Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board	[1933] S.C.R. 629	547
Steele c. Établissement Mountain	[1990] 2 R.C.S. 1385	832
Steele v. Mountain Institution	[1990] 2 S.C.R. 1385	832
Stoffman v. Vancouver General Hospital	[1990] 3 S.C.R. 483	494
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1	656
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1	656
Symes v. Canada	[1993] 4 S.C.R. 695	494

T

T.S.C.O. of Canada Ltd. c. Châteauneuf	[1995] R.J.Q. 637	292
Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)	[2004] 3 S.C.R. 550, 2004 SCC 74	401
Therrien (Re)	[2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35	849
Thomas & Betts, Ltd. v. Panduit Corp.	[2000] 3 F.C. 3	332
Tolley v. Fry	[1930] 1 K.B. 467	485
Tolofson v. Jensen	[1994] 3 S.C.R. 1022	874, 878
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63	297
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	[2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63	298
Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 494	739, 760
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 494	739, 760
Township of Nepean v. Leikin	(1971), 16 D.L.R. (3d) 113	554
TrafFix Devices, Inc. v. Marketing Displays, Inc.	532 U.S. 23 (2001)	333

U

Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia	[2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40	890
United States of America v. Shulman	[2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21	854
United States v. Burns	[2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7	634
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)	[2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19	199
United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)	[2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19	199
Untel c. Bennett	[2004] 1 R.C.S. 436, 2004 CSC 17	53, 82
Upper Canada College v. Smith	(1920), 61 S.C.R. 413	546

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE

V

V.P. v. Canada (Attorney General)	(1999), 186 Sask. R. 161, 1999 SKQB 180	95
Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	642
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	642
Vaughan v. Canada	[2005] 1 S.C.R. 146, 2005 SCC 11	295
Venne c. Québec (Commission de protection du territoire agricole)	[1989] 1 R.C.S. 880	546

W

Wal-Mart Stores, Inc. v. Samara Bros., Inc.	529 U.S. 205 (2000)	333
Waldick v. Malcolm	[1991] 2 S.C.R. 456	494
Weber v. Ontario Hydro	[1995] 2 S.C.R. 929	295
Whirlpool Corp. v. Camco Inc.	[2000] 2 S.C.R. 1067, 2000 SCC 67	328, 485
Whiten v. Pilot Insurance Co.	[2002] 1 S.C.R. 595, 2002 SCC 18	35
Wilson c. La Reine	[1983] 2 R.C.S. 594	350
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594	350
Wylie v. Leclair	(2003), 64 O.R. (3d) 782	241

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Act respecting financial assistance for students, R.S.Q., c. A-13.3
s. 23 530

Act to amend the Act respecting financial assistance for students, S.Q. 1997, c. 90
s. 4 530
s. 5 530
s. 13 530

Act to amend the Act respecting financial assistance for students and the General and Vocational Colleges Act, S.Q. 1996, c. 79
s. 5 530

B

By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3
art. 9(1) 141

C

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 141
s. 2(b) 141
s. 8 343
s. 12 895
s. 13 609

Charter of the city of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102
art. 516 141
art. 517(l) 141
art. 520(72) 141

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64
art. 3135 279
art. 3137 279

Constitutional Act, 1867
s. 91(2) 302

PAGE

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19
s. 7 895

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20
s. 27(1) 809

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 109(1)(c) 895
s. 184.2 343
s. 197(1) 728
s. 210(1) 728, 789
s. 254(3) 499
s. 258(1) 499
s. 265(1)(a) 725
s. 265(1)(b) 725
s. 487.051 99

F

Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175
s. 3 217
s. 7 217
s. 9 217
s. 10 217

I

Indian Act, S.C. 1951, c. 29
s. 113 3
s. 114 3

Indian Residential School Regulations, 1953 3

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21
s. 25(1) 499

L

Labour Standards Act, R.S.S. 1978, c. L-1
s. 74 425

PAGE

Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12
s. 12 870

O

Official Languages Act, S.N.B. 2002, c. O-0.5
s. 1 "institution" 563
s. 22 563

R

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156
r. 76 41
r. 81(1)(a) 41

PAGE

T

Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13
s. 7(b) 302

Y

Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1
s. 39(1)(a) 668

TREATIES AND PROCLAMATIONS

T

Treaty No. 8 (1899) 388

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 141
art. 2b) 141
art. 8 343
art. 12 895
art. 13 609

Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-1960, ch. 102
art. 516 141
art. 517l) 141
art. 520(72) 141

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64
art. 3135 279
art. 3137 279

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 109(1)c) 895
art. 184.3 343
art. 197(1) 728
art. 210(1) 728, 789
art. 254(3) 499
art. 258(1) 499
art. 265(1)a) 725
art. 265(1)b) 725
art. 487.051 99

L

Labour Standards Act, R.S.S. 1978, ch. L-1
art. 74 425

Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175
art. 3 217
art. 7 217
art. 9 217
art. 10 217

PAGE

Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12
art. 12 870

Loi constitutionnelle de 1867
art. 91(2) 302

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21
art. 25(1) 499

Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.Q. 1997, ch. 90
art. 4 530
art. 5 530
art. 13 530

Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel, L.Q. 1996, ch. 79
art. 5 530

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19
art. 7 895

Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.R.Q., ch. A-13.3
art. 23 530

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20
art. 27(1) 809

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1
art. 39(1)a) 668

Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29
art. 113 3
art. 114 3

Loi sur les langues officielles, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5
art. 1 « institution » 563
art. 22 563

	PAGE
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13	
art. 7b)	302

R

Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3	
art. 9(1)	141
Règlement sur les pensionnats pour enfants indiens, 1953	3
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156	
art. 76	41
art. 81(1)a)	41

TRAITÉS ET PROCLAMATIONS

T

Traité nº 8 (1899)	388

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Alberta. *Alberta Hansard*, vol. I, 23rd Leg., 4th Sess., March 20, 1996, p. 707. 882

Alberta. Law Reform Institute. *Limitations*. Report No. 55. Edmonton: The Institute, 1989. 881

Atiyah, P. S. *Vicarious Liability in the Law of Torts*. London: Butterworths, 1967. 19

Bagby, R. Michael, and Neil A. Rector. "Prejudicial Attitudes in a Simulated Legal Context" (1991), 11 *Health L. Can.* 94. 496

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997. 695

Bala, Nicholas. *Youth Criminal Justice Law*. Toronto: Irwin Law, 2003. 676

Béliveau, Pierre, et Martin Vauclair. *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 11e éd. Montréal : Thémis, 2004. 508

Bennion, Francis Alan Roscoe. *Statutory Interpretation: A Code*, 4th ed. London: Butterworths, 2002. 445

Bently, Lionel, and Brad Sherman. *Intellectual Property Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. 333

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 2004, "pleading", "process". 599

British Columbia. Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry. *Report on the Cariboo-Chilcotin Justice Inquiry*. Victoria: The Inquiry, 1993. 476

Callahan, Elletta Sangrey, Terry Morehead Dworkin and David Lewis. "Whistleblowing: Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest" (2004), 44 *Va. J. Int'l L.* 879. 436

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, 1re sess., 37e lég., 14 février 2001, p. 704. 697

Canada. Commission du droit du Canada. *La dignité retrouvée : La réparation des sévices infligés aux enfants dans des établissements canadiens*. Ottawa : La Commission, 2000. 85

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*. Ottawa : La Commission, 1996. 476

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir*. Ottawa : La Commission, 1996. 84

Canada. Correctional Service. *Commissioner's Directive 081*, "Offender Complaints and Grievances", 2002. 839

Canada. Correctional Service. *Security Classification of Offenders: Standard Operating Practices*, 700-14, 2001. 851

Canada. Correctional Service. *Transfer of Offenders: Standard Operating Practices*, 700-15, 1999. 852

PAGE

Canada. Department of Justice. Child Support Team. Research Report. *Formula for the Table of Amounts Contained in the Federal Child Support Guidelines: A Technical Report*. Ottawa: The Department, 1997. ..... 239, 261

Canada. Department of Justice. *Children Come First: A Report to Parliament Reviewing the Provisions and Operation of the Federal Child Support Guidelines*, vol. 2. Ottawa: The Department, 2002. 241

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, 1st Sess., 37th Parl., February 14, 2001, p. 704. 697

Canada. Law Commission of Canada. *Restoring Dignity: Responding to Child Abuse in Canadian Institutions*. Ottawa: The Commission, 2000. 85

Canada. Ministère de la Justice. Équipes sur les pensions alimentaires pour enfants. Rapport de recherche. *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Formule relative à la table des paiements : Rapport technique*. Ottawa : Le Ministère, 1997. 239

Canada. Ministère de la Justice. *Les enfants d'abord : Rapport au Parlement concernant les dispositions et l'application des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants*, vol. 2. Ottawa : Le Ministère, 2002. 241

Canada. Multiculturalism and Citizenship. *Eliminating Racial Discrimination in Canada*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1989. 477

Canada. Multiculturalisme et Citoyenneté. *L'élimination de la discrimination raciale au Canada*. Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1989. 476

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa: The Commission, 1996. 476

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back*. Ottawa: The Commission, 1996. 84

Canada. Service correctionnel. *Cote de sécurité des délinquants : Instructions permanentes*, 700-14, 2001. 851

Canada. Service correctionnel. *Directive du commissaire 081*, "Plaintes et griefs des délinquants", 2002. ... 839

Canada. Service correctionnel. *Transfèrement de délinquants : Instructions permanentes*, 700-15, 1999. 852

Claes, Rhonda, and Deborah Clifton. *Needs and Expectations for Redress of Victims of Abuse at Residential Schools*. Ottawa: Law Commission of Canada, 1998. 84

Claes, Rhonda, et Deborah Clifton. *Besoins et attentes en matière de réparation pour les sévices commis contre les enfants placés dans les pensionnats pour enfants autochtones*. Ottawa : Commission du droit du Canada, 1998. 84

Colman, Gene C. "*Contino v. Leonelli-Contino* — A Critical Analysis of the Ontario Court of Appeal Interpretation of Section 9 of the Child Support Guidelines" (2004), 22 *C.F.L.Q.* 63. 239

Comité fédéral-provincial-territorial sur le droit de la famille. *Pensions alimentaires pour enfants : Document de travail public*. Ottawa : Le Comité, 1991. 224

Cornish, William Rodolph. *Intellectual Property: Omnipresent, Distracting, Irrelevant?* Oxford: Oxford University Press, 2004. 327

Cornish, William Rodolph, and David Llewelyn. *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003. 340

Cornu, Gérard, dir. *Vocabulaire juridique*, 8e éd. Paris : Presses universitaires de France, 2000, « violence ». 687

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. ..... 152, 443, 545, 559, 592, 879

PAGE

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. ..... 152, 443, 545, 559, 592, 879

Côté, Pierre-André, et Daniel Jutras. *Le droit transitoire civil : Sources annotées*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1994. ..... 553, 557

Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol. 3. San Diego: K. C. Davis, 1980. 489

Devinat, Mathieu. « L'Autorité des obiter dicta de la Cour suprême » (1998), 77 *R. du B. can.* 1. 642

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. ..... 152, 185, 437, 452, 546, 572, 686, 879

Droit civil québécois, t. 8. Comité de rédaction, Denys-Claude Lamontagne et autres. Montréal : Publications Dacfo, 1993 (feuilles mobiles mises à jour mai 2003). 556

Dubin, Charles L., and John Terry. *Whistleblowing Study*. Study commissioned by the Competition Bureau. Ottawa: Industry Canada, 1997. 441

Dubin, Charles L., et John Terry. *Étude relative à la dénonciation*. Étude commandée par le Bureau de la concurrence. Ottawa : Industrie Canada, 1997. 441

Duker, William F. *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1980. ... 823

Federal/Provincial/Territorial Family Law Committee. *Child Support: Public Discussion Paper*. Ottawa: The Committee, 1991. 224

Finnie, Ross, Carolina Giliberti and Daniel Stripinis. *An Overview of the Research Program to Develop a Canadian Child Support Formula*. Ottawa: Department of Justice, 1995. 224

Finnie, Ross, Carolina Giliberti et Daniel Stripinis. *Aperçu du programme de recherche visant à élaborer une formule canadienne de calcul des pensions alimentaires pour enfants*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1995. 224

Gill, A. Kelly, and R. Scott Jolliffe. *Fox on Canadian Law of Trade-marks and Unfair Competition*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2002 (loose-leaf). 314

Giroux, Lorne. « Retour sur les compétences municipales en matière de nuisance ». Dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1999, 299. ..... 154, 193

Goldstein, Gérald, et Ethel Groffier. *Droit international privé*, t. 1, *Théorie générale*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998. 299

Graham, Randal N. *Statutory Interpretation: Theory and Practice*. Toronto: Emond Montgomery, 2001. ... 445

Husak, Douglas N. "Varieties of Strict Liability" (1995), 8 *Can. J.L. & Jur.* 189. 28

Jackson, Michael. *Justice Behind the Walls: Human Rights in Canadian Prisons*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 2002. 825

Jackson, Michael. *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1983. 825

Johnson, Sheri Lynn. "Black Innocence and the White Jury" (1984-1985), 83 *Mich. L. Rev.* 1611. 480

Jolliffe, R. Scott. "The Common Law Doctrine of Passing Off", in Gordon F. Henderson, ed., *Trade-Marks Law of Canada*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993, 197. 340

L'Heureux, Jacques. *Droit municipal québécois*, t. II. Montréal : SOREJ, 1984. 199

L'Heureux-Dubé, Claire. "Re-examining the Doctrine of Judicial Notice in the Family Law Context" (1994), 26 *Ottawa L. Rev.* 551. 488

PAGE

Lambert, Douglas. "*Ratio Decidendi* and *Obiter Dicta*" (1993), 51 *Advocate (B.C.)* 689. 641

Langlois, Denis. « Le bruit et la fureur : les réglementations municipale et provinciale en matière de bruit ». Dans Service de formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit municipal*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1992, 163. 154

Laskin, Bora. "The Function of the Law" (1973), 11 *Alta. L. Rev.* 118. 436

LeBel, Louis. « Un essai de conciliation de valeurs : la régulation judiciaire du discours obscène ou haineux » (2001), 3(2) *Éthique publique* 51. 762

Lewis, Stephen. *Rapport de Stephen Lewis sur les relations interraciales en Ontario*. Toronto : Gouvernement de l'Ontario, 1992. 477

Lewis, Stephen. *Stephen Lewis Report on Race Relations in Ontario*. Toronto: Government of Ontario, 1992. 477

MacDonald, James C., and Ann C. Wilton. *Child Support Guidelines: Law and Practice*, 2nd ed., vol. 1. Toronto: Carswell, 1998 (loose-leaf updated 2004, release 4). 241

Mair, Charles. *Through the Mackenzie Basin: A Narrative of the Athabasca and Peace River Treaty Expedition of 1899*. Toronto: William Briggs, 1908. 402

Markwart, Alan. "Custodial Sanctions Under The *Young Offenders Act*", in Raymond R. Corrado et al., eds., *Juvenile Justice in Canada: A Theoretical and Analytical Assessment*. Toronto: Butterworths, 1992, 229. 695

Mazeaud, Henri, Léon et Jean, et François Chabas. *Leçons de droit civil*, t. 1, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 11e éd. par François Chabas. Paris : Montchrestien, 1996. 553

McCormick, Charles T. "Judicial Notice" (1951-1952), 5 *Vand. L. Rev.* 296. 487

McLeod, James G. « Le système proposé de Lignes directrices sur les pensions alimentaires pour enfants : portée du pouvoir judiciaire discrétionnaire », dans *Pensions alimentaires pour enfants : Manuel de référence sur les Lignes directrices fédérales*. Ottawa : Ministère de la Justice, 1997, F-1. 244

McLeod, James G. "The Proposed Child Support Guideline Package: The Scope of Judicial Discretion", in *Federal Child Support Guidelines: Reference Manual*. Ottawa: Department of Justice, 1997, F-1. 244

Melli, Marygold S. "Guideline Review: Child Support and Time Sharing by Parents" (1999), 33 *Fam. L.Q.* 219. 252

Melli, Marygold S., and Patricia R. Brown. "The Economics of Shared Custody: Developing an Equitable Formula for Dual Residence" (1994), 31 *Houst. L. Rev.* 543. 240

Mercer Pension Manual, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Agincourt, Ont.: Carswell, 1988 (loose-leaf updated 2003, release 6). 292

Mill, John Stuart. *De la liberté*, trad. L. Lenglet. Paris : Gallimard, 1990. 769

Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946. 769

Millar, Paul, and Anne H. Gauthier. "What Were They Thinking? The Development of Child Support Guidelines in Canada" (2002), 17 *C.J.L.S.* 139. 239

Moon, Richard. *The Constitutional Protection of Freedom of Expression*. Toronto: University of Toronto Press, 2000. 173

Morgan, Edmund M. "Judicial Notice" (1943-1944), 57 *Harv. L. Rev.* 269. 487

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001. ..... 203, 844

Nouveau Larousse Encyclopédique, vol. 1. Paris : Larousse, 2001, « bruit ». 156

PAGE

Nouvelle-Écosse. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax : The Commission, 1989. 476

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989. 476

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "violence", "violent". 687

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 1999. 487

Payne, Julien D., and Marilyn A. Payne. *Child Support Guidelines in Canada 2004*. Toronto: Irwin Law, 2004. ..... 235, 263

Poirier, Johanne. « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états : Gouvernance, identité et méthodologie*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005, 441. 290

Poirier, Johanne. "Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale: aux confins du droit et du non-droit", in Jean-François Gaudreault-DesBiens and Fabien Gélinas, eds., *The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005, 441. 290

Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec table des abréviations et lexique anglais-français*, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004, « plaidoirie ». 599

Rogerson, Carol. "Child Support Under the Guidelines in Cases of Split and Shared Custody" (1998), 15 *Can. J. Fam. L.* 11. 225

Roubier, Paul. *Le droit transitoire : conflits des lois dans le temps*, 2e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1993. ..... 553, 556

Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003. 297

Saskatchewan. Legislative Assembly. *Debates and Proceedings (Hansard)*, 4th Sess., 22nd Leg., April 22, 1994, p. 1785. 439

Scassa, Teresa. "Violence Against Women in Law Schools" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 809. 688

Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989. 823

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. 487

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002. ..... 235, 442, 547, 590, 710, 881

Talpis, Jeffrey A., with the collaboration of Shelley L. Kath. *"If I am from Grand-Mère, Why Am I Being Sued in Texas?" Responding to Inappropriate Foreign Jurisdiction in Quebec-United States Crossborder Litigation*. Montréal: Thémis, 2001. 300

Thayer, James B. "Judicial Notice and the Law of Evidence" (1889-1890), 3 *Harv. L. Rev.* 285. 484

Thompson, D. A. Rollie. "Annotation to *E. (C.R.H.) v. E. (F.G.)*", 2004 CarswellBC 1157. 252

Thompson, D. A. Rollie. "Case Comment: *Contino v. Leonelli-Contino*" (2004), 42 R.F.L. (5th) 326. 250

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997. 329

Vivant, Michel. « La fantastique explosion de la propriété intellectuelle : Une rationalité sous le *big bang*? », dans *Mélanges Victor Nabhan*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2004, 393. 327

Wensley, Kim Hart. "Shared Custody — Section 9 of the Federal Child Support Guidelines: Formulaic? Pure Discretion? Structured Discretion?" (2004), 23 *C.F.L.Q.* 63. 235

PAGE

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 9. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1981. 484

Wilson, Bertha. "Decision-making in the Supreme Court" (1986), 36 *U.T.L.J.* 227. 640

Terry Lee May *Appellant*

v.

Warden of Ferndale Institution, Warden of Mission Institution, Deputy Commissioner, Pacific Region, Correctional Service of Canada and Attorney General of Canada *Respondents*

- and -

David Edward Owen *Appellant*

v.

Warden of Ferndale Institution, Warden of Matsqui Institution, Deputy Commissioner, Pacific Region, Correctional Service of Canada and Attorney General of Canada *Respondents*

- and -

Maurice Yvon Roy, Gareth Wayne Robinson and Segen Uther Speer-Senner *Appellants*

v.

Warden of Ferndale Institution, Warden of Mission Institution, Deputy Commissioner, Pacific Region, Correctional Service of Canada and Attorney General of Canada *Respondents*

- and -

Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, John Howard Society of Canada and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: MAY *v.* FERNDALE INSTITUTION

Neutral citation: 2005 SCC 82.

File No.: 30083.

Terry Lee May *Appelant*

c.

Directeur de l'Établissement Ferndale, Directeur de l'Établissement de Mission, Sous-commissaire, région du Pacifique, Service correctionnel du Canada et procureur général du Canada *Intimés*

- et -

David Edward Owen *Appelant*

c.

Directeur de l'Établissement Ferndale, Directeur de l'Établissement de Matsqui, Sous-commissaire, région du Pacifique, Service correctionnel du Canada et procureur général du Canada *Intimés*

- et -

Maurice Yvon Roy, Gareth Wayne Robinson et Segen Uther Speer-Senner *Appelants*

c.

Directeur de l'Établissement Ferndale, Directeur de l'Établissement de Mission, Sous-commissaire, région du Pacifique, Service correctionnel du Canada et procureur général du Canada *Intimés*

- et -

Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, Société John Howard du Canada et British Columbia Civil Liberties Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : MAY *c.* ÉTABLISSEMENT FERNDALE

Référence neutre : 2005 CSC 82.

N° du greffe : 30083.

2005: May 17; 2005: December 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Courts — Jurisdiction — Habeas corpus — Transfer of federal inmates from minimum- to medium-security institution — Whether provincial superior court had jurisdiction to review inmates' transfer on application for habeas corpus with certiorari in aid — If so, whether it should have declined habeas corpus jurisdiction in favour of Federal Court jurisdiction on judicial review.

Prisons — Transfer of inmates — Deprivation of residual liberty — Habeas corpus — Transfer of federal inmates from minimum- to medium-security institution — Whether inmates unlawfully deprived of their residual liberty — Whether inmates' habeas corpus applications should be granted.

Evidence — New evidence — Motion to submit new evidence filed before Supreme Court of Canada — Whether new evidence should be admitted.

Administrative law — Arbitrary decisions — Correctional Service of Canada — Transfer of inmates to higher security institution — Whether transfer decisions initiated by change in policy arbitrary — Whether inmates unlawfully deprived of their liberty.

Administrative law — Procedural fairness — Duty to disclose — Correctional Service of Canada — Transfer of inmates to higher security institution — Correctional Service not making full disclosure of information relied upon in its reclassification of inmates — Whether inmates unlawfully deprived of their liberty — Whether Stinchcombe principles applicable to administrative context — Whether Correctional Service complied with its statutory duty to disclose — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 27(1).

The appellant inmates are prisoners serving life sentences. Based on a computerized reclassification scale

2005 : 17 mai; 2005 : 22 décembre.

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

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

Tribunaux — Compétence — Habeas corpus — Transfèrement de détenus fédéraux d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne — La cour supérieure provinciale avait-elle compétence pour examiner le transfèrement de détenus fédéraux dans le cadre d'une demande d'habeas corpus avec certiorari auxiliaire? — Le cas échéant, aurait-elle dû refuser d'exercer sa compétence en matière d'habeas corpus et reconnaître celle de la Cour fédérale dans le cadre du contrôle judiciaire?

Prisons — Transfèrement de détenus — Privation de la liberté résiduelle — Habeas corpus — Transfèrement de détenus fédéraux d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne — Les détenus ont-ils été privés illégalement de leur liberté résiduelle? — Les demandes d'habeas corpus des détenus doivent-elles être accordées?

Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Requête pour permission de présenter de nouveaux éléments de preuve devant la Cour suprême du Canada — Les nouveaux éléments de preuve doivent-ils être admis?

Droit administratif — Décisions arbitraires — Service correctionnel du Canada — Transfèrement de détenus à un établissement à sécurité plus élevée — Les décisions de transférer provoquées par un changement de politique étaient-elles arbitraires? — Les détenus ont-ils été illégalement privés de leur liberté?

Droit administratif — Équité procédurale — Obligation de communication — Service correctionnel du Canada — Transfèrement de détenus à un établissement à sécurité plus élevée — Refus du Service correctionnel de communiquer tous les renseignements qui ont servi à la reclassification des détenus — Les détenus ont-ils été illégalement privés de leur liberté? — Les principes de l'arrêt Stinchcombe s'appliquent-ils en contexte administratif? — Le Service correctionnel a-t-il respecté l'obligation de communiquer que lui impose la loi? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27(1).

Les détenus appelants purgent une peine d'emprisonnement à perpétuité. Comme une échelle de

which yielded a medium-security rating, they were each involuntarily transferred from a minimum- to a medium-security institution. There were no allegations of fault or misconduct on the part of these inmates. The transfers were the result of a direction from the Correctional Service of Canada ("CSC") to review the security classifications of all inmates serving life sentences in minimum-security institutions who had not completed their violent offender programming. CSC used a computer application to assist the classification review process. This application, the Security Reclassification Scale ("SRS"), was developed to help caseworkers determine the most appropriate level of security at key points throughout an offender's sentence. It provides a security rating based on data entered with respect to various factors related to the assessment of risk.

The inmates applied to the provincial superior court for *habeas corpus* with *certiorari* in aid directing correction officials to transfer them back to the minimum-security facility. From the outset, they requested the scoring matrix for the SRS, but were told it was not available. The chambers judge found that a provincial superior court had jurisdiction to review a federal inmate's involuntary transfer on an application for *habeas corpus* with *certiorari* in aid, but that the applications should be dismissed because the inmates' transfers had not been arbitrary and had not been made in the absence of jurisdiction. The Court of Appeal dismissed the inmates' appeal, holding that the chambers judge ought to have declined to exercise *habeas corpus* jurisdiction because no reasonable explanation was given for the inmates' failure to pursue judicial review in Federal Court. Before the hearing in this Court, the inmates filed a motion to submit the cover page of a scored copy of an assessment and a current version of the scoring matrix as new evidence.

Held (Major, Bastarache and Charron JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The applications for *habeas corpus* and the motion to adduce new evidence should be granted. The transfer decisions are declared null and void for want of jurisdiction.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish and Abella JJ.: Inmates may choose to challenge the legality of a decision affecting their residual liberty either in a provincial superior court by way of *habeas*

réévaluation informatisée indiquait dans leur cas une cote de sécurité moyenne, ils ont tous été transférés contre leur gré d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne. Aucune faute ou inconduite de ces détenus n'était alléguée. Les transfèrements découlaient d'une directive prise par le Service correctionnel du Canada (« SCC ») prescrivant la révision de la cote de sécurité de tous les détenus purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité dans un établissement à sécurité minimale qui n'avaient pas suivi en totalité le programme de traitement des délinquants violents. Le SCC s'est servi d'un logiciel pour effectuer la révision des cotes de sécurité. Ce logiciel, l'échelle de réévaluation de la cote de sécurité (« ÉRCS »), a été mis au point pour aider les agents à déterminer le niveau de sécurité le plus approprié à des moments clés tout au long de la peine du délinquant. Il établit une cote de sécurité à partir des données saisies en rapport avec divers facteurs d'évaluation du risque.

Les détenus ont demandé à la cour supérieure provinciale, par voie de recours en *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, d'ordonner aux autorités correctionnelles de les ramener à un établissement à sécurité minimale. Dès le début, ils ont demandé la matrice de notation de l'ÉRCS, mais on leur a dit qu'elle n'était pas disponible. Le juge en chambre a conclu qu'une cour supérieure provinciale avait compétence pour examiner le transfèrement non sollicité d'un détenu fédéral dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, mais que les demandes devaient être rejetées parce que les transfèrements des détenus n'étaient pas arbitraires et que le SCC n'avait pas excédé sa compétence. La Cour d'appel a rejeté l'appel des détenus et a conclu que le juge en chambre aurait dû refuser d'exercer sa compétence en matière d'*habeas corpus* parce que les détenus n'avaient pas fourni d'explication raisonnable de leur défaut de demander le contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Avant l'audience devant la Cour, les détenus ont demandé la permission de produire comme nouveaux éléments de preuve la page couverture d'une copie d'une évaluation complétée ainsi qu'une version à jour de la matrice de notation.

Arrêt (les juges Major, Bastarache et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les demandes d'*habeas corpus* et la requête pour permission de produire de nouveaux éléments de preuve sont accordées. Les décisions relatives aux transfèrements sont déclarées invalides pour défaut de compétence.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish et Abella : Les détenus peuvent décider de contester la légalité d'une décision touchant leur liberté résiduelle soit devant une cour supérieure

corpus or in the Federal Court by way of judicial review. As a matter of principle, a provincial superior court should exercise its jurisdiction when it is requested to do so. *Habeas corpus* jurisdiction should not be declined merely because an alternative remedy exists and seems more convenient to the court. Provincial superior courts should decline *habeas corpus* jurisdiction only where (1) a statute, such as the *Criminal Code*, confers jurisdiction on a court of appeal to correct the errors of a lower court and release the applicant if need be, or (2) the legislator has put in place complete, comprehensive and expert procedure for review of an administrative decision, such as the scheme created by Parliament for immigration matters. [44-50]

Here, the Court of Appeal erred in barring access to *habeas corpus* as neither of the two recognized exceptions are applicable. First, these cases involve administrative decisions in the prison context, not criminal convictions. Second, Parliament has not enacted a complete, comprehensive and expert procedure for review of a decision affecting inmates' confinements. The language of the *Corrections and Conditional Release Act* ("*CCRA*") and its regulations make it clear that Parliament did not intend to bar federal inmates' access to *habeas corpus*. The scheme of review and appeal which militates against the exercise of *habeas corpus* jurisdiction in the immigration context is substantially different from the grievance procedure provided in the *CCRA*. Moreover, when the *habeas corpus* jurisdiction of provincial superior courts is assessed purposively, the relevant factors favour the concurrent jurisdiction approach. This approach properly recognizes the importance of affording inmates a meaningful and significant access to justice in order to protect their liberty rights. Timely judicial oversight, in which provincial superior courts must play a concurrent if not predominant role, is still necessary to safeguard the human rights and civil liberties of inmates, and to ensure that the rule of law applies within penitentiary walls. [51-72]

Habeas corpus should not be granted in these cases on the basis of arbitrariness. A transfer decision initiated by a mere change in policy is not, in and of itself, arbitrary. The new policy applied here strikes a proper balance between the interests of inmates deprived of their residual liberty and the state's interest in the protection of the public. It also required that inmates be transferred to higher security institutions only after

provinciale par voie d'*habeas corpus*, soit devant la Cour fédérale par voie de contrôle judiciaire. En principe, une cour supérieure provinciale devrait exercer sa compétence lorsqu'on le lui demande. Elle ne devrait pas refuser d'exercer sa compétence en matière d'*habeas corpus* simplement parce qu'il existe une autre voie de recours qu'elle juge plus commode. Les cours supérieures provinciales ne devraient décliner compétence en matière d'*habeas corpus* que (1) lorsqu'une loi, comme le *Code criminel*, investit une cour d'appel de la compétence de corriger les erreurs d'un tribunal inférieur et de libérer le demandeur au besoin, ou (2) lorsque le législateur a mis en place une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé d'une décision administrative, comme le régime établi par le législateur en matière d'immigration. [44-50]

En l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en refusant l'accès au recours en *habeas corpus* puisque aucune des deux exceptions reconnues ne s'applique. D'abord, les présentes affaires concernent des décisions administratives en contexte carcéral, non des déclarations de culpabilité. Ensuite, le législateur n'a pas établi des procédures d'examen complet, exhaustif et spécialisé des décisions touchant l'incarcération des détenus. Les termes de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (« *LSCMLC* ») et de son règlement d'application indiquent clairement que le législateur n'a pas voulu interdire aux détenus fédéraux l'accès à l'*habeas corpus*. Le régime d'examen et d'appel qui fait obstacle à l'exercice de la compétence relative à l'*habeas corpus* dans le contexte de l'immigration diffère substantiellement de la procédure de grief établie par la *LSCMLC*. De plus, selon une analyse téléologique de la compétence en matière d'*habeas corpus* des cours supérieures provinciales, les facteurs pertinents favorisent la reconnaissance de la compétence concurrente. Cette méthode reconnaît à juste titre qu'il importe, pour la protection des libertés des détenus, de leur assurer un accès véritable et tangible à la justice. La prompte attention judiciaire, dans laquelle les cours supérieures provinciales doivent tenir un rôle concurrent sinon prédominant, demeure nécessaire pour la protection des droits de la personne et des libertés civiles des détenus et pour le maintien de la primauté du droit en milieu carcéral. [51-72]

Dans ces affaires, il n'y a pas lieu d'accueillir la demande d'*habeas corpus* en raison du caractère arbitraire de la décision. Une décision de transférer provoquée par un simple changement de politique ne devient pas arbitraire pour autant. La nouvelle politique appliquée en l'espèce établit un juste équilibre entre les intérêts des détenus privés de leur liberté résiduelle et l'intérêt de l'État dans la protection du public. Elle

individual assessment. In each case, there was a concern that the inmate had failed to complete a violent offender program, thereby ensuring that the inmates' liberty interest was limited only to the extent necessary to protect the public. [83-86]

However, *habeas corpus* should be granted because CSC's failure to disclose the scoring matrix for the computerized security classification rating tool unlawfully deprived the inmates of their residual liberty. While the *Stinchcombe* disclosure standard is inapplicable to an administrative context, in that context procedural fairness generally requires that the decision-maker disclose the information relied upon. The individual must know the case he has to meet. If the decision-maker fails to provide sufficient information, his decision is void for lack of jurisdiction. In order to assure the fairness of decisions concerning inmates, s. 27(1) of the *CCRA* requires that CSC give the inmate, at a reasonable period before the decision is to be taken, "all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information". Here, CSC's failure to disclose the scoring matrix which was available at the relevant time, despite several requests by the inmates, was a clear breach of procedural fairness and of its statutory duty of disclosure. This information was not a duplication of information already disclosed. Without the scoring matrix which provides information on the numerical values to be assigned to each factor and to the manner in which a final score is generated by the computerized tool, the inmates were deprived of information essential to understanding the computerized system which generated their scores and were prevented from formulating a meaningful response to the reclassification decisions. The inmates knew what the factors were, but did not know how values were assigned to them or how those values factored into the generation of the final score. Since CSC concealed crucial information and violated in doing so its statutory duty of disclosure, the transfer decisions were made improperly. They are, therefore, null and void for want of jurisdiction. The inmates' motion to adduce the "scoring matrix" as new evidence should be granted because the evidence satisfies all the requirements of the *Palmer* test. [91-120]

Per Major, Bastarache and Charron JJ. (dissenting): The provincial superior court properly exercised

exige aussi que le transfèrement de détenus dans des établissements à sécurité plus élevée ne s'effectue qu'après examen individualisé. Dans chaque cas, le fait que le détenu n'ait pas terminé le programme de traitement des délinquants violents a posé problème, et l'on a veillé à ce que le droit à la liberté de chaque détenu ne soit limité en application de la politique que dans la mesure nécessaire pour protéger le public. [83-86]

Toutefois, il y a lieu d'accorder l'*habeas corpus* parce que le refus du SCC de communiquer la matrice de notation afférente au logiciel d'établissement des cotes de sécurité a privé illégalement les détenus de leur liberté résiduelle. Alors que la norme de communication de l'arrêt *Stinchcombe* ne s'applique pas dans le contexte administratif, l'équité procédurale exige généralement, dans ce contexte, que le décideur communique les renseignements sur lesquels il se fonde. L'administré doit connaître les faits qu'on entend lui opposer. Si le décideur ne lui fournit pas l'information suffisante, sa décision est frappée de nullité pour défaut de compétence. Afin d'assurer l'équité des décisions touchant les détenus, le par. 27(1) de la *LSCMLC* exige que le SCC communique au détenu, dans un délai raisonnable avant la prise de la décision, « tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci, ou un sommaire de ceux-ci ». En l'espèce, le refus du SCC de communiquer la matrice de notation qui était disponible à l'époque, malgré les demandes répétées des détenus, constituait clairement une violation de l'équité procédurale et de l'obligation de communication du SCC. Ces renseignements ne faisaient pas double emploi avec les renseignements déjà communiqués. Sans la matrice de notation qui fournit des renseignements sur la pondération de chaque facteur et sur la façon dont le programme informatique génère le résultat final, les détenus n'ont pas eu accès à des renseignements essentiels pour leur permettre de comprendre le système informatique ayant généré leurs résultats et ont été empêchés de contester utilement une modification de la cote de sécurité. Les détenus connaissaient les facteurs pris en considération, mais ils ignoraient comment ils étaient pondérés ou comment la pondération intervenait dans le résultat final. Puisque le SCC a dissimulé des renseignements cruciaux et a ainsi contrevenu à son obligation légale de communication, les décisions de transfèrement ont été prises irrégulièrement. Elles sont par conséquent invalides pour défaut de compétence. Il y a lieu d'accorder la requête des détenus pour permission de produire la « matrice de notation » comme nouvel élément de preuve puisque cet élément de preuve satisfait à toutes les exigences du critère de l'arrêt *Palmer*. [91-120]

Les juges Major, Bastarache et Charron (dissidents) : La cour supérieure provinciale a correctement exercé

its *habeas corpus* jurisdiction, and its dismissal of the *habeas corpus* applications must be upheld because the inmates were not unlawfully deprived of their liberty. First, the transfer decisions were not arbitrary. Each decision was based on an individualized assessment of the merits of each case. Second, although the inmates should have been provided with the scoring matrix, which they had specifically requested so that they could check the accuracy of the total SRS score, not every instance of non-disclosure results in a breach of procedural fairness and deprives the decision-maker of jurisdiction. In these cases, the statutory requirement to provide a "summary of the information" in s. 27(1) of the *CCRA* was met. Further, procedural fairness was achieved, because each inmate was provided with sufficient information to know the case he had to meet. The inmates were advised that the SRS formed part of the basis for the transfer recommendation, and they were provided with a list of the relevant factors considered in computing the score, the personal information relied upon in assessing each factor, and the reclassification score assigned to them. [122-125] [138]

The fresh evidence fails to satisfy the requirements of the *Palmer* test. Although it is clear that instructions on how to compute the SRS existed at the time of the reclassification, the scoring matrix would not have shown that the reclassification was arbitrary or that the total score was inaccurate. Moreover, the SRS score only partially prompted the review of the inmates' classifications; the actual transfer decisions were based on the individual assessments of their respective situations. There was no basis for granting the *habeas corpus* applications with or without this additional information. [133-139]

Cases Cited

By LeBel and Fish JJ.

Applied: *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662; **disapproved:** *Spindler v. Millhaven Institution* (2003), 15 C.R. (6th) 183; *Hickey v. Kent Institution (Director)* (2003), 176 B.C.A.C. 272, 2003 BCCA 23; **distinguished:** *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253, leave to appeal denied, [1989] 2 S.C.R. x; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; **referred to:** *Jones*

sa compétence en matière d'*habeas corpus* et son rejet des demandes d'*habeas corpus* doit être maintenu puisque les détenus n'ont pas été illégalement privés de leur liberté. Premièrement, les décisions de les transférer n'étaient pas arbitraires. Chaque décision reposait sur une évaluation individuelle du dossier de chaque détenu. Deuxièmement, même s'il aurait fallu remettre aux détenus la matrice de notation qu'ils avaient expressément demandée pour vérifier l'exactitude du résultat total donné par l'ÉRCS, tous les cas de non-communication n'entraînent pas un manquement à l'équité procédurale et ne dépouillent pas le décideur de sa compétence. En l'espèce, l'obligation prévue au par. 27(1) de la *LSCMLC* de fournir un « sommaire » des renseignements a été respectée. De plus, l'équité procédurale a été respectée puisque chacun des détenus a obtenu des renseignements suffisants pour savoir ce qu'on lui reprochait. Les détenus ont été informés que le résultat donné par l'ÉRCS entrait en ligne de compte dans la recommandation de transfèrement, et on leur a fourni la liste des facteurs pris en considération pour parvenir au résultat, les renseignements personnels qui avaient servi à l'évaluation de chaque facteur ainsi que le résultat qu'ils avaient obtenu à l'issue de la réévaluation de la cote de sécurité. [122-125] [138]

Les nouveaux éléments de preuve ne satisfont pas aux exigences du critère de l'arrêt *Palmer*. Même s'il est clair que les instructions sur la façon de calculer le résultat de l'ÉRCS existaient au moment de la réévaluation, la matrice de notation n'aurait pas démontré le caractère arbitraire de la réévaluation ou l'inexactitude du résultat total. En outre, le résultat donné par l'ÉRCS n'était qu'un des éléments fondant la réévaluation de la cote de sécurité des détenus; les décisions de transfèrement elles-mêmes reposaient sur l'évaluation individuelle de la situation de chacun. Rien ne justifiait d'accorder les demandes d'*habeas corpus* avec ou sans ces renseignements supplémentaires. [133-139]

Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Fish

Arrêts appliqués : *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662; **arrêts critiqués :** *Spindler c. Millhaven Institution* (2003), 15 C.R. (6th) 183; *Hickey c. Kent Institution (Director)* (2003), 176 B.C.A.C. 272, 2003 BCCA 23; **distinction d'avec les arrêts :** *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. x;

v. Cunningham, 371 U.S. 236 (1962); *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431; *Morrison v. The Queen*, [1966] S.C.R. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] S.C.R. 547; *Korponay v. Kulik*, [1980] 2 S.C.R. 265; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Bernard v. Kent Institution*, [2003] B.C.J. No. 62 (QL), 2003 BCCA 24; *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Re Hay and National Parole Board* (1985), 21 C.C.C. (3d) 408; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2.

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; **arrêts mentionnés :** *Jones c. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962); *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140; *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 431; *Morrison c. The Queen*, [1966] R.C.S. 356; *Karchesky c. The Queen*, [1967] R.C.S. 547; *Korponay c. Kulik*, [1980] 2 R.C.S. 265; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Bernard c. Kent Institution*, [2003] B.C.J. No. 62 (QL), 2003 BCCA 24; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Hay c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1985] A.C.F. nº 610 (QL); *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2.

By Charron J. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

Citée par la juge Charron (dissidente)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 10(*c*).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 4(*d*), (*g*), 27(1), (3), 28, 30(1), (2), 90, 91, 96(*u*), 97, 98.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 13, 17, 18, 74 to 82, 74(1), (3), (5), 75, 77(3), 79(3), 80, 81.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Criminal Rules of the Supreme Court of British Columbia, SI/97-140, r. 4.
Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7 [formerly R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)], ss. 2, 18, 18.1(2), (4).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 301 to 314.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 10*c*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Habeas Corpus Act, 1679 (Angl.), 31 Cha. 2, ch. 2.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52 [devenue plus tard *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2], art. 63 [aj. 1988, ch. 35, art. 18], 64 [*idem*], 71.4 à 78 [*idem*], 83.1 à 85.2 [*idem*, art. 19].
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7 [auparavant S.R.C. 1970, ch. 10 (2e suppl.)], art. 2, 18, 18.1(2), (4).
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 4*d*), *g*), 27(1), (3), 28, 30(1), (2), 90, 91, 96*u*), 97, 98.
Magna Carta (1215).

Habeas Corpus Act, 1679 (Engl.), 31 Cha. 2, c. 2.
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52 [later *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2], ss. 63 [ad. 1988, c. 35, s. 18], 64 [*idem*], 71.4 to 78 [*idem*], 83.1 to 85.2 [*idem*, s. 19].
Magna Carta (1215).

Authors Cited

Canada. Correctional Service. *Commissioner's Directive 081*, "Offender Complaints and Grievances", 2002.
Canada. Correctional Service. *Security Classification of Offenders: Standard Operating Practices*, 700-14, 2001.
Canada. Correctional Service. *Transfer of Offenders: Standard Operating Practices*, 700-15, 1999.
Duker, William F. *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1980.
Jackson, Michael. *Justice Behind the Walls: Human Rights in Canadian Prisons*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 2002.
Jackson, Michael. *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1983.
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.
Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Ryan, Mackenzie and Saunders JJ.A.) (2003), 188 B.C.A.C. 23, 308 W.A.C. 23, [2003] B.C.J. No. 2294 (QL), 2003 BCCA 536, affirming a decision of Bauman J., [2001] B.C.J. No. 1939 (QL), 2001 BCSC 1335. Appeal allowed, Major, Bastarache and Charron JJ. dissenting.

Ann H. Pollak, for the appellants Terry Lee May and David Edward Owen.

Donna M. Turko, for the appellants Maurice Yvon Roy, Gareth Wayne Robinson and Segen Uther Speer-Senner.

Roslyn J. Levine, Q.C., and *Donald A. MacIntosh*, for the respondents.

Elizabeth Thomas and *Allan Manson*, for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada.

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 13, 17, 18, 74 à 82, 74(1), (3), (5), 75, 77(3), 79(3), 80, 81.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, art. 301 à 314.
Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en matière pénale, TR/97-140, règle 4.

Doctrine citée

Canada. Service correctionnel. *Cote de sécurité des délinquants : Instructions permanentes*, 700-14, 2001.
Canada. Service correctionnel. *Directive du commissaire 081*, « Plaintes et griefs des délinquants », 2002.
Canada. Service correctionnel. *Transfèrement de délinquants : Instructions permanentes*, 700-15, 1999.
Duker, William F. *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport, Conn. : Greenwood Press, 1980.
Jackson, Michael. *Justice Behind the Walls : Human Rights in Canadian Prisons*. Vancouver : Douglas & McIntyre, 2002.
Jackson, Michael. *Prisoners of Isolation : Solitary Confinement in Canada*. Toronto : University of Toronto Press, 1983.
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.
Sharpe, Robert J. *The Law of Habeas Corpus*, 2nd ed. Oxford : Clarendon Press, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Ryan, Mackenzie et Saunders) (2003), 188 B.C.A.C. 23, 308 W.A.C. 23, [2003] B.C.J. No. 2294 (QL), 2003 BCCA 536, qui a confirmé une décision du juge Bauman, [2001] B.C.J. No. 1939 (QL), 2001 BCSC 1335. Pourvoi accueilli, les juges Major, Bastarache et Charron sont dissidents.

Ann H. Pollak, pour les appelants Terry Lee May et David Edward Owen.

Donna M. Turko, pour les appelants Maurice Yvon Roy, Gareth Wayne Robinson et Segen Uther Speer-Senner.

Roslyn J. Levine, c.r., et *Donald A. MacIntosh*, pour les intimés.

Elizabeth Thomas et *Allan Manson*, pour les intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada.

Michael Jackson, *Q.C.*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

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

LEBEL AND FISH JJ. —

I. Introduction

These cases involve the overlap and potential conflict of jurisdiction between provincial superior courts and the Federal Court. At stake is the right of federal prisoners to challenge the legality of their detention by way of *habeas corpus* in provincial superior courts. The question to be resolved in these cases is whether the Supreme Court of British Columbia should have declined *habeas corpus* jurisdiction in favour of Federal Court jurisdiction on judicial review. If the court properly exercised its jurisdiction, we will also have to assess whether the appellants have been unlawfully deprived of their liberty.

In our view, the Supreme Court of British Columbia has properly exercised its *habeas corpus* jurisdiction. This is not one of the limited circumstances pursuant to which a superior court should decline to exercise its jurisdiction: first, these cases do not involve a statute that confers jurisdiction on a court of appeal to correct the errors of a lower court and release the applicant if need be; and second, Parliament has not put in place a complete, comprehensive and expert procedure for review of an administrative decision.

Moreover, we believe that the appellants have been unlawfully deprived of their liberty. The respondents did not comply with their statutory duty to provide all the information or a summary of the information considered in making the transfer decisions. The appeal should therefore be allowed.

Michael Jackson, *c.r.*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

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

LES JUGES LEBEL ET FISH —

I. Introduction

Les présentes affaires ont trait à des compétences concurrentes susceptibles d'entraîner un conflit juridictionnel entre les cours supérieures des provinces et la Cour fédérale. Elles mettent en cause le droit des prisonniers fédéraux de contester devant les cours supérieures provinciales la légalité de leur détention au moyen du recours en *habeas corpus*. Notre Cour doit déterminer en l'espèce si la Cour suprême de la Colombie-Britannique aurait dû déférer à la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire et décliner compétence pour délivrer un bref d'*habeas corpus*. Si ce tribunal a exercé correctement sa compétence, il nous faudra également déterminer si les appelants ont été illégalement privés de leur liberté. 1

Selon nous, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a correctement exercé sa compétence en matière d'*habeas corpus*. L'affaire ne présente pas les circonstances restreintes dans lesquelles une cour supérieure devrait décliner compétence : premièrement, elle ne concerne pas une loi habilitant une cour d'appel à corriger les erreurs d'un tribunal inférieur et à libérer le demandeur si nécessaire; deuxièmement, le législateur n'a pas établi de procédures d'examen complet, exhaustif et spécialisé des décisions administratives. 2

Nous estimons en outre que les appelants ont été illégalement privés de leur liberté. Les intimés n'ont pas respecté leur obligation légale de fournir aux intéressés tous les renseignements pris en considération pour décider du transfèrement ou un sommaire de ces renseignements. Le pourvoi devrait donc être accueilli. 3

II. Facts and Judicial History

4 Each of the appellants are prisoners serving life sentences for murder and/or manslaughter. Terry Lee May was convicted of first-degree murder for killing one adolescent boy so that he could sexually assault another without interference. David Edward Owen was convicted of second-degree murder for beating his ex-wife to death. Maurice Yvon Roy was convicted of second-degree murder for killing his common law wife. Gareth Wayne Robinson was convicted on two counts of manslaughter after he stabbed his girlfriend and then, three years later, struck his wife on the head with a hammer. Segen Uther Speer-Senner was convicted of second-degree murder in circumstances unspecified in the record before us. After varying periods of incarceration, the appellants became residents of Ferndale Institution, a minimum security federal penitentiary located in British Columbia.

5 Between November 2000 and February 2001, all five appellants were involuntarily transferred from Ferndale Institution to medium-security institutions. Mr. May, Mr. Roy, Mr. Robinson and Mr. Speer-Senner were transferred to Mission Institution and Mr. Owen, to Matsqui Institution. It is not in issue that a transfer from a minimum- to a medium-security institution involves a significant deprivation of liberty for inmates. Consequently, the appellants filed grievances and also applied for *habeas corpus* relief with *certiorari* in aid directing the responsible correction officials to transfer them back to Ferndale Institution. Their applications were not joined, but the arguments before the British Columbia Court of Appeal were adopted by all five appellants.

6 The transfers were the result of a direction from the Correctional Service of Canada ("CSC") to review the security classifications of all inmates serving life sentences in minimum-security institutions who had not completed their violent

II. Faits et historique des procédures judiciaires

Les appelants sont tous des détenus qui purgent une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre ou homicide involontaire coupable. Terry Lee May a été déclaré coupable de meurtre au premier degré pour avoir assassiné un adolescent afin de pouvoir en agresser sexuellement un autre sans être inquiété. David Edward Owen a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré pour avoir battu à mort son ex-épouse. Maurice Yvon Roy a lui aussi été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa conjointe de fait. Gareth Wayne Robinson a été condamné sous deux chefs d'homicide involontaire coupable pour avoir poignardé son amie puis, trois ans plus tard, pour avoir frappé sa femme à la tête avec un marteau. Segen Uther Speer-Senner a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré, mais le dossier qui nous a été soumis ne précise pas les circonstances de sa condamnation. Après différentes périodes d'emprisonnement, les appelants ont été incarcérés à l'Établissement Ferndale, un pénitencier fédéral à sécurité minimale situé en Colombie-Britannique.

Entre les mois de novembre 2000 et février 2001, les cinq appelants ont été transférés contre leur gré de l'Établissement Ferndale à des établissements à sécurité moyenne. MM. May, Roy, Robinson et Speer-Senner ont été amenés à l'Établissement de Mission, et M. Owen, à celui de Matsqui. Nul ne conteste que le transfèrement d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne comporte pour les détenus une importante privation de liberté. Les appelants ont donc déposé des griefs et ont également formé des recours en *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire afin qu'il soit ordonné aux autorités correctionnelles compétentes de les ramener à l'Établissement Ferndale. Sans que leurs demandes soient réunies, les cinq appelants ont soumis la même argumentation devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Les transfèrements découlaient d'une directive prise par le Service correctionnel du Canada (« SCC ») à la suite d'un crime sensationnel perpétré par un ancien détenu dans une autre province. Cette directive prescrivait la révision de

offender programming in the aftermath of a sensational crime committed by a former inmate in another province. CSC used computer applications to assist the classification review process. Mr. Roy, Mr. Robinson, Mr. Speer-Senner and Mr. Owen were advised that their transfers were based on a computerized reclassification scale which yielded a medium-security rating. Mr. May was told that his security rating had been adjusted because the security classification tool could not rate him as minimum-security because he had not completed violent offender programming. There were no allegations of fault or misconduct.

la cote de sécurité de tous les détenus purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité dans un établissement à sécurité minimale qui n'avaient pas suivi en totalité le programme de traitement des délinquants violents. Le SCC s'est servi de logiciels pour effectuer la révision des cotes. MM. Roy, Robinson, Speer-Senner et Owen ont été informés qu'ils étaient transférés parce que l'échelle de réévaluation informatisée indiquait dans leur cas une cote de sécurité moyenne. M. May s'est fait dire que l'on modifiait sa cote de sécurité parce que l'instrument de classement de sécurité ne permettait pas de lui attribuer la cote de sécurité minimale, car il n'avait pas terminé son programme de traitement des délinquants violents. Aucune faute ou inconduite n'était alléguée.

The appellants attacked the decision-making process leading to their transfers. They submitted that a change in general policy, embodied in a direction to review the security classification of offenders serving a life sentence at Ferndale Institution using certain classification tools, was the sole factor prompting their transfers. They said that the transfers were arbitrary, made without any "fresh" misconduct on their parts, and made without considering the merits of each case. The appellants also claimed that their right to procedural fairness was breached by the failure to disclose the scoring matrix for one of the classification tools, leaving them unable to challenge the usefulness of that tool in the decision-making process.

7 Les appelants ont attaqué le processus décisionnel qui a conduit à leur transfèrement. Selon eux, leur transfèrement résultait seulement d'un changement de politique générale effectué par une directive prescrivant la révision, au moyen d'instruments de classement déterminés, de la cote de sécurité des délinquants purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité à l'Établissement Ferndale. Ils ont soutenu que les transfèrements étaient arbitraires et qu'ils avaient été décidés sans « nouvelle » inconduite de leur part et sans qu'il soit tenu compte des circonstances de chaque cas. Ils ont aussi plaidé que l'omission de leur communiquer la matrice de notation de l'un des instruments de classement avait porté atteinte à leur droit à l'équité procédurale, en les empêchant de contester l'utilité de cet instrument dans le processus décisionnel.

The Supreme Court of British Columbia dismissed the *habeas corpus* application: [2001] B.C.J. No. 1939 (QL), 2001 BCSC 1335. Bauman J. first considered whether a provincial superior court had jurisdiction to review a federal prisoner's involuntary transfer on an application for *habeas corpus* (with *certiorari* in aid) and, in the affirmative, whether it should decline to exercise it. The issue arose because the Federal Court is granted *exclusive* jurisdiction in respect of *certiorari* proceedings involving the decisions of federal tribunals by its constituent statute.

8 La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande d'*habeas corpus* : [2001] B.C.J. No. 1939 (QL), 2001 BCSC 1335. Le juge Bauman s'est d'abord demandé si une cour supérieure provinciale avait compétence pour examiner, dans le cadre d'une demande d'*habeas corpus* (avec *certiorari* auxiliaire), le transfèrement non sollicité d'un prisonnier fédéral et, le cas échéant, si elle devait décliner compétence. Il s'est posé cette question parce que la Cour fédérale possède, aux termes de sa loi habilitante, la compétence *exclusive* en matière de *certiorari* visant les décisions de tribunaux administratifs fédéraux.

9 Bauman J. found that he had jurisdiction to hear the application. He relied on *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, which held that provincial superior courts have retained concurrent jurisdiction with the Federal Court to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention authorized or imposed by a federal board, commission or other tribunal as defined by s. 2 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 (formerly R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)) ("*FCA*").

10 Bauman J. then dealt with the substantive issues, which he agreed to examine under his *habeas corpus* jurisdiction. He found against the appellants. He held that they had not made out their allegations of failure to disclose relevant information, the computer matrix not being available, and that the transfers had not been arbitrary. In his opinion, although the transfers had been prompted by a general instruction issued to CSC, the decisions had been made after an individualized assessment of all relevant factors. He concluded that they had not been made in the absence or in excess of jurisdiction. The applications for *habeas corpus* and *certiorari* in aid were then dismissed.

11 The British Columbia Court of Appeal dismissed the appeal: (2003), 188 B.C.A.C. 23, 2003 BCCA 536. On the jurisdiction issue, the Court of Appeal had asked for and received written submissions from counsel on the issue raised in *Spindler v. Millhaven Institution* (2003), 15 C.R. (6th) 183 (Ont. C.A.).

12 In *Spindler*, prisoners had been placed in a maximum-security prison as a result of a new policy applicable to convicted murderers. They raised arguments which were similar to the submissions of the appellants in the present appeals. The Ontario Court of Appeal had held that, where a remedy is available in the Federal Court on the exercise of a statutory power granted under a federal statute to a federally appointed individual or tribunal, the provincial superior court should

Le juge Bauman a conclu qu'il avait compétence à l'égard de la demande. Il s'est appuyé sur l'arrêt *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, dans lequel notre Cour a statué que les cours supérieures provinciales ont conservé une compétence concurrente avec la Cour fédérale pour délivrer un bref de *certiorari* auxiliaire à un bref d'*habeas corpus*, afin de vérifier la validité d'une détention autorisée ou imposée par un office fédéral au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7 (auparavant S.R.C. 1970, ch. 10 (2e suppl.)) (« *LCF* »).

Le juge Bauman a ensuite abordé les questions de fond qu'il a accepté d'examiner dans l'exercice de sa compétence en matière d'*habeas corpus*, mais il a débouté les appelants. Il a conclu qu'ils n'avaient pas prouvé leurs allégations relatives à l'omission de communiquer des renseignements pertinents, étant donné que la matrice de notation informatisée n'était pas disponible, et n'a pas reconnu le caractère arbitraire des transfèrements. Selon lui, bien que les transfèrements aient été provoqués par une directive générale donnée au SCC, les décisions avaient été prises après un examen individuel de tous les facteurs applicables. Ces services possédaient la compétence nécessaire pour prendre ces décisions et n'avaient pas dépassé les limites de celle-ci. Il a donc rejeté les demandes de brefs d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel : (2003), 188 B.C.A.C. 23, 2003 BCCA 536. Au sujet de la compétence, elle avait obtenu des avocats des parties des observations écrites sur la question soulevée dans *Spindler c. Millhaven Institution* (2003), 15 C.R. (6th) 183 (C.A. Ont.).

Dans cette affaire, des prisonniers avaient été incarcérés dans un pénitencier à sécurité maximale conformément à une nouvelle politique applicable aux détenus condamnés pour meurtre. Les détenus avaient présenté des arguments semblables à ceux des appelants en l'espèce. La Cour d'appel de l'Ontario a statué que lorsque l'exercice d'un pouvoir conféré par une loi fédérale à une personne ou à un tribunal administratif donne ouverture à un recours devant la Cour fédérale, les cours

decline to hear an application for *habeas corpus* if no reasonable explanation for the failure to pursue judicial review in the Federal Court was offered by the petitioner. In doing so, the Ontario Court of Appeal agreed with the British Columbia Court of Appeal's decision in *Hickey v. Kent Institution (Director)* (2003), 176 B.C.A.C. 272, 2003 BCCA 23.

supérieures provinciales devraient refuser de se saisir d'une demande d'*habeas corpus*, si le demandeur n'explique pas raisonnablement son défaut de recourir à la procédure de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Dans cette décision, la Cour d'appel de l'Ontario exprime son accord avec l'arrêt *Hickey c. Kent Institution (Director)* (2003), 176 B.C.A.C. 272, 2003 BCCA 23, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Ryan J.A. felt that those comments were particularly apt in the case at bar. Although the issues raised in these cases were not identical to those raised in *Spindler*, they all involved policies and procedures adopted by the Commissioner of Corrections in determining the security classifications of the appellants. In her view, these cases should have been heard by the "specialized" Federal Court. The appellants had offered no reasonable explanation for failing to pursue judicial review in the Federal Court, so Ryan J.A. was of the opinion that Bauman J. ought to have declined to hear the applications in these cases, though it is implicit from her reasons that he had jurisdiction to do so. Nevertheless, Ryan J.A. decided to examine the substantive issue, but she found no error in Bauman J.'s conclusion that there were no procedural flaws which would entitle the appellants to an order for *habeas corpus*.

13 Selon la juge Ryan, ce raisonnement convenait particulièrement en l'espèce. Bien que les questions en litige dans les présentes affaires ne soient pas identiques à celles que soulevait l'affaire *Spindler*, elles portent toutes sur des politiques et des procédures adoptées par le commissaire du Service correctionnel pour déterminer la cote de sécurité des appelants. À son avis, le tribunal « spécialisé » qu'est la Cour fédérale aurait dû entendre ces demandes. Comme les appelants n'avaient pas fourni d'explication raisonnable de leur défaut de demander le contrôle judiciaire des décisions devant la Cour fédérale, la juge Ryan a estimé que le juge Bauman aurait dû refuser d'entendre les demandes, même s'il est implicite dans ses motifs qu'il avait compétence pour les entendre. Elle a néanmoins décidé d'examiner les questions de fond mais elle a reconnu que le juge Bauman n'avait pas commis d'erreur en concluant qu'aucun vice de procédure ne justifiait la délivrance d'une ordonnance d'*habeas corpus* en faveur des appelants.

Since the Supreme Court of British Columbia heard the application, the record indicates that the situation of most of the appellants has changed. On June 30, 2002, Mr. May was transferred from medium- to minimum-security confinement at Ferndale Institution. On February 6, 2003, Mr. Speer-Senner was also transferred back to Ferndale Institution. On January 30, 2005, Mr. Owen was released on full parole. The record is silent with respect to the updated situation of Mr. Roy, however, at the hearing, Ms. Pollack, one of the counsel for the appellants, informed us that only Mr. Robinson is still incarcerated in a medium-security institution.

14 Depuis l'audition des demandes par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, il appert au dossier que la situation de la plupart des appelants a changé. Le 30 juin 2002, M. May a été transféré d'un établissement à sécurité moyenne à l'Établissement Ferndale, un établissement à sécurité minimale. Le 6 février 2003, M. Speer-Senner a lui aussi été renvoyé à l'Établissement Ferndale et, le 30 janvier 2005, M. Owen a obtenu une libération conditionnelle totale. Le dossier n'indique pas la situation actuelle de M. Roy, mais une avocate qui représentait les appelants, M^{me} Pollack, a informé la Cour à l'audience que seul M. Robinson demeurait incarcéré dans un établissement à sécurité moyenne.

III. Issues and Position of the Parties

15 These cases revolve around two core issues. First, whether the Supreme Court of British Columbia should have declined *habeas corpus* jurisdiction and, second, whether the appellants have been unlawfully deprived of their liberty.

16 The appellants argue that the jurisdiction of provincial superior courts to grant *habeas corpus* is not affected by the fact that the unlawful detention results from a breach of relevant statutory and regulatory rules and of principles of natural justice by a federal authority. The applicant is entitled to choose the forum in which to challenge unlawful restrictions of liberty in the prison context. In addition, the appellants contend that the decisions to transfer them from a minimum-security institution to medium-security institutions were arbitrary and unfair.

17 On the other hand, the respondents submit that the Court of Appeal did not err in holding that the lower court should have declined *habeas corpus* jurisdiction in the instant case. *Habeas corpus* jurisdiction should be assessed purposively, in view of the comprehensive statutory schemes that provide effective comparable remedies. In any event, the respondents contend that the transfer decisions were lawfully made.

IV. Analysis

A. *Did the Superior Court of British Columbia Properly Exercise Its Habeas Corpus Jurisdiction?*

18 Should the Supreme Court of British Columbia have declined *habeas corpus* jurisdiction in favour of Federal Court jurisdiction on judicial review? This issue is particularly important in the context of recent jurisprudential and legal developments and to ensure that the rule of law applies inside Canadian prisons. The continuing relevance of *habeas corpus* is also at stake in a changing social

III. Questions en litige et position des parties

Les présentes affaires soulèvent deux questions fondamentales. Il faut d'abord déterminer si la Cour suprême de la Colombie-Britannique aurait dû décliner compétence en matière d'*habeas corpus*, puis si les appelants ont été illégalement privés de leur liberté.

Les appelants soutiennent que le fait que la détention illégale découle de la contravention d'une autorité fédérale aux dispositions législatives ou réglementaires applicables et aux principes de justice naturelle n'influe pas sur la compétence des cours supérieures provinciales en matière d'*habeas corpus*. Selon eux, le demandeur peut choisir le tribunal devant lequel il contestera les restrictions illégales à sa liberté en milieu carcéral. Ils affirment en outre que les décisions de transfert d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne étaient arbitraires et injustes.

Les intimés, pour leur part, répondent que la Cour d'appel a statué à bon droit que le tribunal inférieur aurait dû décliner compétence en matière d'*habeas corpus*. Ils soutiennent qu'une analyse téléologique de la compétence en matière d'*habeas corpus* s'impose, en raison de l'exhaustivité des régimes législatifs prévoyant des recours comparables efficaces. Ils ajoutent que, de toute manière, les décisions en matière de transfèrement avaient été validement prises.

IV. Analyse

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique a-t-elle correctement exercé sa compétence en matière d'habeas corpus?*

La Cour suprême de la Colombie-Britannique aurait-elle dû refuser d'exercer sa compétence en matière d'*habeas corpus* et reconnaître celle de la Cour fédérale dans le cadre du contrôle judiciaire? Cette question prend une importance particulière dans le contexte de la récente évolution jurisprudentielle et législative, qui a voulu assurer l'application du principe de la primauté du droit dans les

and legal environment. In the case of prisons, access to relief in the nature of *habeas corpus* is critical in order to ensure that prisoners' rights are respected. Accordingly, we will review and discuss five subjects: (1) the nature of *habeas corpus*; (2) the *Miller*, *Cardinal* and *Morin* trilogy (*R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662) and the concurrent jurisdiction of the superior courts and of the Federal Court; (3) the rise of a limited discretion of superior courts to decline to exercise their *habeas corpus* jurisdiction; (4) the expansion of the limited discretion to decline *habeas corpus* jurisdiction in the prison context by provincial courts of appeal; and (5) the need for and protection of federal prisoners' access to *habeas corpus*.

prisons canadiennes. Le débat porté devant notre Cour nous demande alors d'examiner aussi dans quelle mesure le recours à l'*habeas corpus* demeure pertinent dans un contexte social et juridique en pleine mutation. En milieu carcéral, il est essentiel que les prisonniers disposent d'un recours de la nature de l'*habeas corpus* pour faire respecter leurs droits. Par conséquent, cinq sujets retiendront notre attention : (1) la nature de l'*habeas corpus*, (2) la trilogie des arrêts *Miller*, *Cardinal* et *Morin* (*R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, et *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662) et la compétence concurrente des cours supérieures et de la Cour fédérale, (3) l'émergence d'un pouvoir discrétionnaire limité des cours supérieures de décliner compétence en matière d'*habeas corpus*, (4) l'élargissement par les cours d'appel provinciales de ce pouvoir en contexte carcéral, et (5) la nécessité, pour les détenus fédéraux, de l'accès au recours en *habeas corpus* et la protection de l'accès à ce recours.

(1) The Nature of *Habeas Corpus*

The writ of *habeas corpus* is also known as the "Great Writ of Liberty". As early as 1215, the *Magna Carta* entrenched the principle that "[n]o free man shall be seized or imprisoned . . . except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land." In the 14th century, the writ of *habeas corpus* was used to compel the production of a prisoner and the cause of his or her detention: W. F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus* (1980), at p. 25.

From the 17th to the 20th century, the writ was codified in various *habeas corpus* acts in order to bring clarity and uniformity to its principles and application. The first codification is found in the *Habeas Corpus Act*, 1679 (Engl.), 31 Cha. 2, c. 2. Essentially, the Act ensured that prisoners entitled to relief "would not be thwarted by procedural inadequacy": R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (2nd ed. 1989), at p. 19.

(1) La nature de l'*habeas corpus*

19 Le bref d'*habeas corpus* est aussi qualifié de « grand bref de la liberté ». Déjà en 1215, la *Magna Carta* garantissait le principe selon lequel [TRADUCTION] « [a]ucun homme libre ne sera arrêté ni emprisonné [. . .] sans un jugement loyal de ses pairs ou conformément à la loi du pays. » Au XIV^e^ siècle, on avait recours à ce bref pour obliger qu'un prisonnier soit amené devant le tribunal pour qu'on explique la raison de sa détention : W. F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus* (1980), p. 25.

20 Du XVII^e^ au XX^e^ siècle, diverses lois ont codifié le bref d'*habeas corpus* afin d'en clarifier et d'en uniformiser les principes et l'application. Une première codification se trouve dans l'*Habeas Corpus Act*, 1679 (Angl.), 31 Cha. 2, ch. 2. Cette loi faisait essentiellement en sorte que les prisonniers ayant droit à ce recours [TRADUCTION] « ne soient pas empêchés de l'exercer par des procédures inadéquates » : R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus* (2^e^ éd. 1989), p. 19.

21 According to Black J. of the United States Supreme Court, *habeas corpus* is "not now and never has been a static, narrow, formalistic remedy; its scope has grown to achieve its grand purpose — the protection of individuals against erosion of their right to be free from wrongful restraints upon their liberty": *Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), at p. 243. In his book, Sharpe, at p. 23, describes the traditional form of review available on *habeas corpus* as follows:

> The writ is directed to the gaoler or person having custody or control of the applicant. It requires that person to return to the court, on the day specified, the body of the applicant and the cause of his detention. The process focuses upon the cause returned. If the return discloses a lawful cause, the prisoner is remanded; if the cause returned is insufficient or unlawful, the prisoner is released. The matter directly at issue is simply the excuse or reason given by the party who is exercising restraint over the applicant. [Emphasis added.]

Selon le juge Black de la Cour suprême des États-Unis, l'*habeas corpus* n'est pas [TRADUCTION] « maintenant ni n'a jamais été un recours statique, étroit et formaliste; sa portée s'est élargie afin qu'il puisse remplir son objet premier — la protection des individus contre l'érosion de leur droit de ne pas voir imposer de restrictions abusives à leur liberté » : *Jones c. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1962), p. 243. Sharpe décrit ainsi à la p. 23 de son ouvrage la méthode d'intervention à laquelle le recours en *habeas corpus* donne généralement lieu :

> [TRADUCTION] Le bref est adressé au geôlier ou à la personne ayant le demandeur sous sa garde ou son contrôle. Il enjoint à cette personne d'amener à la date fixée le demandeur devant le tribunal et d'expliquer la cause de sa détention. Le processus met l'accent sur la cause de la détention. Si la cause alléguée est légitime, le prisonnier est renvoyé en détention, mais si l'explication est insuffisante ou la cause illégitime, il est mis en liberté. L'objet direct de l'examen est simplement la raison ou la justification exposée par la partie qui exerce une contrainte sur le demandeur. [Nous soulignons.]

22 *Habeas corpus* is a crucial remedy in the pursuit of two fundamental rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: (1) the right to liberty of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice (s. 7 of the *Charter*); and (2) the right not to be arbitrarily detained or imprisoned (s. 9 of the *Charter*). Accordingly, the *Charter* guarantees the right to *habeas corpus*:

> **10.** Everyone has the right on arrest or detention
>
> . . .
>
> (*c*) to have the validity of the detention determined by way of *habeas corpus* and to be released if the detention is not lawful.

L'*habeas corpus* demeure un recours essentiel pour la protection de deux droits fondamentaux garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* : (1) le droit à la liberté et à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale (art. 7 de la *Charte*), et (2) le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire (art. 9 de la *Charte*). En conséquence, la *Charte* garantit le droit à l'*habeas corpus* :

> **10.** Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention :
>
> . . .
>
> *c*) de faire contrôler, par *habeas corpus*, la légalité de sa détention et d'obtenir, le cas échéant, sa libération.

23 However, the right to seek relief in the nature of *habeas corpus* has not always been given to prisoners challenging internal disciplinary decisions. At common law, for a long time, a person convicted of

Toutefois, les prisonniers qui contestaient les décisions disciplinaires internes n'ont pas toujours joui du droit à un recours de la nature de l'*habeas corpus*. Pendant longtemps, en common

a felony and sentenced to prison was regarded as being devoid of rights. Convicts lost all civil and proprietary rights. The law regarded them as dead. On that basis, courts had traditionally refused to review the internal decision-making process of prison officials: M. Jackson, *Justice Behind the Walls: Human Rights in Canadian Prisons* (2002), at pp. 47-50. By the end of the 19th century, although the concept of civil death had largely disappeared, the prisoner continued to be viewed in law as a person without rights: M. Jackson, *Prisoners of Isolation: Solitary Confinement in Canada* (1983), at p. 82.

It was this view that provided the original rationale for Canadian courts' refusal to review the internal decisions of prison officials. The "effect of this hands-off approach was to immunize the prison from public scrutiny through the judicial process and to place prison officials in a position of virtual invulnerability and absolute power over the persons committed to their institutions": Jackson, *Prisoners of Isolation*, at p. 82.

Shortly after certain serious incidents in federal penitentiaries occurred in the 1970s and reviews of their management took place, this Court abandoned the "hands-off" doctrine and extended judicial review to the decision-making process of prison officials by which prisoners were deprived of their residual liberty. In *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, Dickson J. (as he then was) laid the cornerstone for the modern theory and practice of judicial review of correctional decisions:

In the case at bar, the disciplinary board was not under either an express or implied duty to follow a judicial type of procedure, but the board was obliged to find facts affecting a subject and to exercise a form of discretion in pronouncing judgment and penalty. Moreover, the board's decision had the effect of depriving an individual of his liberty by committing him to a "prison within a prison". In these circumstances, elementary justice requires some procedural protection.

law, la condamnation à l'emprisonnement pour un acte criminel grave emportait privation de droits. Les condamnés perdaient tous leurs droits civils et droits de propriété. Aux yeux du droit, ils étaient morts. Les tribunaux refusaient, pour cette raison, d'examiner les processus décisionnels internes des autorités carcérales : M. Jackson, *Justice Behind the Walls : Human Rights in Canadian Prisons* (2002), p. 47-50. Même si, à la fin du XIX^{e} siècle, la notion de mort civile avait presque disparu, on continuait de voir les prisonniers comme des personnes dépourvues de droits : M. Jackson, *Prisoners of Isolation : Solitary Confinement in Canada* (1983), p. 82.

24 C'est cette conception qui, à l'origine, a fondé le refus des tribunaux canadiens d'examiner les décisions internes des autorités carcérales. Cette [TRADUCTION] « attitude non interventionniste a eu pour effet de soustraire les prisons à tout examen public par l'application du processus judiciaire et de placer les autorités carcérales en situation de quasi invulnérabilité et de pouvoir absolu sur les personnes dont elles avaient la garde » : Jackson, *Prisoners of Isolation*, p. 82.

25 Peu après de graves incidents dans les pénitenciers fédéraux dans les années 1970 et les examens de l'administration pénitentiaire qui ont suivi, notre Cour a abandonné la règle de la « non-intervention » et a étendu le contrôle judiciaire au processus décisionnel des autorités carcérales, qui pouvait priver des détenus de leur liberté résiduelle. Dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a jeté les bases de la théorie et de la pratique modernes du contrôle judiciaire des décisions correctionnelles :

En l'espèce, le comité de discipline n'était ni expressément ni implicitement tenu de suivre une procédure de nature judiciaire, mais en rendant sa décision et en imposant la peine, il devait constater des faits touchant un citoyen et exercer un certain pouvoir discrétionnaire. De plus, la décision du comité avait pour effet de priver une personne de sa liberté en l'incarcérant dans une « prison au sein d'une prison ». Dans ces circonstances, la justice élémentaire exige une certaine protection

The rule of law must run within penitentiary walls. [Emphasis added; p. 622.]

26 Dickson J. made it clear that "*certiorari* avails as a remedy wherever a public body has power to decide any matter affecting the rights, interest, property, privileges, or liberties of any person", including prisoners (pp. 622-23 (emphasis added)). However, he did not specifically examine whether provincial superior courts have jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention imposed by *federal authority*. The question would certainly arise in the present case because s. 18 of the *FCA* confers on the Federal Court exclusive jurisdiction to issue *certiorari* against any "federal board, commission or other tribunal". A few years later, a trilogy of cases dealt with this important issue.

(2) The *Miller, Cardinal* and *Morin* Trilogy and the Concurrent Jurisdiction of the Superior Courts and the Federal Court

27 In 1985, in the trilogy of *Miller, Cardinal*, and *Morin*, the Court expanded the scope of *habeas corpus* by making the writ available to free inmates from restrictive forms of custody within an institution, without releasing the inmate. *Habeas corpus* could thus free inmates from a "prison within a prison". Each case involved challenges by prisoners of their confinement in administrative segregation and their transfer to a special handling unit. This unit was reserved for particularly dangerous inmates and was characterized by more restrictive confinement.

28 In *Miller*, Le Dain J., writing for the Court, recognized that confinement in a special handling unit or in administrative segregation is a form of detention that is distinct and separate from that imposed on the general inmate population because it involves a significant reduction in the residual liberty of the inmate. In his view, *habeas corpus* should lie "to challenge the validity of a distinct form of

dans la procédure. Le principe de la légalité doit régner à l'intérieur des murs d'un pénitencier. [Nous soulignons; p. 622.]

Le juge Dickson a affirmé clairement qu'« on peut recourir au *certiorari* chaque fois qu'un organisme public a le pouvoir de trancher une question touchant aux droits, intérêts, biens, privilèges ou libertés d'une personne », y compris des détenus (p. 622-623 (nous soulignons)). Toutefois, il n'a pas examiné précisément la question de savoir si les cours supérieures provinciales ont compétence pour délivrer un bref de *certiorari* auxiliaire au bref d'*habeas corpus* en vue de vérifier la validité d'une détention imposée par une *autorité fédérale*. Ce problème devait nécessairement se poser en l'espèce puisque l'art. 18 de la *LCF* confère à la Cour fédérale compétence exclusive pour décerner un bref de *certiorari* contre « tout office fédéral ». Quelques années plus tard, une trilogie d'arrêts a analysé cette importante question.

(2) La trilogie des arrêts *Miller, Cardinal* et *Morin* et la compétence concurrente des cours supérieures et de la Cour fédérale

En 1985, dans la trilogie des arrêts *Miller, Cardinal* et *Morin*, notre Cour a élargi la portée de l'*habeas corpus*, en permettant son application pour soustraire des détenus à des formes de détention contraignantes sans pour autant les mettre en liberté. Le recours en *habeas corpus* pouvait donc libérer des détenus d'une « prison au sein d'une prison ». Chacune de ces affaires portait sur la contestation par un détenu de son incarcération en ségrégation administrative et de son transfèrement dans une unité spéciale de détention, une unité réservée aux détenus particulièrement dangereux où s'appliquaient des conditions de détention plus contraignantes.

Rendant jugement pour la Cour dans l'arrêt *Miller*, le juge Le Dain a reconnu que l'incarcération dans une unité spéciale de détention ou en ségrégation administrative constitue une forme de détention distincte de celle qui est imposée à la population carcérale générale, car elle entraîne une diminution importante de la liberté résiduelle du détenu. Selon lui, on peut recourir à l'*habeas*

confinement or detention in which the actual physical constraint or deprivation of liberty, as distinct from the mere loss of certain privileges, is more restrictive or severe than the normal one in an institution" (p. 641).

The issue remained, however, whether the remedy should be sought in a provincial superior court or the Federal Court. Le Dain J. pointed out that Parliament had made a conscious decision not to include *habeas corpus* in the list of prerogative remedies over which the Federal Court has exclusive jurisdiction. *Habeas corpus* jurisdiction, as an essential safeguard of the liberty interest, could only be affected by express words, which were not present in s. 18(1) of the *FCA* (pp. 624-25). Therefore, *habeas corpus* remained within the long standing inherent jurisdiction conferred to provincial superior court judges appointed under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. To remove that jurisdiction from the provincial superior courts would require clear and direct statutory language such as that used in s. 18(2) of the *FCA* referring to members of the Canadian Forces stationed overseas.

Le Dain J. specifically addressed the issue, which arises in these cases, of whether jurisdiction for judicial review of federal boards by the Federal Court under s. 18 of the *FCA* trumped the provincial superior courts' *habeas corpus* jurisdiction. He concluded, without any ambiguity, "that a provincial superior court has jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* to review the validity of a detention authorized or imposed by a federal board, commission or other tribunal as defined by s. 2 of the *Federal Court Act*" (p. 626 (emphasis added)).

Throughout his analysis, Le Dain J. carefully examined which forum was the most appropriate to review the legality of federal prisoners' detention, with reference to s. 18 of the *FCA*, the importance of local accessibility of the *habeas corpus* remedy,

corpus « pour contester la validité d'une forme distincte de détention dans laquelle la contrainte physique réelle ou la privation de liberté, par opposition à la simple perte de certains privilèges, est plus restrictive ou sévère que cela est normalement le cas dans un établissement carcéral » (p. 641).

29 Il restait à déterminer, toutefois, si ce recours devait s'exercer devant une cour supérieure provinciale ou devant la Cour fédérale. Le juge Le Dain a souligné que le législateur avait délibérément choisi de ne pas inclure l'*habeas corpus* dans la liste des brefs de prérogative relevant de la compétence exclusive de la Cour fédérale. À son avis, la compétence relative à ce recours, qui constituait une mesure de protection essentielle de la liberté, ne pouvait être modifiée que par des termes explicites que l'on ne retrouve pas au par. 18(1) de la *LCF* (p. 624-625). Par conséquent, l'*habeas corpus* a continué de relever de la compétence inhérente reconnue depuis longtemps aux juges des cours supérieures provinciales nommés en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour retirer cette compétence aux cours supérieures provinciales, il faudrait une disposition législative au libellé clair et direct, comme le par. 18(2) de la *LCF*, qui vise les membres des Forces canadiennes en poste à l'étranger.

30 Le juge Le Dain a précisément examiné la question qui se pose en l'espèce, si la compétence que l'art. 18 de la *LCF* confère à la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire des décisions des offices fédéraux prime sur la compétence des cours supérieures provinciales en matière d'*habeas corpus*. Il a conclu sans équivoque « qu'une cour supérieure provinciale a compétence pour délivrer un *habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire aux fins d'examiner la validité d'une détention autorisée ou ordonnée par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale* » (p. 626 (nous soulignons)).

31 Tout au long de son analyse, le juge Le Dain a examiné avec soin comment identifier le tribunal le mieux en mesure de contrôler la légalité de la détention des prisonniers fédéraux, en tenant compte de l'art. 18 de la *LCF*, de l'importance de l'accessibilité

and the problems arising out of concurrent jurisdiction. Dealing with the issue of concurrent jurisdiction, he stated:

> After giving consideration to the two approaches to this issue, I am of the opinion that the better view is that *habeas corpus* should lie to determine the validity of a particular form of confinement in a penitentiary notwithstanding that the same issue may be determined upon *certiorari* in the Federal Court. The proper scope of the availability of *habeas corpus* must be considered first on its own merits, apart from possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of this remedy as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction. [Emphasis added; pp. 640-41.]

32 The same reasoning was also applied by this Court in *Cardinal* and *Morin*, the companion cases to *Miller*. In our view, the trilogy supports two distinct propositions. First and foremost, provincial superior courts have jurisdiction to issue *certiorari* in aid of *habeas corpus* in respect of detention in federal penitentiaries in order to protect residual liberty interests. This principle is crucial in these cases. In the prison context, the applicant is thus entitled to choose the forum in which to challenge an allegedly unlawful restriction of liberty. Under *Miller*, if the applicant chooses *habeas corpus*, his or her claim should be dealt with on its merits, without regard to other potential remedies in the Federal Court. The second proposition, which does not arise in these cases, is that *habeas corpus* will lie to determine the validity of the confinement of an inmate in administrative segregation, and if such confinement is found unlawful, to order his or her release into the general inmate population of the institution.

(3) The Emergence of a Limited Discretion to Decline Jurisdiction

33 As we have seen, the starting point is that a prisoner is free to choose whether to challenge an unlawful restriction of liberty by way of *habeas*

à l'échelon local du recours en *habeas corpus* et des problèmes posés par le partage des compétences. Relativement au problème posé par la présence de juridictions concurrentes, il s'est exprimé ainsi :

> Examen fait des deux façons d'aborder cette question, je suis d'avis que le point de vue à retenir est celui selon lequel il y a lieu à *habeas corpus* pour déterminer la validité d'une forme particulière de détention dans un pénitencier quoique la même question puisse être tranchée par voie de *certiorari* en Cour fédérale. La portée du recours à l'*habeas corpus* doit d'abord être examinée en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L'importance générale de ce recours comme moyen traditionnel de contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflits de compétence. [Nous soulignons; p. 640-641.]

La Cour a appliqué le même raisonnement dans les affaires connexes *Cardinal* et *Morin*. À notre avis, la trilogie appuie deux propositions distinctes. D'abord et avant tout, les cours supérieures provinciales ont compétence pour décerner un bref de *certiorari* accessoire à un bref d'*habeas corpus*, afin de protéger la liberté résiduelle d'un détenu incarcéré dans un pénitencier fédéral. Il s'agit d'un principe crucial en l'espèce. En contexte carcéral, le demandeur a donc le droit de choisir le tribunal devant lequel il attaquera la légalité d'une restriction de sa liberté. Suivant l'arrêt *Miller*, si le demandeur opte pour le recours en *habeas corpus*, sa demande devrait être examinée au fond, indépendamment de l'existence d'autres recours possibles devant la Cour fédérale. Selon la seconde proposition, qui ne s'applique pas en l'espèce, une demande d'*habeas corpus* permettra au tribunal de déterminer la validité de l'incarcération d'un détenu en isolement préventif et, si cette forme d'incarcération est jugée illégale, d'ordonner qu'il réintègre la population carcérale générale.

(3) L'émergence d'un pouvoir discrétionnaire limité de décliner compétence

Comme on l'a vu, on reconnaît au départ qu'un prisonnier peut choisir de contester une restriction illégale de sa liberté en présentant une demande

corpus in a provincial superior court or by way of judicial review in the Federal Court. Historically, the writ of *habeas corpus* has never been a discretionary remedy. It is issued as of right, where the applicant successfully challenges the legality of the detention:

> In principle, habeas corpus is not a discretionary remedy: it issues *ex debito justitiae* on proper grounds being shown. It is, however, a writ of right rather than a writ of course, and there is a long-established practice of having a preliminary proceeding to determine whether there is sufficient merit in the application to warrant bringing in the other parties.
>
> This means, simply, that it is not a writ which can be had for the asking upon payment of a court fee, but one which will only be issued where it is made to appear that there are proper grounds. While the court has no discretion to refuse relief, it is still for the court to decide whether proper grounds have been made out to support the application. The rule that the writ issues *ex debito justitiae* means simply that the court may only properly refuse relief on the grounds that there is no legal basis for the application and that habeas corpus should never be refused on discretionary grounds such as inconvenience. [Emphasis added.]

(Sharpe, at p. 58)

Thus, as a matter of general principle, *habeas corpus* jurisdiction should not be declined merely because of the existence of an alternative remedy. Whether the other remedy is still available or whether the applicant has foregone the right to use it, its existence should not preclude or affect the right to apply for *habeas corpus* to the Superior Court of the province: Sharpe, at p. 59.

However, given that alternative remedies to *habeas corpus* are often available and in consideration of the development of various forms of judicial review and of rights of appeal in the law of civil and criminal procedure, questions have arisen as to the proper scope of the traditional writ of *habeas corpus* and about the existence of a discretion of superior courts to decline jurisdiction. Courts have sometimes refused to grant relief in the form of *habeas corpus* because an appeal or another statutory route to a court was thought to be more

d'*habeas corpus* à une cour supérieure provinciale ou une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. Dans le passé, le bref d'*habeas corpus* n'a jamais constitué un recours discrétionnaire. Il est délivré de plein droit, lorsque le demandeur conteste avec succès la légalité de sa détention :

> [TRADUCTION] En principe, le recours en *habeas corpus* n'est pas discrétionnaire : le bref est délivré de plein droit lorsque le bien-fondé en a été établi. Il s'agit toutefois d'un bref de plein droit et non d'un bref accordé d'office, et suivant la pratique établie depuis longtemps, une procédure préliminaire permet de déterminer si la demande est suffisamment fondée pour justifier la convocation des autres parties.
>
> Cela signifie, simplement, qu'il ne s'agit pas d'un bref qu'on obtient sur demande, après paiement des frais judiciaires, mais d'un bref délivré uniquement lorsqu'il a été démontré que le recours est fondé. Bien que le tribunal ne puisse opposer un refus discrétionnaire à la demande, il doit quand même décider si le demandeur a établi des motifs valables à l'appui de sa demande. La règle selon laquelle le bref est délivré de plein droit signifie simplement que le tribunal ne peut le refuser que si la demande n'est pas fondée en droit et que le refus de *l'habeas corpus* ne peut reposer sur un motif discrétionnaire comme l'existence d'inconvénients. [Nous soulignons.]

(Sharpe, p. 58)

34 Ainsi, en principe, on ne devrait pas décliner compétence relativement à l'*habeas corpus* simplement en raison de l'existence d'un autre recours. Que cet autre recours demeure toujours ouvert ou que le demandeur ait perdu le droit de l'exercer, son existence ne devrait pas éteindre ou restreindre le droit de demander un bref d'*habeas corpus* à la cour supérieure de la province : Sharpe, p. 59.

35 Toutefois, vu qu'il existe souvent d'autres recours que l'*habeas corpus* et que diverses formes de contrôle judiciaire et de droits d'appel ont fait leur apparition dans la procédure civile et criminelle, on s'est interrogé sur la véritable portée du bref traditionnel d'*habeas corpus* et sur l'existence d'un pouvoir discrétionnaire des cours supérieures de décliner compétence. Des tribunaux ont parfois refusé de faire droit à une demande de la nature d'un *habeas corpus* parce qu'ils estimaient l'appel ou une autre voie de recours prévue

appropriate. The obvious policy reason behind this exception is the need to restrict the growth of collateral methods of attacking convictions or other deprivations of liberty: Sharpe, at pp. 59-60. So far, these situations have primarily arisen in two different contexts.

36 Strictly speaking, in the criminal context, *habeas corpus* cannot be used to challenge the legality of a conviction. The remedy of *habeas corpus* is not a substitute for the exercise by prisoners of their right of appeal: see *Re Trepanier* (1885), 12 S.C.R. 111; *Re Sproule* (1886), 12 S.C.R. 140, at p. 204; *Goldhar v. The Queen*, [1960] S.C.R. 431, at p. 439; *Morrison v. The Queen*, [1966] S.C.R. 356; *Karchesky v. The Queen*, [1967] S.C.R. 547, at p. 551; *Korponay v. Kulik*, [1980] 2 S.C.R. 265.

37 Our Court reaffirmed this in *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595. In *Gamble*, the Court considered *inter alia* whether a superior court judge should have declined to exercise his *habeas corpus* jurisdiction. The appellant had been denied parole eligibility because of a pre-*Charter* law, the continued application of which was alleged to violate the *Charter*.

38 Wilson J., writing for the majority, found that while superior courts do have the discretion not to exercise their *habeas corpus* jurisdiction, this discretion should "be exercised with due regard to the constitutionally mandated need to provide prompt and effective enforcement of *Charter* rights" (p. 634). Considering the argument that *habeas corpus* jurisdiction should not be asserted because a parallel mechanism already exists in the Federal Court, she held that the assertion of *Charter* rights by way of *habeas corpus* does not create a parallel system and that those who argued that jurisdiction should be declined on this basis did "no credit to that existing system by attempting to place procedural roadblocks in the way of someone like the appellant who is seeking to vindicate one of the citizens' most fundamental rights in the traditional and appropriate forum" (p. 635). However, referring

par loi plus appropriés. La raison de principe fondant cette exception se retrouve manifestement dans la nécessité d'endiguer la multiplication des moyens indirects de contester des déclarations de culpabilité ou d'autres privations de la liberté : Sharpe, p. 59-60. Jusqu'à présent, ces situations se sont présentées surtout dans deux contextes distincts.

À proprement parler, l'*habeas corpus* ne peut, en contexte criminel, servir à contester la légalité d'une déclaration de culpabilité. Pour le détenu, ce recours ne peut se substituer à l'exercice du droit d'appel : voir *Re Trepanier* (1885), 12 R.C.S. 111; *Re Sproule* (1886), 12 R.C.S. 140, p. 204; *Goldhar c. The Queen*, [1960] R.C.S. 431, p. 439; *Morrison c. The Queen*, [1966] R.C.S. 356; *Karchesky c. The Queen*, [1967] R.C.S. 547, p. 551; *Korponay c. Kulik*, [1980] 2 R.C.S. 265.

Notre Cour a réaffirmé ce principe dans *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, en examinant notamment la question de savoir si un juge d'une cour supérieure aurait dû décliner compétence en matière d'*habeas corpus*. L'appelant s'était vu alors refuser l'admissibilité à la libération conditionnelle en vertu de dispositions législatives antérieures à la *Charte* dont il prétendait l'application contraire à la *Charte*.

La juge Wilson, au nom de la majorité, a conclu que si les cours supérieures détiennent le pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer leur compétence en matière d'*habeas corpus*, ce pouvoir discrétionnaire « devrait être exercé en tenant dûment compte de la nécessité imposée par la Constitution de donner promptement et efficacement effet aux droits conférés par la *Charte* » (p. 634-635). À propos de l'argument selon lequel la compétence en matière d'*habeas corpus* devait céder le pas parce qu'il existe déjà un mécanisme parallèle en Cour fédérale, elle a écrit que la revendication de droits garantis par la *Charte* au moyen de l'*habeas corpus* ne crée pas de système parallèle et que la personne qui prétend qu'un tribunal devrait pour cette raison refuser d'exercer sa compétence « ne sert guère le système actuel quand elle cherche à placer des barrières de procédure sur le chemin de quelqu'un qui,

to the criminal process, she ultimately confirmed that:

> Under section 24(1) of the *Charter* courts should not allow *habeas corpus* applications to be used to circumvent the appropriate appeal process, but neither should they bind themselves by overly rigid rules about the availability of *habeas corpus* which may have the effect of denying applicants access to courts to obtain *Charter* relief. [Emphasis added; p. 642.]

A second limitation to the scope of *habeas corpus* has gradually developed in the field of immigration law. It is now well established that courts have a limited discretion to refuse to entertain applications for prerogative relief in immigration matters: *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Peiroo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.) (leave to appeal denied, [1989] 2 S.C.R. x). In the words of Catzman J.A. in *Peiroo*:

> Parliament has established in the [*Immigration Act*], particularly in the recent amendments which specifically address the disposition of claims of persons in the position of the appellant, a comprehensive scheme to regulate the determination of such claims and to provide for review and appeal in the Federal Court of Canada of decisions and orders made under the Act, the ambit of which review and appeal is as broad as or broader than the traditional scope of review by way of *habeas corpus* with *certiorari* in aid. In the absence of any showing that the available review and appeal process established by Parliament is inappropriate or less advantageous than the *habeas corpus* jurisdiction of the Supreme Court of Ontario, it is my view that this court should, in the exercise of its discretion, decline to grant relief upon the application for *habeas corpus* in the present case, which clearly falls within the purview of that statutory review and appeal process. [Emphasis added; pp. 261-62.]

In *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, the trial judge refused to hear a constitutional challenge to the *Immigration Act* brought in provincial superior court. The Court confirmed once again that

à l'instar de l'appelante, cherche à faire valoir l'un des droits les plus fondamentaux du citoyen devant le tribunal traditionnellement compétent » (p. 635). À propos du processus criminel, toutefois, elle a finalement reconnu que :

> Aux termes du par. 24(1) de la *Charte*, les tribunaux ne devraient pas permettre que les demandes d'*habeas corpus* servent à contourner la procédure d'appel appropriée, mais ils ne devraient pas non plus s'astreindre à des règles trop strictes concernant la possibilité de recourir à l'*habeas corpus*, qui pourraient avoir pour effet d'interdire à des requérants de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation en vertu de la *Charte*. [Nous soulignons; p. 642.]

39 Une deuxième restriction de la portée de l'*habeas corpus* s'est graduellement installée en droit de l'immigration. Il est maintenant bien établi que les tribunaux jouissent d'un pouvoir discrétionnaire limité de refuser d'entendre des demandes de bref de prérogative dans les affaires d'immigration : *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Peiroo c. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1989), 69 O.R. (2d) 253 (C.A.) (autorisation d'appel refusée, [1989] 2 R.C.S. x). Le juge Catzman s'est exprimé ainsi dans *Peiroo* :

> [TRADUCTION] Le législateur a établi dans la [*Loi sur l'immigration*], plus particulièrement dans les modifications récentes concernant précisément le traitement des revendications de personnes dans la situation de l'appelante, un régime exhaustif comportant des procédures de contrôle et d'appel, devant la Cour fédérale du Canada, des décisions et ordonnances prises en vertu de la Loi, procédures dont la portée est aussi large ou plus large que celle de l'*habeas corpus* assorti de *certiorari*. En l'absence de toute preuve que les procédures de contrôle et d'appel prévues par le législateur sont inadéquates ou moins avantageuses que la compétence de la Cour suprême de l'Ontario en matière d'*habeas corpus*, je suis d'avis que notre Cour devrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser d'accorder la réparation demandée en l'espèce dans le cadre de la demande d'*habeas corpus* qui s'inscrit nettement dans le régime de contrôle et d'appel prévu par la Loi. [Nous soulignons; p. 261-262.]

40 Dans *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, le juge de première instance a refusé d'entendre une contestation de la validité constitutionnelle de la *Loi sur l'immigration* présentée devant la cour

the trial judge "properly exercised his discretion on the basis that Parliament had created a comprehensive scheme of review of immigration matters and the Federal Court was an effective and appropriate forum" (p. 405 (emphasis added)). Thus, it can be seen from these cases that, in matters of immigration law, because Parliament has put in place a complete, comprehensive and expert statutory scheme which provides for a review at least as broad as that available by way of *habeas corpus* and no less advantageous, *habeas corpus* is precluded.

41 From the two recognized exceptions to the availability of *habeas corpus* — criminal appeals and the "*Peiroo* exception", adopted in *Reza* — we turn now to the decision of this Court in *Steele v. Mountain Institution*, [1990] 2 S.C.R. 1385. *Steele* has on occasion been thought, mistakenly in our view, to have established a rule of general application barring access to *habeas corpus* whenever an alternative remedy is available. In light of the unusual circumstances of that case, we think it important to consider more closely its true significance.

42 The issue here is not whether the result in *Steele* was justified in the circumstances — we believe that it was — but whether *Steele* created a fresh and independent exception to the availability of *habeas corpus*. In our view, it did not. *Steele* was the product of a convergent set of unusual facts and can only be understood in that light. Without any discussion of the principles governing access to *habeas corpus*, the Court in *Steele* granted that remedy while questioning its availability. No judicial barrier to the venerable right to *habeas corpus*, now constitutionalized in Canada, can be made to rest on so fragile a jurisprudential foundation.

43 Nor should this Court's decision in *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, be thought to have decided otherwise: the Court did not in that case elevate the result in *Steele* into a

supérieure de la province. Notre Cour a confirmé encore une fois que le juge avait « exercé correctement son pouvoir discrétionnaire pour le motif que le législateur avait créé un régime complet de contrôle en matière d'immigration et que la Cour fédérale était un tribunal efficace et approprié » (p. 405 (nous soulignons)). Ces arrêts indiquent donc qu'en droit de l'immigration, le recours de l'*habeas corpus* est écarté parce que le législateur a mis en place un régime complet, exhaustif et spécialisé prévoyant une procédure d'examen au moins aussi large et aussi avantageuse que celle de l'*habeas corpus*.

De ces deux exceptions reconnues au recours à l'*habeas corpus* — les appels criminels et « l'exception établie par l'arrêt *Peiroo* » confirmée dans *Reza* — nous passons maintenant à l'examen de la décision de cette Cour dans *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385. On a parfois cru, à tort à notre avis, que l'arrêt *Steele* avait établi une règle d'application générale interdisant le recours à l'*habeas corpus* dès qu'il existe un autre recours possible. Compte tenu des faits inhabituels de cette affaire, nous estimons important d'en examiner de plus près la véritable portée.

Il ne s'agit pas ici d'examiner si la décision dans *Steele* était justifiée dans les circonstances — nous croyons qu'elle l'était — mais de vérifier si *Steele* a créé une nouvelle exception distincte à la possibilité de recourir à l'*habeas corpus*. À notre avis, ce n'est pas le cas. La conséquence d'un ensemble de faits inusités explique seule l'arrêt *Steele*. Il ne peut être analysé que dans cette optique. Sans aucun rappel des principes régissant le recours à l'*habeas corpus*, notre Cour dans *Steele* a accordé le redressement recherché, tout en se demandant si ce recours était ouvert au demandeur. Aucun obstacle judiciaire au droit vénérable à l'*habeas corpus*, que garantit maintenant notre Constitution, ne saurait reposer sur un fondement jurisprudentiel aussi fragile.

Il ne faudrait pas non plus affirmer que dans l'arrêt *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, notre Cour a conclu autrement. Dans cette affaire, notre Cour n'a pas fait de l'arrêt *Steele*

principled rule barring access to *habeas corpus* in matters not caught by the two recognized exceptions set out above. The decisive issue in *Idziak* was whether Parliament had created with respect to extradition a comprehensive statutory scheme similar to the scheme created by Parliament for immigration matters. The Court held that it had not. Accordingly, there was no reason for provincial superior courts to decline to exercise their *habeas corpus* jurisdiction where the impugned detention resulted from proceedings in extradition.

To sum up therefore, the jurisprudence of this Court establishes that prisoners may choose to challenge the legality of a decision affecting their residual liberty either in a provincial superior court by way of *habeas corpus* or in the Federal Court by way of judicial review. As a matter of principle, a provincial superior court should exercise its jurisdiction when it is requested to do so. *Habeas corpus* jurisdiction should not be declined merely because another alternative remedy exists and would appear as or more convenient in the eyes of the court. The option belongs to the applicant. Only in limited circumstances will it be appropriate for a provincial superior court to decline to exercise its *habeas corpus* jurisdiction. For instance, in criminal law, where a statute confers jurisdiction on a court of appeal to correct the errors of a lower court and release the applicant if need be, *habeas corpus* will not be available (i.e. *Gamble*). Jurisdiction should also be declined where there is in place a complete, comprehensive and expert procedure for review of an administrative decision (i.e. *Pringle* and *Peiroo*).

(4) The Expansion of the Limited Discretion to Decline *Habeas Corpus* Jurisdiction in the Prison Context by Provincial Courts of Appeal

The British Columbia Court of Appeal, in these cases and in *Hickey*, and the Ontario Court of Appeal in *Spindler*, each discussed earlier, have recently restricted access to relief in the form of *habeas corpus* in the provincial superior courts. The respondents rely heavily on this line of

une règle de principe interdisant le recours à l'*habeas corpus* dans les cas qui n'entrent pas dans les deux exceptions ci-dessus. Dans *Idziak*, la question décisive était de savoir si le législateur avait établi à l'égard de l'extradition un régime législatif complet semblable à celui qu'il avait établi en matière d'immigration. La Cour a conclu que tel n'était pas le cas. Aucune raison ne permettait donc aux cours supérieures des provinces de refuser d'exercer leur compétence en matière d'*habeas corpus* lorsque la détention attaquée découlait des procédures d'extradition.

44 En résumé donc, la jurisprudence de notre Cour établit que les prisonniers peuvent décider de contester la légalité d'une décision touchant leur liberté résiduelle soit devant une cour supérieure provinciale par voie d'*habeas corpus*, soit devant la Cour fédérale par voie de contrôle judiciaire. En principe, une cour supérieure provinciale devrait exercer sa compétence lorsqu'on le lui demande. Elle ne devrait pas refuser d'exercer sa compétence en matière d'*habeas corpus* simplement parce qu'il existe une autre voie de recours qu'elle juge tout aussi ou même plus commode. Le choix appartient au demandeur. Une cour supérieure ne pourra à bon droit refuser d'exercer cette compétence que dans des circonstances limitées. Par exemple, en droit criminel, lorsqu'une loi confère à une cour d'appel le pouvoir de corriger les erreurs d'un tribunal inférieur et de mettre le demandeur en liberté au besoin, le recours en *habeas corpus* ne sera pas disponible (voir *Gamble*). Lorsqu'une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé des décisions administratives a été mise en place (voir *Pringle* et *Peiroo*) il convient également de décliner compétence.

(4) L'élargissement par les cours d'appel provinciales du pouvoir discrétionnaire limité de décliner compétence en matière d'*habeas corpus* en contexte carcéral

45 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans les présentes affaires et dans *Hickey*, et la Cour d'appel de l'Ontario dans *Spindler*, deux décisions dont il a été question précédemment, ont récemment restreint l'accès au recours en *habeas corpus* devant les cours supérieures provinciales. Les intimés font

decisions to support the position that superior courts should generally decline jurisdiction in favour of statutory judicial review when it is available. If such an approach were to be accepted by our Court, the *habeas corpus* jurisdiction of superior courts might be significantly curtailed. It might evolve into a discretionary residual jurisdiction, available only when everything else has failed. Such a result would be inconsistent with this Court's jurisprudence. Given their importance in the courts below, we will now review and comment on *Hickey* and *Spindler*.

46 In *Hickey*, an inmate who was serving a life sentence was ordered to be transferred to a special handling unit. The inmate opposed the transfer by way of *habeas corpus* instead of using the internal grievance procedures or applying by way of judicial review to the Federal Court. Ryan J.A., for the British Columbia Court of Appeal, ultimately held that the trial judge had jurisdiction. However, referring to *Steele*, she further stated:

> It is trite that the court has a discretion to refuse to entertain an application for habeas corpus if there exists a viable alternative to the writ. In the context of prison law the fact that there is in place a complete, comprehensive and expert procedure for review of a decision affecting the prisoner's confinement is a factor which militates against hearing a petition for habeas corpus. But there will be exceptions.
>
> . . .
>
> In the case at bar the appellant provided the Supreme Court with no explanation as to why he had not pursued either the grievance procedures or judicial review to the Federal Court. Without any information setting out why these procedures were inadequate to deal with Mr. Hickey's situation, the Chambers judge ought not to have heard the application for habeas corpus. [Emphasis added; paras. 50 and 53.]

(See also the companion case to *Hickey*, *Bernard v. Kent Institution*, [2003] B.C.J. No. 62 (QL), 2003 BCCA 24, at paras. 6-7.)

largement appel à ce courant jurisprudentiel à l'appui de leur argument voulant que les cours supérieures devraient généralement décliner compétence et déférer à la compétence en matière de contrôle judiciaire lorsque la loi prévoit une telle procédure. L'adoption de cet argument par notre Cour pourrait réduire substantiellement la compétence des cours supérieures en matière d'*habeas corpus*, au point de le transformer en une compétence résiduelle discrétionnaire à laquelle on ne pourrait recourir que lorsque tous les autres moyens ont échoué. Un tel résultat contredirait la jurisprudence de notre Cour. Compte tenu de l'importance que leur accordent les tribunaux inférieurs, nous allons examiner et commenter les arrêts *Hickey* et *Spindler*.

Dans l'affaire *Hickey*, un détenu, qui purgeait une peine d'emprisonnement à perpétuité, avait été transféré dans une unité spéciale de détention. Il avait contesté son transfèrement par voie d'*habeas corpus* au lieu de recourir aux procédures internes de grief ou de présenter à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire. La juge Ryan de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu en fin de compte que la juge de première instance avait compétence. Toutefois, se reportant à l'arrêt *Steele*, elle a ajouté ce qui suit :

> [TRADUCTION] Il est bien établi que la cour a le pouvoir discrétionnaire de refuser d'instruire une demande d'habeas corpus s'il existe un autre recours viable. En droit carcéral, l'existence d'une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé des décisions relatives à l'incarcération est un facteur qui milite contre l'instruction d'une demande d'habeas corpus. Mais il y a des exceptions.
>
> . . .
>
> En l'espèce, l'appelant n'a pas expliqué à la Cour suprême pourquoi il n'avait pas procédé par voie de grief ou par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. La juge en chambre n'aurait pas dû entendre la demande d'habeas corpus sans savoir pourquoi ces procédures ne permettaient pas de régler le cas de M. Hickey. [Nous soulignons; par. 50 et 53.]

(Voir également l'arrêt connexe de l'affaire *Hickey*, *Bernard c. Kent Institution*, [2003] B.C.J. No. 62 (QL), 2003 BCCA 24, par. 6-7.)

In *Spindler*, the inmates were serving life sentences for murder and were incarcerated in a maximum-security penitentiary. They applied for *habeas corpus* claiming that their detention was illegal and seeking an order directing that they be moved to "a penitentiary of a lower security level". The motions judge stated that he had jurisdiction to consider the *habeas corpus* application but declined to do so holding that the Federal Court was the more appropriate forum. Doherty J.A. dismissed the appeal. Relying on *Steele* and agreeing with *Hickey*, he said:

As I read *Steele, supra*, except in exceptional circumstances, a provincial superior court should decline to exercise its *habeas corpus* jurisdiction where the application is in essence, a challenge to the exercise of a statutory power granted under a federal statute to a federally appointed individual or tribunal. Those challenges are specifically assigned to the Federal Court under the *Federal Court Act* R.S.C. 1985 c. F-7 s. 18, s. 28. By directing such challenges to the Federal Court, Parliament has recognized that individuals or tribunals exercising statutory powers under federal authority must exercise those powers across the country. It is important that judicial interpretations as to the nature and scope of those powers be as uniform and consistent as possible. By giving the Federal Court jurisdiction over these challenges, Parliament has provided the means by which uniformity and consistency can be achieved while at the same time, facilitating the development of an expertise over these matters in the Federal Court. [Emphasis added; para. 19.]

Finally, in the case at bar, Ryan J.A., for the British Columbia Court of appeal, relied on *Hickey* and *Spindler* to support her conclusion that the chambers judge ought to have refused to hear the application for *habeas corpus*. She further explained:

In my view the observations of Doherty, J.A., with regard to the importance of pursuing remedies in the Federal Court are particularly apt in the case at bar. While the issues raised in the cases at bar may not be identical to those raised in *Spindler*, supra, all, like *Spindler*, involve policy and procedure adopted by the Commissioner in determining the security classifications of the appellants. In my view these cases ought to have been heard by that specialized court.

47 Dans *Spindler*, les détenus purgeaient une peine d'emprisonnement à perpétuité pour meurtre dans un établissement à sécurité maximale. Plaidant l'illégalité de leur détention, ils ont demandé un bref d'*habeas corpus* et une ordonnance prescrivant leur transfèrement dans [TRADUCTION] « un pénitencier d'un niveau de sécurité moindre ». Le juge des requêtes a affirmé avoir compétence pour entendre la demande d'*habeas corpus* mais a renoncé à l'exercer, concluant que la Cour fédérale était le tribunal le plus approprié. Le juge Doherty a rejeté l'appel. S'appuyant sur l'arrêt *Steele* et souscrivant à l'arrêt *Hickey*, il a fait le commentaire suivant :

[TRADUCTION] Selon mon interprétation de l'arrêt *Steele*, précité, une cour supérieure provinciale devrait, sauf dans des circonstances exceptionnelles, décliner compétence en matière d'*habeas corpus* lorsque la demande concerne essentiellement l'exercice d'un pouvoir conféré par une loi fédérale à une personne ou à un tribunal administratif nommé par le gouvernement fédéral. En vertu des articles 18 et 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, c'est à la Cour fédérale qu'il appartient spécifiquement de statuer sur de telles contestations. En assignant ces litiges à la Cour fédérale, le législateur a reconnu que les personnes ou tribunaux titulaires de pouvoirs d'origine fédérale doivent les exercer dans tout le pays. Il est important que l'interprétation judiciaire de la nature et de la portée de ces pouvoirs soit la plus uniforme et cohérente possible. Par l'octroi à la Cour fédérale de la compétence sur ces contestations, le législateur a voulu assurer l'uniformité et la cohérence tout en facilitant l'approfondissement de l'expertise de la Cour fédérale en cette matière. [Nous soulignons; par. 19.]

48 Enfin, la juge Ryan de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fondé, en l'espèce, sur les arrêts *Hickey* et *Spindler* sa conclusion selon laquelle le juge en chambre aurait dû refuser d'entendre la demande d'*habeas corpus*. Elle a ajouté ces observations :

[TRADUCTION] À mon avis, les observations du juge Doherty de la Cour d'appel sur l'importance de s'adresser à la Cour fédérale sont particulièrement appropriées en l'espèce. Les questions soulevées peuvent ne pas être identiques à celles de l'affaire *Spindler*, précitée, mais elles concernent toutes, comme dans cette dernière affaire, des politiques et procédures adoptées par le commissaire pour établir la cote de sécurité des appelants. Selon moi, ces instances devaient être entendues par ce tribunal spécialisé.

The appellants have offered no reasonable explanation for failing to pursue judicial review in the Federal Court. In my view, the Chambers judge in this case ought to have refused to hear the applications in this case. [Emphasis added; paras. 21-22.]

49 The position adopted by the British Columbia Court of Appeal and the Ontario Court of Appeal can be summarized as follows. First, the court has a discretion to refuse to entertain an application for *habeas corpus* if there exists a viable alternative to the writ. Second, in the context of prison law, the existence of a complete, comprehensive and expert procedure for review of a decision affecting the prisoner's confinement is a factor which militates against hearing a petition for *habeas corpus*. Third, by giving the Federal Court jurisdiction over these challenges, Parliament has provided the means by which uniformity and consistency can be achieved while at the same time facilitating the development of an expertise over these matters in the Federal Court. Fourth, except in exceptional circumstances, a provincial superior court should decline to exercise its *habeas corpus* jurisdiction where the application is, in essence, a challenge to the exercise of a statutory power granted under a federal statute to a federally appointed tribunal. And fifth, the applicant has to provide a reasonable explanation as to why he or she has not pursued either the grievance procedures or judicial review to the Federal Court.

50 Given the historical importance of *habeas corpus* in the protection of various liberty interests, jurisprudential developments limiting *habeas corpus* jurisdiction should be carefully evaluated and should not be allowed to expand unchecked. The exceptions to *habeas corpus* jurisdiction and the circumstances under which a superior court may decline jurisdiction should be well defined and limited. In our view, the propositions articulated by the Court of Appeal in these cases, as in *Hickey* and *Spindler*, unduly limit the scope and availability of *habeas corpus* review and are incompatible with this Court's jurisprudence. With respect, we are unable to reconcile this narrow view of superior court jurisdiction with the broad approach adopted by the *Miller* trilogy and confirmed in subsequent cases. In principle, the governing rule is that

Les appelants n'ont pas fourni d'explication raisonnable pour ne pas avoir demandé un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Selon moi, le juge en chambre en l'espèce aurait dû refuser d'entendre les demandes. [Nous soulignons; par. 21-22.]

On peut résumer ainsi la position des cours d'appel de l'Ontario et de la Colombie-Britannique. Premièrement, la cour dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de statuer sur une demande d'*habeas corpus* s'il existe un autre recours viable. Deuxièmement, en droit carcéral, l'existence d'une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé des décisions relatives à l'incarcération des détenus constitue un facteur militant contre l'audition des demandes d'*habeas corpus*. Troisièmement, l'octroi à la Cour fédérale de la compétence d'entendre ces contestations est le moyen retenu par le législateur pour assurer l'uniformité et la cohérence tout en permettant à la Cour fédérale d'approfondir son expertise en ce domaine. Quatrièmement, une cour supérieure provinciale devrait, sauf dans des circonstances exceptionnelles, décliner compétence en matière d'*habeas corpus* lorsque la demande constitue essentiellement une contestation de l'exercice d'un pouvoir conféré par une loi fédérale à un tribunal administratif nommé par le gouvernement fédéral. Cinquièmement, le demandeur doit donner une explication raisonnable de sa décision de ne pas suivre les procédures de grief ou de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

L'importance historique de l'*habeas corpus* dans la protection de diverses formes de liberté justifie un examen soigneux de toute évolution jurisprudentielle restreignant la compétence en matière d'*habeas corpus* et ne permet pas de le laisser se développer sans contrôle. Il importe que les exceptions à la compétence en matière d'*habeas corpus* et les circonstances dans lesquelles une cour supérieure peut décliner compétence demeurent bien définies et circonscrites. À notre avis, les principes formulés par la cour d'appel en l'espèce et dans les décisions *Hickey* et *Spindler* limitent indûment la portée du recours en *habeas corpus* et la possibilité de s'en prévaloir. En effet, ils s'avèrent inconciliables avec la jurisprudence de notre Cour. Nous ne pouvons, en toute déférence, concilier une vision aussi étroite de la compétence des cours supérieures

provincial superior courts should exercise their jurisdiction. However, in accordance with this Court's decisions, provincial superior courts should decline *habeas corpus* jurisdiction only where (1) a statute such as the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, confers jurisdiction on a court of appeal to correct the errors of a lower court and release the applicant if need be or (2) the legislator has put in place complete, comprehensive and expert procedure for review of an administrative decision.

provinciales avec la perspective large adoptée dans la trilogie *Miller* et confirmée dans des arrêts subséquents. Selon la règle généralement applicable, les cours supérieures provinciales devraient exercer leur compétence. En application des décisions de notre Cour, les cours supérieures provinciales ne devraient décliner compétence en matière d'*habeas corpus* que (1) lorsqu'une loi comme le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, investit une cour d'appel de la compétence de corriger les erreurs d'un tribunal inférieur et de libérer le demandeur au besoin, ou (2) lorsque le législateur a mis en place une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé d'une décision administrative.

(5) Confirming Federal Prisoners' Access to *Habeas Corpus*

The British Columbia Court of Appeal erred in barring access to *habeas corpus* in these cases. Neither of the two recognized exceptions to the general rule that the superior courts should exercise *habeas corpus* jurisdiction are applicable here. The first exception has no application in these cases because they do not involve a criminal conviction, but rather administrative decisions in the prison context. The second exception does not apply since, for the reasons explained below, Parliament has not enacted a complete, comprehensive and expert procedure for review of a decision affecting the confinement of prisoners. Moreover, as will be shown below, a purposive approach to the issues that arise here also clearly favours a concurrency of jurisdiction.

The respondents argue that the same reasoning that applies to immigration cases should apply to prison law. In their view, Parliament has created a comprehensive statutory scheme, in the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("*CCRA*"), and its regulations, for the resolution of inmate grievances, including those relating to decisions to transfer, segregate or otherwise restrict liberty.

(5) La confirmation de l'accessibilité de l'*habeas corpus* pour les détenus fédéraux

51 En l'espèce, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur en refusant l'accès au recours en *habeas corpus*. Aucune des deux exceptions reconnues à la règle générale de l'exercice par les cours supérieures de leur compétence en matière d'*habeas corpus* ne s'applique en l'espèce. La première exception est inapplicable parce que les présentes affaires ne concernent pas une déclaration de culpabilité mais bien des décisions administratives en contexte carcéral. La deuxième exception ne s'applique pas non plus car, ainsi qu'on le verra plus loin, le législateur n'a pas établi des procédures d'examen complet, exhaustif et spécialisé des décisions touchant l'incarcération des détenus. En outre, comme on le constatera également plus loin, une méthode téléologique pour aborder les questions qui se posent en l'espèce favorise clairement la reconnaissance de l'existence de compétences parallèles.

52 Selon les intimés, le raisonnement suivi en matière d'immigration devrait également trouver application en droit carcéral. Ils soutiennent que le législateur a établi, dans la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« *LSCMLC* »), et son règlement d'application, un régime législatif exhaustif pour la résolution des griefs des détenus, notamment les griefs à l'encontre des décisions prévoyant le transfèrement, l'isolement ou d'autres mesures qui restreignent la liberté.

53 The respondents contend that the scheme dovetails with Parliament's intention that review of such matters generally occurs in the Federal Court. The scheme is specifically tailored to individuals who are incarcerated and provides internal grievances or appeals for decisions that have an impact upon the liberty of inmates. Many of the decisions made by correction officers require the application of policy developed in the specialized circumstances of the federal prison system. According to the respondents, the Federal Court has acquired considerable expertise in reviewing the decisions of grievance boards.

54 We must therefore examine the legal and regulatory framework of inmate classification in the federal penitentiary system in order to determine whether Parliament has put in place a complete statutory code for the administration and review of inmates' grievances. The starting point is the administrative decision by which inmates are classified for security purposes. By virtue of s. 30(1) of the *CCRA*, CSC "shall assign a security classification of maximum, medium or minimum to each inmate". Security classifications are made pursuant to the statutory factors provided for in ss. 17 and 18 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 ("*Regulations*").

55 As a matter of principle, CSC must use the "least restrictive measures consistent with the protection of the public, staff members and offenders": s. 4(*d*) of the *CCRA*. Where a person is to be confined in a penitentiary, CSC must provide the "least restrictive environment for that person" taking into account specific criteria: s. 28 of the *CCRA*. Section 30(2) of the *CCRA* further provides that CSC "shall give each inmate reasons, in writing, for assigning a particular security classification or for changing that classification". Of course, correctional decisions, including security classifications, must "be made in a forthright and fair manner, with access by the offender to an effective grievance procedure": s. 4(*g*) of the *CCRA*.

56 Inmates who are dissatisfied with transfer decisions can grieve the decisions through the

Les intimés affirment que ce régime concorde avec l'intention du législateur de confier de façon générale l'examen de ces décisions à la Cour fédérale. Le régime est spécialement conçu pour les détenus et pourvoit à la présentation de griefs ou d'appels internes à l'égard des décisions ayant des répercussions sur leur liberté. Un bon nombre des décisions prises par des agents de correction nécessitent l'application de politiques répondant à la situation particulière du système carcéral fédéral. Selon les intimés, la Cour fédérale a acquis une expertise substantielle en matière de contrôle des décisions des comités d'examen des griefs des détenus.

Il nous faut donc examiner le cadre législatif et réglementaire de la classification des détenus dans le système carcéral fédéral afin de déterminer si le législateur a bien mis en place un code complet pour le traitement et l'examen des griefs des détenus. Le point de départ de l'analyse réside dans la décision administrative présidant au classement de sécurité des détenus. Selon le par. 30(1) de la *LSCMLC*, le SCC « assigne une cote de sécurité selon les catégories dites maximale, moyenne et minimale à chaque détenu ». Les cotes de sécurité sont établies en fonction des facteurs énumérés aux art. 17 et 18 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (« *Règlement* »).

En principe, le SCC doit avoir recours aux mesures de « protection du public, des agents et des délinquants [. . .] le moins restrictives possible » : al. 4*d*) de la *LSCMLC*. Lorsqu'une personne doit être incarcérée, le SCC est tenu de lui offrir « le milieu le moins restrictif possible », compte tenu de facteurs déterminés : art. 28 de la *LSCMLC*. Le paragraphe 30(2) de la *LSCMLC* prévoit en outre que le SCC « doit donner, par écrit, à chaque détenu les motifs à l'appui de l'assignation d'une cote de sécurité ou du changement de celle-ci ». Bien sûr, les décisions correctionnelles, dont l'attribution des cotes de sécurité, doivent « être claires et équitables, les délinquants ayant accès à des mécanismes efficaces de règlement de griefs » : al. 4*g*) de la *LSCMLC*.

Les détenus mécontents de décisions en matière de transfèrement peuvent les contester à

correction system. Sections 90 and 91 of the *CCRA* establish the general framework for the inmate grievance procedure. The *CCRA* requires that inmates have access to a fair and expeditious grievance procedure, to be prescribed by regulation and Commissioner's Directives: ss. 96(*u*), 97 and 98. The nuts and bolts of the procedure are found in ss. 74 to 82 of the *Regulations*. The process allows inmates to pursue any complaint up the successive administrative rungs of CSC so that supervisors are reviewing the actions of their subordinates. Pursuant to s. 74(1) of the *Regulations*, when an inmate is unhappy with an action or a decision of a staff member, the inmate may submit a complaint to the staff member's supervisor. Written complaints by offenders are to be resolved informally if at all possible. If complaints are not resolved to the satisfaction of the inmate, he or she has access to the grievance procedure.

The grievance procedure has essentially three levels. At the first level, if the inmate is dissatisfied with the resolution of a complaint by the staff member's supervisor, the inmate can grieve to the Warden of the institution: s. 75(*a*) of the *Regulations*. At the second level, if the inmate is dissatisfied with the Warden's decision, or if the Warden is the origin of the complaint, the inmate may bring a grievance to the Regional Head: ss. 75(*b*) and 80(1) of the *Regulations*. At the third level, if the inmate is dissatisfied with the Regional Head's response, the inmate may grieve directly to the Commissioner of Corrections: s. 80(2) of the *Regulations*. The Commissioner has delegated his or her authority as the final decision-maker with respect to grievances to the Assistant Commissioner: ss. 18 and 19 of the *Commissioner's Directive 081*, "Offender Complaints and Grievances", March 4, 2002 ("*CD 081*"). Ultimately, by virtue of ss. 2 and 18 of the *FCA*, the inmate may challenge the fairness and *Charter* compliance of the decision at the third level by way of judicial review before the Federal Court.

As mentioned earlier, the law requires that inmates have access to an effective, fair and expeditious grievance procedure. As a result, the inmate is entitled to written reasons at all levels of the

l'intérieur du système correctionnel. Les articles 90 et 91 de la *LSCMLC* établissent le cadre général de la procédure de grief. La *LSCMLC* exige que les détenus aient accès à une procédure de règlement juste et expéditif des griefs, laquelle doit être établie par règlement et par les directives du commissaire : al. 96*u*) et art. 97 et 98. Les articles 74 à 82 du *Règlement* prévoient les détails de la procédure. La procédure permet aux détenus de présenter un grief aux paliers administratifs successifs du SCC, afin que les supérieurs révisent les décisions prises par leurs subordonnés. Aux termes du par. 74(1) du *Règlement*, le détenu mécontent d'une action ou d'une décision d'un agent peut présenter une plainte au superviseur de cet agent. Les plaintes écrites doivent être traitées sans formalisme si c'est possible. Si le détenu demeure insatisfait de la décision relative à sa plainte, il peut recourir à la procédure de grief.

57 La procédure de grief comporte essentiellement trois paliers. Au premier palier, le détenu mécontent du règlement de sa plainte par le superviseur peut présenter un grief au directeur de l'établissement : al. 75*a*) du *Règlement*. Au deuxième palier, si le détenu est insatisfait de la décision du directeur ou si le directeur est en cause dans le grief, le détenu présente le grief au responsable de la région : al. 75*b*) et par. 80(1) du *Règlement*. Au troisième palier, le détenu déçu par la réponse du responsable de la région a droit de soumettre son grief directement au commissaire du Service correctionnel : par. 80(2) du *Règlement*. Le commissaire a délégué son pouvoir de rendre les décisions finales en matière de griefs au commissaire adjoint : art. 18 et 19 de la *Directive du commissaire 081* : « Plaintes et griefs des délinquants », 4 mars 2002 (« *DC 081* »). Enfin, aux termes des art. 2 et 18 de la *LCF*, le détenu peut contester l'équité ou la conformité à la *Charte* de la décision rendue au troisième palier par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

58 Comme nous l'avons déjà mentionné, la loi exige que les détenus aient accès à une procédure de règlement efficace, juste et expéditif des griefs. Par conséquent, le détenu a droit à des décisions

grievance procedure: ss. 74(3), 74(5), 77(3), 79(3) and 80(3) of the *Regulations*. Naturally, the inmate is required to participate in the resolution process and *CD 081* requires that confidentiality of complaints and grievances be preserved "to the greatest possible extent" (ss. 6(c) and 6(e)). The *Regulations* also prescribe that decisions on complaints and grievances must be issued "as soon as practicable": ss. 74(3), 74(5), 77(3), 79(3) and 80(3); see also ss. 6(d), 7 and 8 of *CD 081* for a more precise timetable. Finally, the institution must show that corrective action is taken when a grievance is upheld: s. 10 of *CD 081*.

59 The question before us is whether the grievance procedure is a complete, comprehensive and expert procedure for review of an inmate's security classification. In *Pringle*, Laskin J. (as he then was), writing for the Court, held:

> I am satisfied that in the context of the overall scheme for the administration of immigration policy the words in s. 22 ("sole and exclusive jurisdiction to hear and determine all questions of fact or law, including questions of jurisdiction") are adequate not only to endow the Board with the stated authority but to exclude any other court or tribunal from entertaining any type of proceedings, be they by way of *certiorari* or otherwise, in relation to the matters so confided exclusively to the Board. [Emphasis added; p. 826.]

60 The decisive issue for Laskin J. therefore was the intention of the legislature to grant exclusive jurisdiction to the Board. However, there is no such language in the *CCRA* or in the *Regulations*. In fact, it is clear that it was not the intention of the Governor-in-Council, the regulator, to grant paramountcy to the grievance procedure over the superior courts' *habeas corpus* jurisdiction. Section 81(1) of the *Regulations* provides:

> 81. (1) Where an offender decides to pursue a legal remedy for the offender's complaint or grievance in addition to the complaint and grievance procedure referred to in these Regulations, the review of the

écrites aux trois paliers de la procédure de grief : par. 74(3), 74(5), 77(3), 79(3) et 80(3) du *Règlement*. Naturellement, le détenu doit participer au processus de règlement, et la *DC 081* exige que la confidentialité des plaintes et des griefs soit protégée « [d]ans la mesure du possible » (al. 6c) et e)). Le *Règlement* prévoit aussi que les décisions relatives aux plaintes et aux griefs doivent être rendues « aussitôt que possible » : par. 74(3), 74(5), 77(3), 79(3) et 80(3); voir également l'al. 6d) et les art. 7 et 8 de la *DC 081* pour un calendrier plus précis. Enfin, lorsqu'un grief est accueilli, l'établissement doit démontrer que les mesures correctives nécessaires ont été prises : art. 10 de la *DC 081*.

Notre Cour doit ainsi déterminer si la procédure de grief constitue une procédure d'examen complet, exhaustif et spécialisé de la classification de sécurité des détenus. Dans l'arrêt *Pringle*, le juge Laskin (plus tard Juge en chef), rendant jugement au nom de la Cour, a conclu :

> Je suis convaincu que, dans le contexte du programme général de l'administration des politiques en matière d'immigration, les termes de l'art. 22 (« compétence exclusive pour entendre et décider toutes questions de fait ou de droit, y compris les questions de compétence ») suffisent non seulement à revêtir la Commission de l'autorité déclarée mais encore à empêcher toute autre cour ou tout autre tribunal d'être saisis de tout genre de procédures, que ce soit par voie de *certiorari* ou autrement, relativement aux matières ainsi réservées exclusivement à la Commission. [Nous soulignons; p. 826.]

Pour le juge Laskin, le point déterminant était donc l'intention du législateur d'octroyer une compétence exclusive à la Commission. Toutefois, ni la *LSCMLC* ni le *Règlement* ne renferment des termes en ce sens. En fait, il est clair que le gouverneur en conseil, l'autorité de réglementation, n'avait pas l'intention de donner à la procédure de grief préséance sur la compétence des cours supérieures en matière d'*habeas corpus*. Le paragraphe 81(1) du *Règlement* prévoit ce qui suit :

> 81. (1) Lorsque le délinquant décide de prendre un recours judiciaire concernant sa plainte ou son grief, en plus de présenter une plainte ou un grief selon la procédure prévue dans le présent règlement, l'examen de la

complaint or grievance pursuant to these Regulations shall be deferred until a decision on the alternate remedy is rendered or the offender decides to abandon the alternate remedy.

plainte ou du grief conformément au présent règlement est suspendu jusqu'à ce qu'une décision ait été rendue dans le recours judiciaire ou que le détenu s'en désiste.

Section 81(1) makes it clear that the regulator contemplated the possibility that an inmate may choose to pursue a legal remedy, such as an application for *habeas corpus*, in addition to filing an administrative grievance under the *Regulations*. The legal remedy supersedes the grievance procedure. The regulator did not intend to bar federal prisoners' access to *habeas corpus*. But there is more.

61 Cette disposition indique clairement que l'autorité de réglementation a envisagé la possibilité qu'un détenu choisisse d'intenter un recours judiciaire, comme un recours en *habeas corpus*, en plus de déposer un grief en vertu du *Règlement*. Le recours judiciaire supplante la procédure de grief. L'autorité de réglementation n'a pas voulu interdire aux prisonniers l'accès à l'*habeas corpus*. Mais ce n'est pas tout.

In our view, the grievance procedure can and should be distinguished from the immigration context for several other reasons. The scheme of review which militated against the exercise of *habeas corpus* jurisdiction in *Pringle* and *Peiroo* is substantially different than the grievance procedure provided in the *CCRA*. The *Immigration Act* in force at the time of *Peiroo* provided for an appeal from decisions of immigration authorities to an independent administrative tribunal, the Immigration Appeal Division, vested with all the powers of a superior court of record including jurisdiction to issue summons, administer oaths and enforce its orders: S.C. 1976-77, c. 52 (am. S.C. 1988, c. 35), s. 71.4(2). It was a process wherein the impartiality of the adjudicator was statutorily assured, the grounds for review were articulated, and the process for review was clearly laid out: ss. 63, 64 and 71.4 to 78. A detailed procedure was also provided for the manner in which applications and appeals were to be brought before the Federal Court: ss. 83.1 to 85.2.

62 À notre avis, la procédure de grief peut et doit être distinguée du processus applicable en matière d'immigration pour plusieurs autres raisons. Le régime d'examen qui faisait obstacle à l'exercice de la compétence relative à l'*habeas corpus* dans les affaires *Pringle* et *Peiroo* diffère substantiellement de la procédure de grief établie par la *LSCMLC*. La *Loi sur l'immigration* applicable à l'époque de l'affaire *Peiroo* prévoyait l'appel des décisions des autorités de l'immigration devant un tribunal administratif indépendant, la Section d'appel de l'immigration, qui était investi de tous les pouvoirs d'une cour supérieure d'archives, notamment ceux d'enjoindre à toute personne de comparaître, de faire prêter serment et de veiller à l'exécution de ses ordonnances : S.C. 1976-77, ch. 52 (mod. L.C. 1988, ch. 35), par. 71.4(2). Il s'agissait d'un processus où la loi assurait l'impartialité des décideurs, énumérait les motifs de révision et établissait clairement le processus de révision : art. 63, 64 et 71.4 à 78. La procédure de demande et d'appel devant la Cour fédérale était également détaillée : art. 83.1 à 85.2.

In contrast, the internal grievance process set out in the *CCRA* prescribes the review of decisions made by *prison authorities by other prison authorities*. Thus, in a case where the legality of a Commissioner's policy is contested, it cannot be reasonably expected that the decision-maker, who is subordinate to the Commissioner, could fairly and impartially decide the issue. It is also noteworthy that there are no remedies set out in the *CCRA* and its regulations and no articulated grounds

63 À l'opposé, la procédure interne de grief prévue par la *LSCMLC* prescrit l'examen de décisions *d'autorités carcérales par d'autres autorités carcérales*. Ainsi, dans le cas de contestation de la légalité d'une politique établie par le commissaire, on ne peut raisonnablement s'attendre à ce que le décideur, un subordonné du commissaire, rende une décision juste et impartiale. Il convient également de signaler que ni la *LSCMLC* ni son règlement d'application ne prévoient de recours, pas plus

upon which grievances may be reviewed. Lastly, the decisions with respect to grievances are not legally enforceable. In *Peiroo*, the Ontario Court of Appeal emphasized that Parliament had put in place a complete, comprehensive and expert statutory scheme that provided for a review at least as broad as *habeas corpus* and no less advantageous. That is clearly not the case in this appeal.

64 Therefore, in view of the structural weaknesses of the grievance procedure, there is no justification for importing the line of reasoning adopted in the immigration law context. In the prison context, Parliament has not yet enacted a comprehensive scheme of review and appeal similar to the immigration scheme. The same conclusion was previously reached in *Idziak* with regard to extradition (pp. 652-53).

65 As we have seen, these cases do not fall within the recognized exceptions where a provincial superior court should decline to exercise its *habeas corpus* jurisdiction. The respondents submit that this Court should assess the *habeas corpus* jurisdiction of the superior courts purposively by acknowledging that the statutory scheme provides for effective and comparable remedies. A purposive approach, however, also requires that we look at the entire context. In our view, the following five factors militate in favour of concurrent jurisdiction and provide additional support for the position that a provincial superior court should hear *habeas corpus* applications from federal prisoners: (1) the choice of remedies and forum; (2) the expertise of provincial superior courts; (3) the timeliness of the remedy; (4) local access to the remedy; and (5) the nature of the remedy and the burden of proof.

66 First, in the prison context, the applicant may choose either to seek relief in the provincial superior courts or in the Federal Court. In *Idziak*, this Court noted that the applicants in the *Miller*, *Cardinal* and *Morin* trilogy each had a choice of

qu'ils n'énoncent des motifs d'examen des griefs. Enfin, les décisions rendues sur les griefs n'ont pas force exécutoire. Par contre, dans *Peiroo*, la Cour d'appel de l'Ontario a souligné que le législateur avait mis en place un régime d'examen complet, exhaustif et spécialisé d'une portée au moins aussi large que la procédure d'*habeas corpus* et tout aussi avantageux. De toute évidence, il n'en va pas de même en l'espèce.

Par conséquent, la faiblesse intrinsèque de la procédure de grief ne justifie nullement ici de transposer le raisonnement adopté en droit de l'immigration. Le législateur n'a pas encore élaboré pour le contexte carcéral un régime d'examen et d'appel exhaustif comparable à celui qui s'applique en matière d'immigration. Notre Cour avait déjà formulé une telle conclusion dans l'affaire *Idziak* en matière d'extradition (p. 652-653).

Comme nous l'avons vu, la présente espèce n'entre pas dans les exceptions reconnues en application desquelles une cour supérieure provinciale devrait décliner compétence en matière d'*habeas corpus*. Les intimés invitent quand même la Cour à aborder de façon téléologique l'analyse de la compétence des cours supérieures en matière d'*habeas corpus*, pour reconnaître que le régime établi par la loi prévoit des recours analogues efficaces. Toutefois, la démarche téléologique oblige également à l'examen de l'ensemble du contexte. Selon nous, les cinq facteurs énumérés ci-après nous incitent à reconnaître l'existence de compétences concurrentes et renforcent aussi l'argument selon lequel les cours supérieures provinciales devraient instruire les demandes d'*habeas corpus* émanant de détenus dans des établissements fédéraux : (1) le choix du recours et du tribunal, (2) l'expertise des cours supérieures provinciales, (3) la célérité avec laquelle le recours est entendu, (4) l'accessibilité du tribunal à l'échelon local et (5) la nature du recours et la charge de la preuve.

Premièrement, en contexte carcéral, le demandeur peut choisir de s'adresser à la cour supérieure provinciale ou à la Cour fédérale. Notre Cour a signalé dans *Idziak* que dans la trilogie *Miller*, *Cardinal* et *Morin*, chacun des demandeurs

whether to seek a remedy in the provincial superior courts or in Federal Court. The applicants' decision to resort to the provincial superior courts for their remedy was accepted (pp. 651-52).

disposait de la possibilité d'intenter son recours devant la cour supérieure provinciale ou devant la Cour fédérale. Leur décision de s'adresser à la cour supérieure a été acceptée (p. 651-652).

Furthermore and as noted previously, this Court recognized in *Miller* that the availability of *habeas corpus* "must be considered first on its own merits, apart from possible problems arising from concurrent or overlapping jurisdiction. The general importance of this remedy as the traditional means of challenging deprivations of liberty is such that its proper development and adaptation to the modern realities of confinement in a prison setting should not be compromised by concerns about conflicting jurisdiction" (p. 641).

67 En outre, comme nous l'avons déjà indiqué, notre Cour a reconnu dans *Miller* que la portée du recours en *habeas corpus* « doit d'abord être examinée en fonction de son propre fondement, indépendamment des problèmes que peuvent poser le partage ou le chevauchement des compétences. L'importance générale de ce recours comme moyen traditionnel de contester les privations de liberté est telle que son développement et son adaptation rationnels aux réalités modernes de la détention en milieu carcéral ne doivent pas être compromis par des craintes de conflits de compétence » (p. 641).

Second, the greater expertise of the Federal Court in correctional matters is not conclusively established. The Federal Court has considerable familiarity in federal administrative law and procedure and deservedly enjoys a strong reputation in these parts of the law as in other federal matters. On the other hand, prison law revolves around the application of *Charter* principles in respect of which provincial superior courts are equally well versed. Moreover, prison law and life in the penal institution remain closely connected with the administration of criminal justice, in which the superior courts play a critical role on a daily basis. In this context, we find no strong grounds for the adoption of a policy of deference in favour of judicial review in the Federal Court.

68 Deuxièmement, l'expertise supérieure de la Cour fédérale en matière correctionnelle n'est pas incontestablement établie. Cette cour connaît certainement à fond le droit administratif fédéral et sa procédure et jouit d'une réputation bien méritée en ce domaine et dans d'autres domaines de droit fédéral. Cependant, le droit carcéral fait intervenir l'application des principes de la *Charte*, que les cours supérieures provinciales connaissent aussi très bien. De plus, le droit carcéral et la vie en prison demeurent intimement liés à l'administration de la justice criminelle, à l'égard de laquelle les cours supérieures jouent quotidiennement un rôle essentiel. En conséquence, il n'existe pas, selon nous, de motifs convaincants d'adopter le principe de la déférence à l'égard de la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire.

Third, a hearing on a *habeas corpus* application in the Supreme Court of British Columbia can be obtained more rapidly than a hearing on a judicial review application in the Federal Court. Rule 4 of the *Criminal Rules of the Supreme Court of British Columbia*, SI/97-140, provides for a hearing of a *habeas corpus* application on six days notice. In contrast, the request for hearing a judicial review application in the Federal Court is filed at day 160 following the impugned decision, if all time limits have run completely: s. 18.1(2) of the *FCA* and Rules 301 to 314 of the *Federal Court Rules, 1998*,

69 Troisièmement, la Cour suprême de la Colombie-Britannique peut instruire une demande d'*habeas corpus* plus rapidement que la Cour fédérale peut instruire une demande de contrôle judiciaire. La règle 4 des *Règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en matière pénale*, TR/97-140, prévoit l'audition d'une telle demande à six jours d'avis. Par contre, en tenant compte de tous les délais maximaux prévus, la demande d'audition d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale est déposée le cent soixantième jour qui suit la date de la décision

SOR/98-106. This is a matter of great significance for prisoners unlawfully deprived of their liberty. It is also relevant if counsel is acting *pro bono* or on limited legal aid funding or if the prisoner is representing himself. The importance of the interests at stake militates in favour of a quick resolution of the issues.

attaquée : par. 18.1(2) de la *LCF* et règles 301 à 314 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106. Ce facteur revêt une grande importance pour les prisonniers privés illégalement de leur liberté. Il représente aussi un facteur à considérer lorsque les avocats agissent bénévolement ou sont rémunérés au tarif restreint de l'aide juridique, ou si le détenu se représente lui-même. L'importance des intérêts en jeu milite alors en faveur d'un règlement rapide des questions litigieuses.

70 Fourth, relief in the form of *habeas corpus* is locally accessible to prisoners in provincial superior courts. Access to justice is closely linked to timeliness of relief. Moreover, it would be unfair if federal prisoners did not have the same access to *habeas corpus* as do provincial prisoners. Section 10(*c*) of the *Charter* does not support such a distinction. In *Gamble*, Wilson J. recognized the importance of access by federal prisoners to the superior courts of the province where they are incarcerated:

Quatrièmement, les détenus ont accès dans leur région au recours en *habeas corpus* devant une cour supérieure provinciale. L'accessibilité à la justice est étroitement liée à la célérité avec laquelle le redressement est accordé. En outre, il serait injuste que les prisonniers incarcérés dans des établissements fédéraux ne jouissent pas du même accès au recours en *habeas corpus* que les détenus des établissements provinciaux. L'alinéa 10*c*) de la *Charte* ne permet pas une telle distinction. Dans l'arrêt *Gamble*, la juge Wilson a reconnu l'importance de l'accès des prisonniers fédéraux à la cour supérieure de la province où ils sont incarcérés :

> This Court has previously recognized "the importance of the local accessibility of this remedy" of *habeas corpus* because of the traditional role of the court as "a safeguard of the liberty of the subject": *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613, at pp. 624-25. Relief in the form of *habeas corpus* should not be withheld for reasons of mere convenience. [Emphasis added; p. 635.]

> Cette Cour a déjà reconnu « l'importance de voir à ce qu'il soit possible d'obtenir ce recours [de l'*habeas corpus*] à l'échelon local », en raison du rôle traditionnel de la cour, qui est d'assurer la « protection de la liberté individuelle » : *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, à la p. 625. Le redressement sous la forme d'un *habeas corpus* ne devrait pas être refusé pour de simples raisons de commodité. [Nous soulignons; p. 635.]

71 Finally, a writ of *habeas corpus* is issued as of right where the applicant shows that there is cause to doubt the legality of his detention: Sharpe, at p. 58. In contrast, on judicial review, the Federal Court can deny relief on discretionary grounds: D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 481. Also, on *habeas corpus*, so long as the prisoner has raised a legitimate ground upon which to question the legality of the deprivation of liberty, the onus is on the respondent to justify the lawfulness of the detention: Sharpe, at pp. 86-88. However, on judicial review, the onus is on the applicant to demonstrate that the "federal board, commission or other tribunal" has made an error: s. 18.1(4) of the *FCA*.

Enfin, un bref d'*habeas corpus* est délivré de plein droit lorsque le demandeur démontre l'existence de raisons de mettre en doute la légalité de sa détention : Sharpe, p. 58. À l'inverse, la Cour fédérale peut rejeter une demande de contrôle judiciaire pour des motifs discrétionnaires : D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 481. Également, dès lors que le prisonnier qui demande un bref d'*habeas corpus* a valablement soulevé un doute quant à la légalité de la restriction à sa liberté, il incombe au défendeur de justifier de la licéité de la détention : Sharpe, p. 86-88, tandis que dans une demande de contrôle judiciaire, le demandeur a la charge de démontrer qu'un « office fédéral » a commis une erreur : par. 18.1(4) de la *LCF*.

Our review of the relevant factors favours the concurrent jurisdiction approach. This approach properly recognizes the importance of affording prisoners a meaningful and significant access to justice in order to protect their liberty rights, a *Charter* value. Timely judicial oversight, in which provincial superior courts must play a concurrent if not predominant role, is still necessary to safeguard the human rights and civil liberties of prisoners, and to ensure that the rule of law applies within penitentiary walls.

72 Notre examen des facteurs pertinents favorise la reconnaissance de la compétence concurrente. Cette méthode reconnaît à juste titre qu'il importe, pour la protection des libertés des prisonniers — une valeur inscrite dans la *Charte* — de leur assurer un accès véritable et tangible à la justice. La prompte attention judiciaire, dans laquelle les cours supérieures provinciales doivent tenir un rôle concurrent sinon prédominant, demeure nécessaire pour la protection des droits de la personne et des libertés civiles des prisonniers et pour le maintien de la primauté du droit en milieu carcéral.

B. *Have the Appellants Been Unlawfully Deprived of Their Liberty?*

B. *Les appelants ont-ils été illégalement privés de leur liberté?*

Having concluded that the British Columbia Court of Appeal erred in finding that the chambers judge should have declined to exercise his *habeas corpus* jurisdiction, we must now consider whether the chambers judge erred in denying the appellants' *habeas corpus* application on its merit.

73 Puisque nous sommes d'avis que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu à tort que le juge en chambre aurait dû décliner compétence en matière d'*habeas corpus*, il nous faut maintenant examiner si le juge en chambre a commis une erreur en rejetant au fond la demande d'*habeas corpus* des appelants.

A successful application for *habeas corpus* requires two elements: (1) a deprivation of liberty and (2) that the deprivation be unlawful. The onus of making out a deprivation of liberty rests on the applicant. The onus of establishing the lawfulness of that deprivation rests on the detaining authority.

74 Deux éléments doivent se rencontrer pour justifier la réception d'une demande d'*habeas corpus* : (1) une privation de liberté et (2) l'illégalité de cette privation. Il incombe au demandeur d'établir la privation de liberté, mais l'autorité qui détient le demandeur doit prouver la légalité de cette privation.

With respect to the first element of *habeas corpus*, the appellants claim that transfer to a more restrictive institutional setting deprives them of their residual liberty. With respect to the second element of *habeas corpus*, the appellants contend that the deprivation of their residual liberty was unlawful because it was arbitrary and violated CSC's statutory duty to disclose entrenched in s. 27(1) of the *CCRA*.

75 Relativement au premier élément, les appelants soutiennent que le transfèrement dans un établissement plus restrictif les prive de leur liberté résiduelle. À propos du second élément, ils plaident que cette atteinte à leur liberté résiduelle est illégale en raison de son caractère arbitraire et parce que le SCC a manqué à l'obligation de communication que lui impose le par. 27(1) de la *LSCMLC*.

(1) Deprivation of Liberty

(1) Privation de liberté

The decision to transfer an inmate to a more restrictive institutional setting constitutes a deprivation of his or her residual liberty: *Miller*, at p. 637; *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R.

76 La décision de transférer un détenu dans un établissement plus restrictif constitue une privation de liberté résiduelle : *Miller*, p. 637; *Dumas c. Centre de détention Leclerc*, [1986] 2 R.C.S. 459, p. 464. Il

459, at p. 464. As a result, there is no question that the appellants have discharged their burden of making out a deprivation of liberty. We must therefore go on to consider whether that deprivation was lawful.

(2) Lawfulness of the Deprivation of Liberty

77 A deprivation of liberty will only be lawful where it is within the jurisdiction of the decision-maker. Absent express provision to the contrary, administrative decisions must be made in accordance with the *Charter*. Administrative decisions that violate the *Charter* are null and void for lack of jurisdiction: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078. Section 7 of the *Charter* provides that an individual's liberty cannot be impinged upon except in accordance with the principles of fundamental justice. Administrative decisions must also be made in accordance with the common law duty of procedural fairness and requisite statutory duties. Transfer decisions engaging inmates' liberty interest must therefore respect those requirements.

78 The appellants raise two arguments with respect to the lawfulness of the deprivation in these cases. First, they argue that the transfer decisions were arbitrary because they were solely based on a change in policy, in the absence of any "fresh" misconduct on their part. Second, they submit that the respondents did not comply with their duty of disclosure by withholding a relevant scoring matrix. We will consider each argument in turn.

(a) *Whether Deprivation of Liberty Due to a Change in Policy Was Lawful*

79 The appellants claim that their security classification was changed as a result of a new policy from CSC requiring that prisoners serving life sentences must complete a violent offender program in order to be classified as a minimum-security risk. A transfer decision made solely pursuant to a change in policy, they say, is arbitrary and, as a consequence, offends the principles of fundamental justice.

ne fait donc aucun doute que les appelants se sont acquittés de leur fardeau de prouver une privation de liberté. Il faut alors examiner si cette privation était légale.

(2) Légalité de la privation de liberté

La privation de liberté n'est légale que si elle relève de la compétence du décideur. En l'absence d'une disposition expresse au contraire, les décisions administratives doivent être conformes à la *Charte*. Les décisions administratives prises en violation de la *Charte* sont nulles pour défaut de compétence : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078. L'article 7 de la *Charte* énonce qu'il ne peut être porté atteinte à la liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les décisions administratives doivent également être rendues dans le respect de l'obligation d'équité procédurale de la common law et des obligations légales applicables. Les décisions relatives au transfèrement qui ont des incidences sur la liberté des détenus doivent donc respecter toutes ces exigences.

Les appelants présentent deux arguments au sujet de la légalité de la privation de liberté en l'espèce. D'abord, ils affirment que les décisions de les transférer ont été prises arbitrairement, en raison d'une modification de la politique et en l'absence de toute « nouvelle » inconduite de leur part. Ensuite, ils allèguent que les intimés n'ont pas respecté leur obligation de communiquer l'information en retenant la matrice de notation pertinente. Nous allons examiner chacun de ces arguments.

a) *Légalité de la privation de liberté consécutive à une modification de la politique*

Les appelants soutiennent que leur cote de sécurité a été modifiée en application d'une nouvelle politique du SCC exigeant des détenus purgeant une peine d'emprisonnement à perpétuité qu'ils suivent un programme de traitement des délinquants violents en vue d'obtenir une cote de sécurité minimale. Ils affirment que la décision de les transférer fondée uniquement sur un changement de politique est arbitraire et, par conséquent, contraire aux principes de justice fondamentale.

The appellants rely on *Re Hay and National Parole Board* (1985), 21 C.C.C. (3d) 408 (F.C.T.D.). In that case, Muldoon J. held that a transfer decision made in the absence of any fault or misconduct on the part of the inmate is arbitrary and unfair, whether or not it was made in good faith (p. 415).

Ils invoquent la décision *Hay c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1985] A.C.F. nº 610 (QL) (1re inst.), dans laquelle le juge Muldoon a statué que la décision de transférer un détenu en l'absence de toute faute ou inconduite de sa part est arbitraire et injuste, qu'elle ait ou non été prise de bonne foi (p. 8). 80

The respondents, however, stress that while the change in policy may have prompted the review of the appellants' security classifications, an individualized assessment was conducted of each inmate. The decisions were not arbitrary, they argue, since they were clearly effected in consideration of each inmate's personal circumstances and characteristics.

Selon les intimés, toutefois, bien que la révision de la cote de sécurité des appelants ait pu faire suite à une modification de politique, chaque détenu a été évalué individuellement. Selon eux, les décisions n'étaient pas arbitraires puisqu'elles ont été prises en fonction de la situation et des caractéristiques propres à chaque détenu. 81

We agree with the respondents. In *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, this Court held that correctional authorities may change how a sentence is served, including transferring an inmate to a higher security institution, without necessarily violating the principles of fundamental justice. McLachlin J. (as she then was) noted that "[a] change in the form in which a sentence is served, whether it be favourable or unfavourable to the prisoner, is not, in itself, contrary to any principle of fundamental justice" (p. 152). In order to support her position, she relied mainly on the need for punctual reforms in correctional law:

Nous partageons l'avis des intimés. Dans *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, notre Cour a statué que les autorités carcérales peuvent modifier la façon dont une peine est purgée, notamment en transférant un détenu dans un établissement à sécurité plus élevée, sans nécessairement porter atteinte aux principes de justice fondamentale. La juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a signalé qu'« [u]ne modification de la façon dont une peine est purgée, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'endroit du détenu, n'est, en soi, contraire à aucun principe de justice fondamentale » (p. 152). Elle a justifié cette position principalement par la nécessité de procéder à des réformes ponctuelles en droit correctionnel : 82

> [O]ur system of justice has always permitted correctional authorities to make appropriate changes in how a sentence is served, whether the changes relate to place, conditions, training facilities, or treatment. Many changes in the conditions under which sentences are served occur on an administrative basis in response to the prisoner's immediate needs or behaviour. Other changes are more general. From time to time, for example, new approaches in correctional law are introduced by legislation or regulation. These initiatives change the manner in which some of the prisoners in the system serve their sentences. [pp. 152-53]

> [N]otre système de justice a toujours permis aux autorités correctionnelles d'apporter des modifications appropriées à la manière dont une peine doit être purgée, en ce qui a trait au lieu, aux conditions, aux installations de formation ou au traitement. Un grand nombre de modifications des conditions dans lesquelles les peines sont purgées sont apportées de façon administrative pour répondre aux besoins immédiats ou au comportement du détenu. D'autres modifications sont d'ordre plus général. Par exemple, à l'occasion, une loi ou un règlement introduit de nouvelles méthodes en droit correctionnel. Ces initiatives modifient la manière dont certains détenus dans le système purgent leurs peines. [p. 152-153]

Consequently, CSC had the authority to transfer the appellants because of a change in policy as long as the transfer decisions were not arbitrary.

Par conséquent, le SCC conservait le pouvoir de transférer les appelants en raison d'une modification de politique dès lors que les décisions de 83

A transfer decision initiated by a mere change in policy is not, in and of itself, arbitrary. The acceptance of the appellants' argument would undermine CSC's ability to properly administer the *CCRA*. A fair balance must be reached between the interest of inmates deprived of their residual liberty and the interest of the state in the protection of the public (pp. 151-52).

84 In our view, the new policy strikes the proper balance between these two interests. Its purpose is to protect society. Public safety is an important factor CSC must consider in the course of inmate placement and transfer decisions: s. 28 of the *CCRA*. It is also worthy of note that the policy requires that inmates be transferred to higher security institutions only after an individual assessment of their file has been conducted.

85 In these cases, the reviewing officers determined that each of the appellants posed a risk to public safety and, as a result, should not be incarcerated in a minimum-security institution. In every case, there was a concern that the inmate had failed to complete a violent offender program and this led to the conclusion that the risk presented by the inmate could not be managed at Ferndale Institution. Thus, the prisoner's liberty interest was limited pursuant to the policy only to the extent that it was shown to be necessary for the protection of the public.

86 For the foregoing reasons, *habeas corpus* should not be granted on the basis of arbitrariness. There is no evidence of any blanket application of the policy that would render the process arbitrary.

(b) *Whether Deprivation of Liberty Absent Disclosure of the Scoring Matrix Was Lawful*

87 The appellants submit that CSC did not make full disclosure of the information relied upon in

transfèrement ne sont pas arbitraires. Une décision de transférer provoquée par un simple changement de politique ne devient pas arbitraire pour autant. On affaiblirait la capacité du SCC de faire appliquer correctement la *LSCMLC* en retenant les arguments des appelants. Il faut trouver un juste équilibre entre l'intérêt des détenus privés de leur liberté résiduelle et l'intérêt de l'État dans la protection du public (p. 151-152).

À notre avis, la nouvelle politique établit un juste équilibre entre ces deux intérêts. Elle vise à protéger la société. La protection du public constitue un facteur important dont le SCC doit tenir compte lorsqu'il prend des décisions en matière de placement et de transfèrement des détenus : art. 28 de la *LSCMLC*. Il importe également de signaler que cette politique exige que le transfèrement de détenus dans des établissements à sécurité plus élevée ne s'effectue qu'après examen individualisé du dossier.

En l'espèce, les agents qui ont procédé à l'examen ont conclu que chacun des appelants présentait un risque pour la sécurité du public et qu'on ne devait donc pas les incarcérer dans un établissement à sécurité minimale. Pour chacun des appelants, le fait de ne pas avoir terminé le programme de traitement des délinquants violents a pesé dans la conclusion que l'Établissement Ferndale ne pouvait gérer le risque présenté. Ainsi, le droit à la liberté de chaque détenu n'a été limité en application de la politique que dans la mesure où l'on a démontré que la privation de liberté était nécessaire pour protéger le public.

Pour ces raisons, il n'y a pas lieu d'accueillir la demande d'*habeas corpus* en raison du caractère arbitraire de la décision. Les appelants n'ont pas démontré qu'une application sans nuance de la politique conférait un caractère arbitraire au processus.

b) *Légalité de la privation de liberté sans communication de la matrice de notation*

Cependant, les appelants soutiennent que le SCC ne leur a pas communiqué tous les

their reclassification. A computerized tool was used in the reclassification process. CSC did not disclose the so-called "scoring matrix" for this computerized tool. This failure to disclose, they suggest, ran afoul of the disclosure requirements imposed by the *Charter* and the *CCRA* itself. As a result, they say, the decision was unlawful.

renseignements qui ont servi à leur reclassification. Le SCC s'est servi d'un instrument informatique dans le processus de reclassification, et il n'a pas communiqué la « matrice de notation » de cet instrument. Les appelants font valoir que cette omission contrevient aux exigences que prescrivent la *Charte* et la *LSCMLC* elle-même et rend la décision illégale.

The appellants' claim raises the issue of procedural fairness. We will begin by examining whether the disclosure requirements imposed by the *Charter* in the criminal context, as recognized in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, apply in the instant case. We will then consider whether the duty of procedural fairness recognized at common law, which is acknowledged and fleshed out in the disclosure requirements of the *CCRA*, mandates the disclosure of the scoring matrix.

88 La prétention des appelants soulève la question de l'équité procédurale. Nous commencerons par examiner si les exigences de communication en matière criminelle imposées par la *Charte* et reconnues dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, s'appliquent en l'espèce. Nous examinerons ensuite si l'obligation d'équité procédurale reconnue en common law, mentionnée et précisée dans les exigences de communication de la *LSCMLC*, exige la communication de la matrice de notation.

(i) Whether the *Stinchcombe* Rules of Disclosure Apply

(i) Le principe de communication établi dans *Stinchcombe* s'applique-t-il?

The appellants contend that the disclosure requirements set out in *Stinchcombe* apply to the present case because the transfer decisions involved the loss of liberty. On the other hand, the respondents argue that the proper context in which to deal with involuntary transfers is administrative law and not criminal law. The *Stinchcombe* disclosure standard is fair and justified when innocence is at stake but not in situations like this one.

89 Les appelants affirment que les exigences de communication énoncées dans *Stinchcombe* s'appliquent en l'espèce parce que les décisions relatives au transfèrement entraînent une perte de liberté. Les intimés font valoir, pour leur part, que les transfèrements non sollicités relèvent du droit administratif et non du droit criminel. À leur avis, la norme de communication établie par *Stinchcombe* est équitable et justifiée lorsque l'innocence est en jeu, mais non dans une situation comme celle qui se présente en l'espèce.

We share the respondents' view. The requirements of procedural fairness must be assessed contextually in every circumstance: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, at para. 39; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743; *Therrien (Re)*, [2001] 2 S.C.R. 3, 2001 SCC 35, at para. 82.

90 Nous souscrivons au raisonnement des intimés. Il faut toujours examiner les exigences de l'équité procédurale en contexte : *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, par. 39; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743; *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, 2001 CSC 35, par. 82.

It is important to bear in mind that the *Stinchcombe* principles were enunciated in the

91 Il importe de se rappeler que les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ont été énoncés dans le contexte

particular context of criminal proceedings where the innocence of the accused was at stake. Given the severity of the potential consequences the appropriate level of disclosure was quite high. In these cases, the impugned decisions are purely administrative. These cases do not involve a criminal trial and innocence is not at stake. The *Stinchcombe* principles do not apply in the administrative context.

92 In the administrative context, the duty of procedural fairness generally requires that the decision-maker discloses the information he or she relied upon. The requirement is that the individual must know the case he or she has to meet. If the decision-maker fails to provide sufficient information, his or her decision is void for lack of jurisdiction. As Arbour J. held in *Ruby*, at para. 40:

> As a general rule, a fair hearing must include an opportunity for the parties to know the opposing party's case so that they may address evidence prejudicial to their case and bring evidence to prove their position . . . .

93 Therefore, the fact that *Stinchcombe* does not apply does not mean that the respondents have met their disclosure obligations. As we have seen, in the administrative law context, statutory obligations and procedural fairness may impose an informational burden on the respondents.

(ii) The Applicable Statutory Duty of Disclosure

94 A duty of procedural fairness rests on every public authority making administrative decisions affecting the rights, privileges or interests of an individual: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Cardinal*; *Baker*, at para. 20. These privileges are reflected in and bolstered by the disclosure requirements imposed by the *CCRA*.

95 In order to assure the fairness of decisions concerning prison inmates, s. 27(1) of the *CCRA* imposes an onerous disclosure obligation on CSC.

particulier d'une instance criminelle mettant en jeu l'innocence de l'accusé. La gravité des conséquences possibles d'une poursuite criminelle explique l'application d'une obligation de communication assez intense. En l'espèce, les décisions attaquées demeurent de nature purement administrative. On ne trouve pas ici de procès criminel et l'innocence des intéressés n'est pas en jeu. Les principes de l'arrêt *Stinchcombe* ne s'appliquent pas dans ce contexte administratif.

Par ailleurs, l'obligation d'équité procédurale exige généralement, en matière administrative, que le décideur communique les renseignements sur lesquels il se fonde. Elle exige que l'administré connaisse les faits qu'on entend lui opposer. Si le décideur ne lui fournit pas l'information suffisante, sa décision est frappée de nullité pour défaut de compétence. Comme la juge Arbour l'a conclu dans *Ruby*, par. 40 :

> En règle générale, le droit d'une partie à une audience équitable emporte celui de prendre connaissance de la preuve de la partie adverse afin de pouvoir répondre à tout élément préjudiciable à sa cause et apporter des éléments de preuve au soutien de celle-ci . . .

Ainsi, l'inapplicabilité de l'arrêt *Stinchcombe* ne signifie pas que les intimés ont satisfait à leur obligation de communication. Comme on l'a vu dans le contexte du droit administratif, les obligations légales et les règles d'équité procédurale peuvent imposer aux intimés un devoir d'information.

(ii) L'obligation légale de communication applicable

Toute autorité publique qui rend des décisions touchant les droits, privilèges ou biens d'une personne est assujettie à une obligation d'équité procédurale : *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Cardinal*; *Baker*, par. 20. Les exigences en matière de communication imposées par la *LSCMLC* reflètent et renforcent ces privilèges.

Afin d'assurer l'équité des décisions touchant les détenus, le par. 27(1) de la *LSCMLC* impose au SCC une lourde obligation de communication.

It requires that CSC give the offender, at a reasonable period before the decision is to be taken, "all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information".

Cette disposition exige que le SCC communique au délinquant, dans un délai raisonnable avant la prise de la décision, « tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci, ou un sommaire de ceux-ci ».

The extensive scope of disclosure which is required under s. 27(1) is confirmed by the fact that Parliament has specifically identified the circumstances in which CSC can refuse to disclose information:

96 Le fait que le législateur a précisé les circonstances dans lesquelles le SCC peut refuser de communiquer des renseignements confirme l'ampleur de l'exigence de communication prévue au par. 27(1) :

27. . . .

(3) Except in relation to decisions on disciplinary offences, where the Commissioner has reasonable grounds to believe that disclosure of information under subsection (1) or (2) would jeopardize

(*a*) the safety of any person,

(*b*) the security of a penitentiary, or

(*c*) the conduct of any lawful investigation,

the Commissioner may authorize the withholding from the offender of as much information as is strictly necessary in order to protect the interest identified in paragraph (*a*), (*b*) or (*c*).

27. . . .

(3) Sauf dans le cas des infractions disciplinaires, le commissaire peut autoriser, dans la mesure jugée strictement nécessaire toutefois, le refus de communiquer des renseignements au délinquant s'il a des motifs raisonnables de croire que cette communication mettrait en danger la sécurité d'une personne ou du pénitencier ou compromettrait la tenue d'une enquête licite.

The *Regulations* adopted pursuant to the *CCRA* shed additional light on the duties imposed upon prison authorities. Section 13 of the *Regulations*, which applies to involuntary transfers on an emergency basis, provides a right of information to inmates after their transfer to a new facility. The Institutional Head of the penitentiary to which an inmate is being transferred must meet with the inmate within two days in order to explain the reasons for the transfer. An opportunity to make representations must also be given to the inmate. Finally, written notice of the final transfer decision must be provided.

97 Le *Règlement* pris sous le régime de la *LSCMLC* précise les obligations imposées aux autorités carcérales. L'article 13 du *Règlement*, qui s'applique aux transfèrements non sollicités, en cas d'urgence, donne aux détenus le droit d'être informés après leur transfèrement à un autre établissement. Le directeur de l'établissement où est transféré le détenu doit rencontrer ce dernier dans les deux jours suivant le transfèrement pour lui en expliquer les raisons. Le détenu doit avoir la possibilité de présenter des observations. Enfin, le directeur doit informer par écrit le détenu de la décision définitive.

Other specific provisions in the Standard Operating Practices ("SOP") directives further clarify the duty to disclose. The Security Classification of Offenders directive, SOP 700-14, sets out the security classification procedures for inmates. In all cases where a security classification is assigned or revised, a notice must be provided to the offender. The notice must contain reasons as

98 D'autres dispositions particulières des Instructions permanentes (« IP ») précisent l'obligation de communication. Les instructions relatives à la cote de sécurité des délinquants, IP 700-14, énoncent le processus d'établissement de la cote de sécurité des détenus. Toutes les fois qu'une cote de sécurité est assignée ou modifiée, le délinquant doit en être avisé par écrit. L'avis

well as the information considered in making the decision (para. 26).

99 The Transfer of Offenders directive, SOP 700-15, sets out the criteria for the transfer of prisoners and indicates the extent to which disclosure should be made. An Assessment for Decision must be completed at the earliest possible time within two days following an offender's emergency transfer. The offender shall be provided with written notification of a recommendation for a transfer. The directive is very specific in this regard:

> The Notice of Involuntary Transfer Recommendation ... must contain enough information to allow the offender to know the case against him or her. The offender must be in a position to be able to respond to the recommendation for an involuntary transfer. To meet this standard, the details of the incident(s) which prompted the transfer recommendation must be provided to the greatest extent possible. This may include providing the offender with the following information regarding the incident(s): where it occurred, when it occurred, against whom it occurred, the extent of injury or damage which resulted, the evidence or proof of its occurrence, and any further relevant information which may elaborate on the incident(s). In cases where sensitive information exists which cannot fully be shared, the offender shall be provided with a gist.

100 Having determined that the applicable statutory duty of disclosure in respect of the transfer decisions is substantial and extensive, we must now go on to consider whether it was respected in these cases. If it was not, the transfer decisions will have been unlawful.

(iii) Whether the Applicable Duties of Disclosure Were Respected

101 The appellants submit that the respondents' refusal to disclose the scoring matrix for a computerized security classification rating tool is a breach of s. 27(1) of the *CCRA*. We agree. Considering the legislative scheme, the nature of the undisclosed information and the importance of the decision for the appellants, there was a clear breach of the statutory duty to disclose "all the information to be

comprend les motifs à l'appui de la décision ainsi que toute autre information considérée dans la prise de décision (par. 26).

Les instructions relatives au transfèrement de délinquants, IP 700-15, énoncent les critères applicables au transfèrement et précisent l'étendue de l'obligation de communication. Le plus tôt possible mais, au plus tard, deux jours suivant un transfèrement d'urgence, il faut remplir le formulaire d'évaluation en vue d'une décision. Il faut remettre au délinquant l'avis écrit de recommandation de transfèrement. Les instructions sont très précises à cet égard :

> L'Avis de recommandation d'un transfèrement non sollicité [. . .] doit contenir suffisamment de renseignements pour lui permettre de savoir ce qu'on lui reproche. Le délinquant doit être en mesure de faire connaître son point de vue sur la recommandation. Pour respecter cette norme, il faut lui communiquer le plus de précisions possible sur le ou les incidents à l'origine de la recommandation de transfèrement. Ces précisions peuvent comprendre notamment : l'endroit et le moment où l'incident s'est produit, la ou les personnes qui en ont subi les conséquences, l'ampleur des blessures ou des dégâts, les éléments de preuve confirmant qu'il a bien eu lieu, et tout autre renseignement pertinent pouvant apporter des précisions sur l'incident. S'il existe des renseignements de nature délicate qui ne peuvent être divulgués intégralement au délinquant, il faut lui en communiquer l'essentiel.

Après avoir établi que l'obligation légale de communication relative aux décisions de transfèrement est substantielle et de grande portée, il nous faut examiner si elle a été respectée en l'espèce. Dans la négative, il faudra conclure à l'illégalité des décisions de transfèrement.

(iii) L'obligation de communication applicable a-t-elle été respectée?

Selon les appelants, le refus des intimés de communiquer la matrice de notation afférente au logiciel d'établissement des cotes de sécurité contrevient au par. 27(1) de la *LSCMLC*. Nous sommes de cet avis. Compte tenu du régime législatif, de la nature de l'information non communiquée et de l'importance de la décision pour les appelants, il y a clairement eu violation de l'obligation de

considered in the taking of the decision or a summary of that information".

The Security Reclassification Scale ("SRS") is a computer application that provides a security rating based on data entered with respect to various factors related to the assessment of risk: (1) the seriousness of the offence committed by the offender; (2) the existence of outstanding charges against the offender; (3) the offender's performance and behaviour while under sentence; (4) the offender's social, criminal and, if applicable, young-offender history; (5) any physical or mental illness or disorder suffered; (6) the offender's potential for violent behaviour; and (7) the offender's continued involvement in criminal activities. The SRS scale has been developed to assist caseworkers to determine the most appropriate level of security at key points throughout the offender's sentence: SOP 700-14, at paras. 18-19.

The SRS is completed by assigning scores to several factors assessing the offender's security risk and custody performance. The SRS provides numerical "cut-off levels" which determine a security rating. If the officer completing the review does not agree with the results provided by the SRS, he or she may override the results and give a different security classification. The override provisions are incorporated in the SRS as a means to address factors that may compel the transfer of an offender to a security level that is different from the one obtained through the computer application: SOP 700-14, at para. 20.

The appellants acted diligently in requesting more information on the SRS including its scoring matrix. The matrix contains the information that would allow them to understand how the numerical results were arrived at. This tool is necessary in order to determine if there had been an error in assigning scores to the various factors and to evaluate the accuracy of the final computerized score that was generated.

communiquer « tous les renseignements entrant en ligne de compte dans [. . .] [la décision], ou un sommaire de ceux-ci ».

102 L'échelle de réévaluation de la cote de sécurité (« ÉRCS ») est un logiciel qui établit une cote de sécurité à partir des données saisies en rapport avec divers facteurs d'évaluation du risque : (1) la gravité de l'infraction commise par le délinquant, (2) toute accusation en instance portée contre lui, (3) son rendement et son comportement durant sa période d'incarcération, (4) ses antécédents sociaux et criminels, y compris en tant que jeune contrevenant, (5) toute maladie ou trouble physique ou mental dont il est atteint, (6) la propension à un comportement violent, et (7) la participation continue du délinquant à des activités criminelles. Cet outil a été mis au point pour aider les agents à déterminer le niveau de sécurité le plus approprié à des moments clés tout au long de la peine du délinquant : IP 700-14, par. 18-19.

103 On utilise l'ÉRCS en attribuant des points à divers facteurs d'évaluation du risque présenté par le délinquant et de son rendement durant l'incarcération. L'ÉRCS comporte des « seuils d'inclusion » numériques qui servent à déterminer la cote de sécurité. Si l'agent procédant à l'examen n'est pas satisfait des résultats fournis par l'ÉRCS, il peut y déroger et attribuer une cote de sécurité différente. Les dispositions relatives aux dérogations sont incorporées dans l'ÉRCS afin de permettre de traiter les facteurs susceptibles d'obliger le transfèrement d'un délinquant vers un établissement d'un niveau de sécurité non conforme au résultat obtenu au moyen de l'outil informatique : IP 700-14, par. 20.

104 Les appelants ont promptement demandé un supplément d'information au sujet de l'ÉRCS et de sa matrice de notation, qui renferme des renseignements qui leur permettraient de comprendre la façon de parvenir aux résultats numériques obtenus. Cet outil est nécessaire pour établir si l'attribution des points aux divers facteurs était entachée d'erreur et pour vérifier l'exactitude du résultat final généré informatiquement.

105 In the courts below, the respondents claimed that the scoring matrix was not available. The chambers judge accepted this claim. In addition, the respondents insisted that SRS was simply a preliminary assessment tool, the results of which were not entirely determinative of the security rating since reviewing officers may override the results. The transfer decisions provided the appellants with the questions and answers used in the SRS along with the computerized score and classification. After the SRS assessment was completed, CSC would undergo a case-by-case review to ensure that the reclassification was justified. The transfer decisions, they say, could stand on their own apart from the SRS. Hence, the appellants were given all the available information used in making the transfer decisions.

106 Before the hearing, the appellants filed a motion to submit new evidence. The evidence sought to be admitted consists of two documents. The first is the cover page of a scored copy of an SRS assessment. The second is the *Security Reclassification Scale: Functional Specification*, Version 4.0.3 ("SRSFS"), produced by CSC and updated as of June 2001. It explains the grading of each factor and how the factors should be applied in computing the SRS score. Strictly speaking, the SRSFS is the "scoring matrix" requested by the appellants.

107 When deciding whether the new evidence should be admitted in an appeal, discretion must be exercised on the basis of the criteria of due diligence, relevance, credibility and decisiveness: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. This test applies in non-criminal matters such as the instant case: *United States of America v. Shulman*, [2001] 1 S.C.R. 616, 2001 SCC 21, at para. 44; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, 2000 SCC 2.

108 After consideration of the parties' submissions, we believe that the motion to adduce new evidence should be granted. In our view, the evidence

Les intimés ont soutenu devant les juridictions inférieures que la matrice de notation n'était pas disponible. Le juge en chambre a accepté cette affirmation. Les intimés ont ajouté que l'ÉRCS n'était qu'un instrument d'évaluation préliminaire, dont les résultats ne déterminaient pas entièrement la cote de sécurité puisque les agents pouvaient y déroger. Dans les décisions relatives au transfèrement remises aux appelants figuraient les questions et réponses utilisées dans l'ÉRCS ainsi que le résultat informatique et la cote. Une fois l'ÉRCS appliquée, le SCC effectue un examen individuel pour s'assurer que la réévaluation est justifiée. Selon les intimés, les décisions de transfèrement restent indépendantes de l'ÉRCS. Ils ont donc argumenté que les appelants ont reçu tous les renseignements disponibles ayant servi à prendre les décisions de transfèrement.

Avant l'audience, les appelants ont demandé la permission de produire de nouveaux éléments de preuve. Ces éléments de preuve consistent en deux documents. Le premier est la page couverture d'une copie d'une évaluation faite au moyen de l'ÉRCS. Le second est intitulé *Échelle de réévaluation de la cote de sécurité : Spécifications fonctionnelles*, Version 4.0.3 (« ÉRCSSF »), produit par le SCC et mis à jour en juin 2001, qui explique la notation de chaque facteur et la façon d'appliquer chaque facteur dans le calcul du résultat donné par l'ÉRCS. À proprement parler, les spécifications fonctionnelles de l'ÉRCS constituent la « matrice de notation » demandée par les appelants.

Le pouvoir discrétionnaire de recevoir de nouveaux éléments de preuve doit être exercé en fonction des critères de la diligence raisonnable, de la pertinence, de la crédibilité et de l'influence sur le résultat : *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Ces critères s'appliquent dans des affaires non criminelles comme la présente espèce : *États-Unis d'Amérique c. Shulman*, [2001] 1 R.C.S. 616, 2001 CSC 21, par. 44; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, 2000 CSC 2.

Après examen de l'argumentation des parties, nous croyons qu'il y a lieu d'accueillir la requête pour permission de produire de nouveaux éléments

satisfies all the requirements of the *Palmer* test. The fact that the appellants have repeatedly requested the information and that it was discovered only after the Court of Appeal rendered its decision shows that they acted with due diligence. In addition, the new evidence goes to the heart of a fundamental issue in these cases: procedural fairness. The respondents do not contest the credibility of the information. In addition, they were less than forthcoming in the courts below and even in our Court in their explanations and information about the existence and function of the scoring matrix. Finally, the information would likely have affected the result of the chambers judge's decision because it clearly demonstrates that the scoring matrix was available.

de preuve. Nous sommes d'avis que les éléments de preuve satisfont à toutes les exigences du critère de l'arrêt *Palmer*. Le fait que les appelants aient cherché à maintes reprises à obtenir cette information et qu'elle n'ait été découverte qu'après la décision de la Cour d'appel démontre que les appelants ont fait preuve de diligence raisonnable. En outre, les nouveaux éléments de preuve concernent directement une question fondamentale en l'espèce, celle de l'équité procédurale. Les intimés ne contestent pas la crédibilité de l'information. De plus, ils sont loin de s'être empressés, devant les instances inférieures et même devant notre Cour, à fournir des explications et de l'information au sujet de l'existence et de la fonction de la matrice de notation. Enfin, l'information aurait probablement influé sur la décision du juge en chambre parce qu'elle démontre clairement la disponibilité de la matrice de notation.

The transfer decisions were made between November 2000 and February 2001. However, the cover sheet of the scoring matrix ("SRSFS") filed by the appellants as new evidence indicates that it is version 4.0.3 updated "As of June, 2001" including "Version 4 enhancements". Therefore, while the transfer decisions predate version 4.0.3 of the SRSFS, this evidence also suggests that earlier versions of the document as well as the requested information existed at the time of the transfer decisions. Its content is not in issue. Our only concern is whether the scoring matrix was available at the relevant time.

109 Les décisions relatives aux transfèrements ont été prises entre les mois de novembre 2000 et février 2001. Toutefois, la page couverture de la matrice de notation (« ÉRCSSF ») déposée comme nouvel élément de preuve par les appelants indique qu'il s'agit de la version 4.0.3, et elle porte les mentions « Dernière mise à jour : Juin 2001 » et « Comprend les améliorations apportées à la version 4 ». Par conséquent, alors que les décisions relatives aux transfèrements sont antérieures à la version 4.0.3 de l'ÉRCSSF, cet élément de preuve laisse aussi croire que des versions antérieures de la matrice ainsi que l'information demandée existaient au moment de ces décisions. Son contenu n'est pas en cause. La seule question qui nous préoccupe est de savoir si la matrice de notation était disponible à l'époque pertinente.

In our view, the information provided by the respondents to the courts below as to the nature and role of the matrix was misleading. At the hearing before this Court, counsel for the respondents indicated that, at the time of the reclassifications, the scoring matrix was not available because *it was the practice not to produce it.* Counsel explained that it was thought to be a duplication of information already disclosed.

110 À notre avis, les intimés ont donné des renseignements trompeurs aux tribunaux inférieurs à propos de la nature et du rôle de la matrice. Devant notre Cour, l'avocat des intimés a mentionné qu'au moment des réévaluations, la matrice de notation n'était pas disponible parce que *la règle était de ne pas la produire.* Il a expliqué qu'on considérait qu'elle faisait double emploi avec les renseignements déjà communiqués.

The new evidence clearly provides information on the numerical values to be assigned to each

111 Les nouveaux éléments de preuve fournissent clairement des renseignements sur la pondération

factor and to the manner in which a final score is generated by the computerized tool. Given that the appellants had repeatedly requested this information — and not solely the factors used to establish their security classification — it is disingenuous to suggest that the information was believed to be duplicative. This behaviour is highly objectionable. The chambers judge was falsely led to believe that the scoring matrix was not available when, in fact, it was.

112 The new evidence confirmed that the scoring matrix existed. The duty to disclose information used in making transfer decisions is substantial. Therefore, if the scores generated by the computerized tool played a role in the transfer decisions, its scoring matrix should have been disclosed. In fact, it does appear that the scores generated by the computerized tool played an important role. As a result, the transfer decisions were unlawful.

113 An analysis of SOP directives reveals that inmates were presumptively reclassified through the use of the SRS. SOP 700-14 states that security reclassification shall be determined primarily by using the SRS (paras. 1-18). The SRS classification is only subject to variation in limited situations. Discretion is provided when the score is within 5 percent of the sanctioned cut-off values: SRSFS, at pp. 9-10. In other cases, no discretion is allowed. The SRS classification may not be modified unless an override security classification is relied upon.

114 The procedure applicable to the override classification confirms the presumptive nature of the SRS rather than invalidating it. SOP 700-14 makes it clear that the override is not normally relied upon and requires a detailed justification for bypassing the SRS score:

> Normally there will be no overrides above or below the rating produced by the Custody Rating Scale or the Security Reclassification Scale. Where the caseworker believes that it is necessary to override or underride the results of the Custody Rating Scale or the Security

de chaque facteur et sur la façon dont le programme informatique génère le résultat final. Comme les appelants ont à maintes reprises demandé ces renseignements — et non uniquement les facteurs qui ont servi à établir leur cote de sécurité — il serait fallacieux d'affirmer que l'information était considérée comme redondante. Une telle façon d'agir est extrêmement déplorable. En effet, on a faussement fait croire au juge en chambre que la matrice de notation n'était pas disponible alors qu'elle l'était.

Les nouveaux éléments de preuve confirment que la matrice de notation existait. Compte tenu de l'importance de l'obligation de communiquer les renseignements ayant servi aux décisions relatives au transfèrement, si le pointage généré par le programme informatique a joué un rôle dans ces décisions, sa matrice de notation aurait dû être communiquée. En fait, il appert que ce pointage a joué un rôle important. Par conséquent, les décisions de transfèrement étaient illégales.

L'analyse des IP révèle qu'une cote présomptive a été attribuée aux détenus par application de l'ÉRCS. Selon l'IP 700-14, la réévaluation de la cote de sécurité doit être faite principalement au moyen de l'ÉRCS (par. 1-18). La cote obtenue par application de l'ÉRCS ne peut être modifiée que dans des circonstances restreintes. Un pouvoir de modification discrétionnaire peut être exercé lorsque la cote obtenue se situe dans un écart de 5 p. 100 des seuils d'inclusion établis : SRSFS, p. 10-11. Dans les autres cas, aucun pouvoir discrétionnaire n'est accordé. La cote de sécurité obtenue par application de l'ÉRCS ne peut être modifiée que si l'on peut invoquer un motif de dérogation.

La procédure en matière de dérogation confirme, plutôt qu'elle ne l'infirme, la nature présomptive de l'ÉRCS. L'IP 700-14 énonce clairement que la dérogation aux résultats obtenus n'est pas une occurrence normale et qu'elle exige une justification détaillée :

> En temps normal, on ne dérogera pas de la cote déterminée par l'Échelle de classement par niveau de sécurité ou l'Échelle de réévaluation de la cote de sécurité. Dans les cas où l'agent estime qu'il y a lieu de déroger aux résultats obtenus à l'Échelle de classement par niveau

Reclassification Scale, he/she shall include a detailed justification in the *Assessment for Decision* in conformity with section 18 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, by setting out the analysis under the three headings of institutional adjustment, escape risk and risk to public safety. [para. 23]

The override must also be approved by a supervisor or, in some cases, by the Assistant Commissioner, Correctional Operations and Programs (para. 25). It is noteworthy that the override function was not used in the instant cases. This suggests that the computer application ultimately fixed the security classification of each appellant.

Based on the evidence, we cannot accept the respondents' argument that the SRS was only a preliminary assessment tool. Although it is true that an individual assessment of each inmate's security classification is made subsequently to the SRS assessment, in our view, the SRS presumptively classifies inmates and constitutes an important aspect of the classification process.

Considering the nature of the scoring matrix and its role in the SRS, its non-disclosure constituted a major breach of the duty to disclose inherent in the requirement of procedural fairness. The appellants were deprived of information essential to understanding the computerized system which generated their scores. The appellants were not given the formula used to weigh the factors or the documents used for scoring questions and answers. The appellants knew what the factors were, but did not know how values were assigned to them or how those values factored into the generation of the final score.

How can there be a meaningful response to a reclassification decision without information explaining how the security rating is determined? As a matter of logic and common sense, the scoring tabulation and methodology associated with the SRS classification score should have been made available. The importance of making that information available stems from the fact that inmates may

de sécurité ou l'Échelle de réévaluation de la cote de sécurité, une justification détaillée doit être consignée dans l'Évaluation en vue d'une décision, conformément à l'article 18 du *Règlement*, en s'assurant que l'analyse se retrouve sous les catégories suivantes : adaptation à l'établissement, risque d'évasion et risque pour la sécurité du public. [par. 23]

115 En outre, un surveillant ou, dans certains cas, le commissaire adjoint, Opérations et programmes correctionnels, doit approuver la dérogation (par. 25). Il faut signaler que la procédure de dérogation n'a pas été employée en l'espèce, ce qui donne à penser que la cote de sécurité de chaque appelant a en définitive été établie informatiquement.

116 Compte tenu de la preuve, nous ne pouvons retenir l'argument des intimés voulant que l'ÉRCS ne représente qu'un instrument d'évaluation préliminaire. Même si une évaluation individuelle de la cote de sécurité de chaque détenu suit l'application de l'ÉRCS, à notre avis, cette dernière établit une cote présomptive et tient une place importante dans le processus d'évaluation de la cote de sécurité.

117 Compte tenu de la nature de la matrice de notation et de son rôle dans l'application de l'ÉRCS, l'omission d'en fournir une copie constituait un manquement grave à l'obligation de communication inhérente à l'exigence d'équité procédurale. Les appelants n'ont pas eu accès à des renseignements essentiels pour leur permettre de comprendre le système informatique ayant généré leurs résultats. Ils n'ont pas obtenu la formule de pondération des facteurs pertinents, ni les documents à partir desquels les questions et réponses étaient évaluées. Ils connaissaient les facteurs pris en considération, mais ils ignoraient comment ils étaient pondérés ou comment la pondération intervenait dans le résultat final.

118 Comment peut-on contester utilement une modification de la cote de sécurité sans disposer des renseignements expliquant la façon dont cette cote est établie? Il tombe sous le sens que le barème et la méthodologie de pointage afférents au résultat donné par l'ÉRCS devraient être accessibles. L'accessibilité de cette information importe parce que les détenus peuvent vouloir réfuter les éléments

want to rebut the evidence relied upon for the calculation of the SRS score and security classification. This information may be critical in circumstances where a security classification depends on the weight attributed to one specific factor.

119 Hence, given the importance of the information contained in the scoring matrix, the presumptive validity of the score and its potential effect on the determination of security classification, it should have been disclosed. The respondents had a duty to do so under s. 27(1) of the *CCRA*.

120 In conclusion, the respondents failed to disclose all the relevant information or a summary of the information used in making the transfer decisions despite several requests by the appellants. The respondents concealed crucial information. In doing so, they violated their statutory duty. The transfer decisions were made improperly and, therefore, they are null and void for want of jurisdiction. It follows that the appellants were unlawfully deprived of their liberty.

V. Conclusion

121 For the foregoing reasons, the appeal should be allowed. The applications for *habeas corpus* and the motion to adduce new evidence are granted. The transfer decisions are declared null and void for want of jurisdiction. The appellant still incarcerated in a medium-security institution pursuant to the impugned decision is thus to be returned to minimum-security institutions.

The reasons of Major, Bastarache and Charron JJ. were delivered by

CHARRON J. (dissenting) —

I. Introduction

122 I have considered the reasons of LeBel and Fish JJ. and agree that the Supreme Court of British

de preuve fondant les résultats et la cote de sécurité établie au moyen de l'ÉRCS. Ces renseignements peuvent être critiques lorsque la cote de sécurité dépend de l'importance attribuée à un facteur en particulier.

Par conséquent, étant donné l'importance des renseignements contenus dans la matrice de notation, la présomption de validité du résultat de son application et ses effets potentiels sur l'établissement de la cote de sécurité, l'information aurait dû être communiquée. Le paragraphe 27(1) de la *LSCMLC* imposait aux intimés l'obligation de le faire.

En conclusion, les intimés n'ont pas communiqué tous les renseignements utilisés pour prendre les décisions de transfèrement ou un résumé de ceux-ci, malgré les demandes répétées des appelants. Ils ont dissimulé des renseignements cruciaux. Ils ont ainsi contrevenu à leur obligation légale. Les décisions de transfèrement ont été prises irrégulièrement et, par conséquent, elles sont invalides pour défaut de compétence. Il s'ensuit que les appelants ont été illégalement privés de leur liberté.

V. Conclusion

Pour ces motifs, il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi. Les demandes d'*habeas corpus* et la requête pour permission de produire de nouveaux éléments de preuve sont accordées. Les décisions relatives aux transfèrements sont déclarées invalides pour défaut de compétence. L'appelant qui est encore incarcéré dans un établissement à sécurité moyenne conformément à la décision attaquée doit donc être renvoyé dans un établissement à sécurité minimale.

Version française des motifs des juges Major, Bastarache et Charron rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente) —

I. Introduction

J'ai pris connaissance des motifs des juges LeBel et Fish et je suis d'avis, comme eux, que la

Columbia has properly exercised its *habeas corpus* jurisdiction in this matter. I also agree with their analysis on the limited circumstances in which a superior court should decline to exercise its jurisdiction in *habeas corpus* matters. However, I do not agree with their conclusion that the appellants have been unlawfully deprived of their liberty and therefore I would not interfere with the chambers judge's dismissal of their applications for *habeas corpus*.

Cour suprême de la Colombie-Britannique a correctement exercé sa compétence en matière d'*habeas corpus* en l'espèce. Je souscris également à leur analyse relative aux circonstances restreintes dans lesquelles il y a lieu qu'une cour supérieure décline compétence en matière d'*habeas corpus*. Toutefois, je ne puis faire mienne leur conclusion que les appelants ont été illégalement privés de leur liberté et en conséquence, je n'interviendrais pas dans le rejet, par le juge en chambre, des demandes d'*habeas corpus* des appelants.

The appellants raise two grounds in support of their contention that the deprivation of their residual liberty was unlawful. First, they argue that the transfer decisions were arbitrary. Second, they contend that the respondents breached their duty of procedural fairness by failing to disclose the "scoring matrix" that explained how the Security Reclassification Scale ("SRS") score used in each of their cases was computed.

123 Les appelants soulèvent deux moyens à l'appui de leur prétention selon laquelle ils ont été illégalement privés de leur liberté résiduelle. Premièrement, ils soutiennent que les décisions de les transférer étaient arbitraires. Deuxièmement, ils affirment que les intimés ont manqué à leur obligation d'équité procédurale en ne leur communiquant pas la « matrice de notation » expliquant la façon de calculer le résultat obtenu au moyen de l'échelle de réévaluation de la cote de sécurité (« ÉRCS ») utilisée dans chacun des cas.

For the reasons of LeBel and Fish JJ., I agree that the first ground fails. It is clear on the evidence that the transfer decisions were not the result of an arbitrary "blanket" application of a change in policy. Rather, each decision was based on an individualized assessment of the merits of each case.

124 Pour les raisons exposées par les juges LeBel et Fish, j'estime comme eux que le premier moyen d'appel doit être rejeté. Il ressort clairement de la preuve que les décisions de les transférer ne résultaient pas d'une application arbitraire et « sans nuance » d'un changement de politique. Chaque décision reposait plutôt sur une évaluation individuelle du dossier de chaque détenu.

On the procedural fairness issue, my colleagues aptly reject the appellants' contention that *Stinchcombe* disclosure requirements apply (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326). They describe the applicable statutory duty of disclosure in this administrative context. I agree with this analysis. I also agree in the circumstances of these cases that the "scoring matrix", utilized to compute the SRS score, should have been disclosed to the appellants. However, I respectfully disagree with my colleagues' conclusion that the failure to provide this information constituted a breach of statutory duty rendering the transfer decisions null and void for want of jurisdiction. It is not every instance of non-disclosure that deprives the decision-maker of its

125 Relativement à la question de l'équité procédurale, c'est avec raison que mes collègues rejettent la prétention des appelants que les exigences de communication énoncées à l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquent (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326). Je souscris à leur analyse de l'obligation légale de communication applicable dans ce contexte administratif. Je partage aussi leur avis, dans les circonstances en cause, selon lequel la « matrice de notation » utilisée dans le calcul du résultat de l'ÉRCS aurait dû être communiquée aux appelants. Toutefois, je ne puis accepter leur conclusion selon laquelle le défaut de fournir ce renseignement constituait un manquement à une obligation légale entraînant la nullité des décisions de transfèrement pour absence de compétence. Tous

jurisdiction. As I will explain, in these cases, each appellant was provided with sufficient information to know the case he had to meet. Hence, procedural fairness was achieved. On the motion to introduce the scoring matrix as fresh evidence, I conclude that the evidence would have had no impact on the dismissal of the *habeas corpus* applications. Hence, I would dismiss the motion and the appeal.

II. Disclosure Requirements

126 As described by LeBel and Fish JJ., the applicable duty of disclosure is that set out in the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 ("*CCRA*"), the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620 ("*Regulations*"), and the Standard Operating Practices directives ("SOPs"). Pursuant to s. 27(1) of the *CCRA*, Correctional Service of Canada has the duty to provide the prisoner with "all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information". My colleagues describe the relevant regulations and SOPs in detail and there is no need to repeat their review here. None of the provisions deals specifically with the scoring matrix in issue and the adequacy of disclosure falls to be determined according to general principles of procedural fairness. The decision-maker is required to disclose the information he or she relied upon so as to enable the inmate to know the case he or she has to meet. The failure to provide sufficient information to meet that purpose will result in a breach of the rules of procedural fairness. As I will explain, it is my view that the appellants were provided with sufficient information to know the case they each had to meet.

III. The Contents of the Disclosure

127 Each appellant received a Notice of Involuntary Transfer Recommendation advising him that his case was going to be studied for involuntary transfer to a medium-security institution and informing him of the basis for the recommendation.

les cas de non-communication ne dépouillent pas le décideur de sa compétence. Comme je l'expliquerai, en l'espèce, chacun des appelants avait reçu l'information suffisante pour savoir ce qu'il devait réfuter. En conséquence, l'équité procédurale a été respectée. Relativement à la requête pour permission de produire la matrice de notation comme nouvel élément de preuve, je conclus que cet élément de preuve n'aurait eu aucune incidence sur la décision de rejeter les demandes d'*habeas corpus*. Je rejetterais donc cette requête de même que le pourvoi.

II. Exigences de communication

Comme l'indiquent les juges LeBel et Fish, la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20 (« *LSCMLC* »), le *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620 (« *Règlement* »), et les Instructions permanentes (« IP ») énoncent l'obligation de communication applicable. Aux termes du par. 27(1) de la *LSCMLC*, le Service correctionnel du Canada doit fournir au prisonnier « tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci [la décision], ou un sommaire de ceux-ci ». Mes collègues examinent en détail les dispositions réglementaires et les IP pertinentes et il n'est pas nécessaire de reprendre ici cet examen. Aucune de ces dispositions ne traite directement de la matrice de notation en cause, et il faut évaluer la suffisance de la communication en fonction des principes généraux de l'équité procédurale. Le décideur est tenu de communiquer les renseignements sur lesquels il s'est appuyé afin que le détenu soit au courant de ce qu'on lui reproche. S'il ne fournit pas l'information suffisante à cette fin, le décideur enfreint les règles de l'équité procédurale. Comme on le verra, je suis d'avis que chacun des appelants a obtenu des renseignements suffisants pour savoir ce qu'on lui reprochait.

III. Contenu de la communication

Chaque appelant a reçu un Avis de recommandation de transfèrement non sollicité l'informant qu'il y aurait examen de son cas en vue d'un transfèrement non sollicité dans un établissement à sécurité moyenne et faisant état du fondement

In Mr. May's case, the notice identified the need for completion of a particular treatment program. In the case of each other appellant, the notice stated that the recommendation was based on the results of two classification tools:

(1) the Security Reclassification Scale, which yielded a medium-security rating; and

(2) the Offender Security Classification, which was also consistent with a medium-security offender.

Each appellant also received an Assessment for Decision which described in considerable detail the basis for the recommendation. In respect of the SRS, the Assessment for Decision in each case (including Mr. May's) disclosed the information particular to the inmate relied upon to evaluate each of the factors set out on the SRS (the factors are mandated by s. 17 of the *Regulations*) and gave the total score and resulting classification. The Assessment for Decision next provided detailed information, specific to each individual, identifying the particular areas of concern — such as Institutional Adjustment, Escape Risk and Public Safety — that led to the medium Offender Security Classification. There is no suggestion that any of the latter category of information was insufficient. The appellants' complaints relate solely to the disclosure provided in respect of the SRS score.

As the disclosure in respect of the SRS lies at the heart of this appeal, I reproduce here, by way of example, the information provided to Mr. Roy with respect to the computation of the SRS score:

FPS Number: 572727A
Name: ROY, MAURICE YVON
Date of SR calculation: 2000-11-15
Completed By: FORTIER, DANIELLE
Completing Office: FERNDALE INSTITUTION
OMS Decision Number: 22

de la recommandation. Dans le cas de M. May, l'avis indiquait la nécessité de terminer un programme de traitement déterminé. Dans le cas de chacun des autres appelants, l'avis indiquait que la recommandation reposait sur les résultats donnés par deux instruments d'évaluation de la cote de sécurité :

(1) l'échelle de réévaluation de la cote de sécurité, qui avait donné la cote de sécurité moyenne,

(2) l'instrument d'établissement de la cote de sécurité du délinquant, qui donnait lui aussi une cote de sécurité moyenne.

128 Chaque appelant a aussi reçu un document intitulé Évaluation en vue d'une décision décrivant de façon bien détaillée le fondement de la recommandation. Dans chaque cas (y compris celui de M. May), ce document indiquait notamment, relativement à l'ÉRCS, les renseignements au sujet du détenu ayant servi à l'évaluation de chacun des facteurs de l'échelle (facteurs dont l'art. 17 du *Règlement* exige la prise en considération) et donnait le résultat total ainsi que la cote qui en découlait. L'Évaluation en vue d'une décision fournissait ensuite des renseignements détaillés, propres à chacun, indiquant les sujets de préoccupation particuliers — comme l'adaptation à l'établissement, le risque d'évasion et la sécurité du public — ayant servi pour lui assigner la cote de sécurité moyenne. Personne n'a laissé entendre que les renseignements de cette dernière catégorie étaient insuffisants. Les appelants s'en prennent uniquement à la communication relative au résultat donné par l'ÉRCS.

129 Comme la communication relative à l'ÉRCS est au cœur du présent pourvoi, je reproduis ici, à titre d'exemple, l'information fournie à M. Roy au sujet du calcul du résultat donné par l'application de cet outil :

[TRADUCTION]

Numéro SED : 572727A
Nom : ROY, MAURICE YVON
Date du calcul de l'ÉR : 2000-11-15
Rempli par : FORTIER, DANIELLE
Bureau concerné : ÉTABLISSEMENT FERNDALE
Numéro de décision au SGD : 22

Question # 1 Serious Disciplinary Offences
Answer: None

Question # 2 Minor Disciplinary Offences
Answer: None

Question # 3 Recorded Incidents
Answer: No Record

Question # 4 Pay Grade
Answer: Level A

Question # 5 Segregation Period
Answer: None

Question # 6 Detention Referral
Answer: Life or Indeterminate Sentence

Question # 7 Correctional Plan Progress
Answer: Has partially addressed factors

Question # 8 Correctional Plan Motivation
Answer: Partially motivated, active in programs to address contributing & other factors in the C.P.

Question # 9 Drug and Alcohol Rating
Answer: Identified as a contributing factor, but has no evidence of substance abuse during the review period.

Question # 10 Successful ETA Releases
Answer: Three or more ETAs

Question # 11 Successful UTA/Work Releases
Answer: None

Question # 12 Age at Review
Answer: 36 or Older

Question # 13 Psychological Concerns
Answer: Psychological Concerns Noted

Question # 14 CRS Escape History
Answer: Score of 0

Question # 15 CRS Incident History
Answer: Score of 0

Computed SR Score: 17.5
Computed Security Classification: MEDIUM

Question nº 1 Infractions disciplinaires graves
Réponse : Aucune

Question nº 2 Infractions disciplinaires mineures
Réponse : Aucune

Question nº 3 Incidents notés au dossier
Réponse : Aucun

Question nº 4 Niveau de rémunération
Réponse : Niveau A

Question nº 5 Périodes d'isolement
Réponse : Aucune

Question nº 6 Renvoi pour maintien en incarcération
Réponse : Emprisonnement à perpétuité ou pour une durée indéterminée

Question nº 7 Progrès en rapport au plan correctionnel
Réponse : Facteurs partiellement abordés

Question nº 8 Motivation face au plan correctionnel
Réponse : Motivation partielle, participe aux programmes concernant des facteurs contributifs et autres facteurs du P.C.

Question nº 9 Drogue et alcool
Réponse : Inscrit comme facteur contributif, mais aucune preuve de consommation durant la période d'évaluation

Question nº 10 Permissions de sortir avec surveillance réussies
Réponse : Trois PSA ou plus

Question nº 11 Permissions de sortir et placements à l'extérieur réussis
Réponse : Aucune

Question nº 12 Âge au moment de l'examen
Réponse : 36 ans et plus

Question nº 13 Problèmes psychologiques
Réponse : Préoccupations d'ordre psychologique inscrites

Question nº 14 Antécédents d'évasion - ECNS
Réponse : 0

Question nº 15 Antécédents d'incidents en établissement
Réponse : 0

Cote informatisée de l'ÉR : 17.5
Cote de sécurité informatisée : MOYENNE

130 Mr. Roy, as did each other appellant, took the position that this disclosure was insufficient. The

M. Roy a soutenu, comme chacun des autres appelants, que la communication de ces

appellants submit that, without additional information explaining the numerical rating system — what appears the appellants are referring to as the "scoring matrix" —, they were unable to challenge the case against them in two respects. First, they were not in a position to check the accuracy of the total score. Second, without knowing the distribution of points per factor, they were unable to evaluate the fairness or arbitrariness of the new classification process.

The appellants requested the scoring matrix from the prison authorities and were advised that it was "not available". Again by way of example, Diane Knopf, Deputy-Warden at Ferndale Institution, in a letter to Mr. May's counsel dated December 21, 2000, stated as follows:

> I have made inquiries at both CSC Regional Headquarters in Abbotsford, B.C. and through Ms. Anne Kelly at CSC National Headquarters in Ottawa. I have been advised that the CJIL is a computerized tool and that a scoring matrix is not available.

In a further letter dated February 9, 2001, she explained the respondents' position as follows:

> Your second questions (*sic*) in regards to how the SR scores are calculated. It should be noted that the Security Rating Scale is an evolving instrument and its application is only a tool. This tool was never intended to be a substitute for the professional judgement of staff who are involved with the offender's case and the decision making process. The tool is only meant to serve as a guideline using an offender's personal information as it relates to risk. A "score" is automatically computed by the program with an associated analysis of what that relates to with regards to a security classification. The decision on the actual security classification assigned to an offender is made by the institutional head or delegate.

The appellants contested their transfer to a medium-security institution without the scoring matrix and they were unsuccessful. They again raised the issue of non-disclosure before the chambers judge on their *habeas corpus* applications.

renseignements était insuffisante. Les appelants affirment que sans renseignements supplémentaires expliquant le système d'évaluation numérique — ce que les appelants appellent la « matrice de notation » semble-t-il — il leur était impossible de réfuter la preuve contre eux pour deux raisons. Premièrement, ils n'étaient pas en mesure de vérifier l'exactitude du résultat total. Deuxièmement, ils ne pouvaient juger de l'équité ou du caractère arbitraire du nouveau processus d'évaluation de la cote de sécurité sans connaître le nombre de points correspondant à chaque facteur.

131 Les appelants ont demandé la matrice de notation aux autorités carcérales et se sont fait répondre qu'elle n'était [TRADUCTION] « pas disponible ». Encore à titre d'exemple, voici ce que Diane Knopf, directrice adjointe de l'Établissement Ferndale, a indiqué dans une lettre en date du 21 décembre 2000 adressée à l'avocat de M. May :

> [TRADUCTION] Je me suis renseignée auprès du bureau régional du SCC à Abbotsford (C.-B.) et, par l'intermédiaire de M^me^ Anne Kelly, auprès de l'administration centrale à Ottawa. On m'a dit que le CIJP est un outil informatique et qu'une matrice de notation n'est pas disponible.

Dans une autre lettre datée du 9 février 2001, elle a exposé ainsi la position des intimés :

> [TRADUCTION] Votre deuxième question concerne la façon de calculer les résultats de la RCS. Il importe de signaler que l'échelle de classement par niveau de sécurité est un instrument évolutif utilisé uniquement comme outil. Il n'a jamais été question qu'elle remplace le jugement professionnel du personnel chargé du dossier du délinquant et du processus décisionnel. Cet outil ne vise qu'à fournir des balises à partir des renseignements personnels du délinquant ayant un rapport avec le risque. Le programme calcule automatiquement le « résultat » auquel se rattache une analyse de ce qu'il signifie en termes de cote de sécurité. La décision relative à la cote de sécurité elle-même attribuée à un délinquant est prise par le directeur de l'établissement ou la personne qu'il désigne.

132 Les appelants ont contesté leur transfèrement dans un établissement à sécurité moyenne sans disposer de la matrice de notation, et ils n'ont pas obtenu gain de cause. Ils ont de nouveau soulevé la question de la non-communication devant le juge

Counsel for the respondents advised the judge that the scoring matrix was "not available". The chambers judge accepted this representation and held that "there has not been a non-disclosure of available information which might assist the applicants in their submissions": [2001] B.C.J. No. 1939 (QL), 2001 BCSC 1335, at para. 17 (emphasis added). As I will explain, I see no reason to interfere with this conclusion.

IV. The Motion to Introduce Fresh Evidence

133 The appellants bring a motion to introduce fresh evidence before this Court and invite the Court to infer on the basis of that evidence that the scoring matrix did exist and that the respondents simply refused to produce it. The appellants argue further that this non-disclosure resulted in a breach of procedural fairness. LeBel and Fish JJ. are of the view that the fresh evidence satisfies all the requirements of the *Palmer* test (*Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759) and, on the basis of its admission, they accept the appellants' argument and conclude that there has been a breach of procedural fairness. I respectfully disagree.

134 As indicated earlier, it remains unclear what the appellants call the "scoring matrix". In their motion material they refer to two computer printouts as the scoring matrices. However, these documents are not explained, they do not in any way refer to the SRS, and do not appear to contain any information of value. Although not identified as such, as my colleagues conclude at para. 106, it would appear rather that the "scoring matrix" in question is a second document called the *Security Reclassification Scale: Functional Specification* which explains the grading of each factor and how the factors should be applied in computing the SRS score. I will therefore refer to the set of instructions on how to compute the SRS score as the "scoring matrix".

en chambre dans le cadre de leurs demandes d'*habeas corpus*. Les avocats des intimés ont informé le juge que la matrice de notation n'était « pas disponible ». Le juge a accepté cette affirmation et statué comme suit : [TRADUCTION] « il n'y a pas eu non-communication de renseignements existants susceptibles d'étayer les arguments des demandeurs » : [2001] B.C.J. nº 1939 (QL), 2001 BCSC 1335, par. 17 (je souligne). Comme je vais l'expliquer, je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

IV. La requête pour permission de produire de nouveaux éléments de preuve

Les appelants ont présenté une requête pour permission de produire de nouveaux éléments de preuve devant notre Cour et nous invitent à conclure, sur le fondement de ces nouveaux éléments, qu'il existait bien une matrice de notation et que les intimés ont tout simplement refusé de la produire. Les appelants ajoutent que cette non-communication a entraîné un manquement à l'équité procédurale. Les juges LeBel et Fish estiment que les nouveaux éléments de preuve satisfont à toutes les exigences du critère de l'arrêt *Palmer* (*Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759) et, se fondant sur ces éléments de preuve, ils acceptent l'argument des appelants et concluent qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale. Je ne suis pas de cet avis.

Comme je l'ai indiqué, ce que les appelants appellent la « matrice de notation » demeure vague. Dans les pièces déposées à l'appui de leur requête, ils font mention de deux imprimés d'ordinateur qui seraient la matrice de notation. Toutefois, ces documents ne sont pas expliqués, ils ne font aucunement mention de l'ÉRCS et ils ne paraissent renfermer aucun renseignement utile. Même si elle n'est pas identifiée comme telle, comme le concluent mes collègues au par. 106 de leurs motifs, il semble plutôt que la « matrice de notation » en question soit un deuxième document, intitulé *Échelle de réévaluation de la cote de sécurité : Spécifications fonctionnelles*, qui explique la notation de chaque facteur et la façon d'appliquer les facteurs dans le calcul du résultat donné par l'ÉRCS. C'est donc cet ensemble d'instructions sur la façon de calculer le résultat de l'ÉRCS que j'appellerai la « matrice de notation ».

I have no difficulty drawing the inference that a scoring matrix, in one form or another, did exist at the time of the reclassification. In my view, regardless of the fresh evidence, this inference can be drawn from the disclosure material itself. It is plain to see on the basis of the summary provided in the Assessment for Decision that the SRS numerical score was based on an assessment of the listed factors. As the appellants insisted all along, I come to the inescapable conclusion that the classification officer had to have some set of instructions to know how to compute the score. Whatever label was used to describe this material, I understand that it was this set of instructions that the appellants were asking for in their request for further disclosure. I am also prepared to draw the inference that the scoring matrix used for the appellants' reclassification was an earlier version of the *Security Reclassification Scale* presented on the fresh evidence motion. It lists the same factors set out in the Assessment for Decision, identifies the numerical score attached to each possible value attributed to each factor, and gives some guidance on how to choose the appropriate value. To illustrate, I reproduce here the instructions for the first two factors:

Je conclus sans aucune difficulté qu'il existait une matrice de notation, sous une forme ou une autre, au moment de la réévaluation. À mon avis, il est possible de tirer cette conclusion à partir des documents communiqués eux-mêmes et sans égard aux nouveaux éléments de preuve. Il ressort clairement du résumé figurant dans l'Évaluation en vue d'une décision que le résultat numérique produit par l'application de l'ÉRCS reposait sur une évaluation des facteurs énumérés. Comme les appelants l'ont toujours soutenu, je dois inéluctablement conclure que l'agent chargé d'évaluer la cote de sécurité devait disposer d'un ensemble d'instructions sur la façon de calculer le résultat. Quelle que soit la façon de désigner les instructions, je comprends que c'est cet ensemble d'instructions que les appelants cherchaient à obtenir par leur demande de communication de documents additionnels. Je suis également disposée à conclure que la matrice de notation employée dans la réévaluation de la cote de sécurité des appelants était une version antérieure de l'*Échelle de réévaluation de la cote de sécurité* présentée avec la requête pour permission de produire de nouveaux éléments de preuve. Elle énumère les mêmes facteurs que le document Évaluation en vue d'une décision, elle indique le résultat numérique de chaque valeur attribuée à chaque facteur et donne certaines indications quant à la sélection de la valeur appropriée. À titre d'exemple, je reproduis les instructions se rapportant aux deux premiers facteurs : 135

SERIOUS DISCIPLINARY OFFENCES

Possible Value	Score
None	0.5
One	1.0
Two	1.5
Three or more	2.0

- During the review period only count the institutional disciplinary offences that resulted in a conviction for a serious offence as defined by the court.
- Count all the "Institutional charges" (Institutional_Charges) where the "offence date" (inst_charge_

INFRACTIONS DISCIPLINAIRES GRAVES

Valeur	Résultat
Aucune	0,5
Une	1,0
Deux	1,5
Trois ou plus	2,0

- Compter seulement les infractions disciplinaires survenues en établissement pendant la période d'examen et ayant entraîné une condamnation pour une infraction grave au sens du tribunal disciplinaire.
- Compter toutes les « accusations portées en établissement » (Accusations_Établissement) pour

offence_date) is within the review period and the "court finding" (court_finding_code) is convicted (i.e. 0001) and the "offence category" (charge_category_code) is serious (i.e. 0001).

- This field is automatically calculated by the application and cannot be modified by the user.

MINOR DISCIPLINARY OFFENCES

Possible Value	Score
None	0.5
One	0.5
Two	0.5
Three or more	1.0

- During the review period only count the institutional disciplinary offences that resulted in a conviction for a minor offence as defined by the court.
- Count all the "Institutional charges" (Institutional_Charges) where the "offence date" (inst_charge_offence_date) is within the review period and the "court finding" (court_finding_code) is convicted (i.e. 0001) and the "offence category" (charge_category_code) is minor (i.e. 0002).
- This field is automatically calculated by the application and cannot be modified by the user.

136 As it turns out, the numerical values shown on the *Security Reclassification Scale* add up to the total scores indicated on each appellant's Assessment for Decision. Hence, the inference that this document, albeit perhaps in an earlier form, was the scoring matrix used in computing their SRS score can readily be made. I therefore join LeBel and Fish JJ. in drawing the inference that a scoring matrix was available. It is on that basis that my colleagues conclude that the fresh evidence is decisive. They state: "Finally, the information would likely have affected the result of the chambers judge's decision because it clearly demonstrates that the scoring matrix was available" (para. 108). With respect,

lesquelles la « date de l'infraction » (date_infraction_accusation_établ.) se trouve dans la période d'examen, la « décision du tribunal » (code_décision_tribunal) est condamné (code 0001) et la « catégorie de l'infraction » (code_catégorie_accusation) est grave (code 0001).

- Le résultat de ce champ est calculé automatiquement par l'application et ne peut pas être modifié par l'utilisateur.

INFRACTIONS DISCIPLINAIRES MINEURES

Valeur	Résultat
Aucune	0,5
Une	0,5
Deux	0,5
Trois ou plus	1,0

- Compter seulement les infractions disciplinaires survenues en établissement pendant la période d'examen et ayant entraîné une condamnation pour une infraction mineure au sens du tribunal disciplinaire.
- Compter toutes les « accusations portées en établissement » (Accusations_Établissement) pour lesquelles la « date de l'infraction » (date_infraction_accusation_établ.) se trouve dans la période d'examen, la « décision du tribunal » (code_décision_tribunal) est condamné (code 0001) et la « catégorie de l'infraction » (code_catégorie_accusation) est mineure (code 0002).
- Le résultat de ce champ est calculé automatiquement par l'application et ne peut pas être modifié par l'utilisateur.

Comme on peut le constater, les valeurs numériques indiquées dans l'*Échelle de réévaluation de la cote de sécurité* correspondent aux résultats totaux indiqués sur l'Évaluation en vue d'une décision de chaque appelant. C'est pourquoi il n'est pas difficile de conclure que ce document, quoique peut-être dans une version antérieure, était la matrice de notation employée pour calculer le résultat donné par l'ÉRCS. J'en déduis donc, comme les juges LeBel et Fish, que la matrice de notation était disponible. C'est sur ce fondement que mes collègues ont jugé déterminants les nouveaux éléments de preuve et ont déclaré : « [e]nfin, l'information aurait probablement influé sur la décision du juge

the inquiry cannot end there. The relevant question is whether the chambers judge, knowing that the scoring matrix was available, would have come to a different conclusion on the *habeas corpus* applications. In my view, he would not.

en chambre parce qu'elle démontre clairement la disponibilité de la matrice de notation » (par. 108). En toute déférence, l'examen ne doit pas s'arrêter là. Il faut se demander en fait si le juge en chambre, sachant que la matrice de notation était disponible, aurait statué différemment sur les demandes d'*habeas corpus*. À mon avis, sa décision aurait été la même.

As noted earlier, the appellants raised two grounds in support of their *habeas corpus* applications, arbitrariness and breach of procedural fairness. On the first ground, the appellants wanted the scoring matrix so they could use the distribution of points per factor to support their argument that the new classification process was arbitrary. In my view, the scoring matrix was of no consequence on the issue of arbitrariness. Regardless of the distribution of points per factor, as my colleagues correctly note: "[The Correctional Service of Canada] had the authority to transfer the appellants because of a change in policy as long as the transfer decisions were not arbitrary" (para. 83). And, as every court below has held, my colleagues conclude that "[t]here is no evidence of any blanket application of the policy that would render the process arbitrary" (para. 86). I agree with this conclusion. In each case, it is clear that the transfers were effected in consideration of each appellants' personal circumstances and characteristics, not on the basis of any particular distribution of points on the SRS score.

137 Comme je l'ai signalé précédemment, les demandes d'*habeas corpus* des appelants reposaient sur deux moyens : le caractère arbitraire et le manquement à l'équité procédurale. En ce qui concerne le premier moyen, les appelants voulaient obtenir la matrice de notation pour étayer, à l'aide du nombre de points correspondant à chaque facteur, leur argument que le nouveau processus d'évaluation de la cote de sécurité était arbitraire. Selon moi, la matrice de notation n'influe aucunement sur la question du caractère arbitraire. Indépendamment du nombre de points correspondant à chaque facteur, comme mes collègues le font judicieusement remarquer : « [le Service correctionnel du Canada] conservait le pouvoir de transférer les appelants en raison d'une modification de politique dès lors que les décisions de transfèrement ne sont pas arbitraires » (par. 83). Mes collègues concluent, comme toutes les juridictions inférieures, que « [l]es appelants n'ont pas démontré qu'une application sans nuance de la politique conférait un caractère arbitraire au processus » (par. 86). Je souscris à cette conclusion. Dans chaque cas, il est clair que la décision de transférer a été prise en tenant compte de la situation personnelle et des caractéristiques de chaque appelant, non en fonction d'une attribution quelconque des points aux facteurs de l'ÉRCS.

On the second ground, the relevant question is whether the non-disclosure of the scoring matrix deprived the appellants of their right to know the case they had to meet. Only if it did can we conclude that there has been a breach of the rules of procedural fairness. In my view, it did not. The appellants were advised that the SRS score formed part of the basis for the transfer recommendation. In the Assessment for Decision, they were provided with the list of relevant factors considered in computing the score. They were provided with the

138 Relativement au deuxième moyen, il faut déterminer si l'omission de communiquer la matrice de notation a privé les appelants de leur droit de savoir ce qu'on leur reprochait. Il n'y aura manquement à l'équité procédurale que si les appelants ont effectivement été privés de ce droit. À mon avis, ils ne l'ont pas été. Ils ont été informés que le résultat donné par l'ÉRCS entrait en ligne de compte dans la recommandation de transfèrement. L'Évaluation en vue d'une décision leur fournissait la liste des facteurs pris en considération pour parvenir au

personal information that was relied upon in assessing each factor and it was open to them to dispute the accuracy of that information. They were provided with the reclassification score assigned to them. It is true, as contended, that without the scoring matrix, they could not check the accuracy of the total score. It is on that basis that I conclude that the scoring matrix should have been provided. Although the disclosure met the requirement under s. 27(1) of the *CCRA* that the prisoner be provided with "all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information", detailed information beyond the summary was specifically requested in these cases and the respondents have not advanced any reason why it should not have been disclosed. However, I would not conclude that its non-disclosure resulted in a breach of procedural fairness in the context of these cases. The appellants had sufficient information to know the case they had to meet.

V. Conclusion

139 Hence, I conclude that the fresh evidence would not have affected the result on the *habeas corpus* applications and should not be admitted. As stated earlier, this additional information would not have assisted the appellants on the main issue in respect of which they wanted it, to show arbitrariness. Further, it is readily apparent from the proposed fresh evidence that the scoring matrix would not have assisted the appellants in challenging the accuracy of the total score, which was the other reason why they wanted the information. In any event, even if there had been some error in calculation, the SRS score was only part of the basis for prompting the review of the appellants' classification. The actual transfer decisions were based on the individual assessments of their respective situations.

140 For these reasons, I would dismiss the motion to introduce fresh evidence and the appeal.

résultat. Ils ont également obtenu les renseignements personnels qui avaient servi à l'évaluation de chaque facteur, et il leur était loisible de contester l'exactitude de ces renseignements. On leur a fourni le résultat qu'ils avaient obtenu à l'issue de la réévaluation de la cote de sécurité. Il est vrai, comme ils le font valoir, que sans la matrice de notation, ils ne pouvaient vérifier l'exactitude du résultat total. C'est pour cela que je conclus qu'il aurait fallu leur remettre cette matrice. Même si la communication répondait aux exigences du par. 27(1) de la *LSCMLC*, soit que le prisonnier doit recevoir « tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci [la décision], ou un sommaire de ceux-ci », une demande de renseignements plus précis qu'un sommaire avait été expressément formulée, et les intimés n'ont soumis aucune raison justifiant la non-communication. Toutefois, je ne conclurais pas que l'omission de communiquer a entraîné un manquement à l'équité procédurale dans le présent contexte. Les appelants avaient suffisamment de renseignements pour savoir ce qu'on leur reprochait.

V. Conclusion

Je conclus donc que les nouveaux éléments de preuve n'auraient eu aucune incidence sur l'issue des demandes d'*habeas corpus* et ne devraient pas être admis. Comme je l'ai déjà dit, ces renseignements supplémentaires n'auraient pas été utiles aux appelants relativement à la principale raison pour laquelle ils voulaient les obtenir, soit pour démontrer le caractère arbitraire de la décision. En outre, les nouveaux éléments de preuve établissent clairement que la matrice de notation n'aurait pas été utile aux appelants pour contester l'exactitude du résultat total, l'autre raison pour laquelle ils demandaient les renseignements. Quoi qu'il en soit, même s'il y avait eu une erreur de calcul, le résultat donné par l'ÉRCS n'était qu'un des éléments fondant la réévaluation de la cote de sécurité des appelants. Les décisions de transfèrement elles-mêmes reposaient sur l'évaluation individuelle de la situation de chacun.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter la requête pour permission de produire de nouveaux éléments de preuve de même que le pourvoi.

Appeal allowed, MAJOR, BASTARACHE *and* CHARRON JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellants Terry Lee May and David Edward Owen: Ann H. Pollak, Vancouver.

Solicitor for the appellants Maurice Yvon Roy, Gareth Wayne Robinson and Segen Uther Speer-Senner: Donna M. Turko, Vancouver.

Solicitor for the respondents: Justice Canada, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies and the John Howard Society of Canada: Elizabeth Thomas, Kingston.

Solicitor for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Michael Jackson, Vancouver.

Pourvoi accueilli, les juges MAJOR, BASTARACHE *et* CHARRON *sont dissidents.*

Procureur des appelants Terry Lee May et David Edward Owen : Ann H. Pollak, Vancouver.

Procureur des appelants Maurice Yvon Roy, Gareth Wayne Robinson et Segen Uther Speer-Senner : Donna M. Turko, Vancouver.

Procureur des intimés : Justice Canada, Toronto.

Procureur des intervenantes l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry et la Société John Howard du Canada : Elizabeth Thomas, Kingston.

Procureur de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Michael Jackson, Vancouver.

Maribel Anaya Castillo *Appellant*

v.

Antonio Munoz Castillo *Respondent*

and

Attorney General of Alberta *Intervener*

INDEXED AS: CASTILLO *v.* CASTILLO

Neutral citation: 2005 SCC 83.

File No.: 30534.

Hearing and judgment: November 16, 2005.

Reasons delivered: December 22, 2005.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Limitation of actions — Conflict of laws — Car accident in California — Action brought in Alberta court — Action statute-barred under California limitations law but within limitations period in Alberta — Whether s. 12 of Alberta Limitations Act can revive an action time-barred by substantive law of place where accident occurred — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 12.

Constitutional law — Division of powers — Administration of justice — Time limits to entertain actions — Whether s. 12 of Alberta Limitations Act valid provincial legislation — Constitution Act, 1867, s. 92(14) — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 12.

The parties, husband and wife, were involved in a single vehicle car accident in California. The wife brought an action against her husband in Alberta where the parties were resident within the province's two-year limitations period but after the California one-year limitations period had expired. The husband sought to have the action dismissed as statute-barred, but the wife argued that, under s. 12 of the Alberta *Limitations Act*, the two-year limitations period applied notwithstanding the expiry of California's one-year limitations

Maribel Anaya Castillo *Appelante*

c.

Antonio Munoz Castillo *Intimé*

et

Procureur général de l'Alberta *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: CASTILLO *c.* CASTILLO

Référence neutre : 2005 CSC 83.

N° du greffe : 30534.

Audition et jugement : 16 novembre 2005.

Motifs déposés : 22 décembre 2005.

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

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

Prescription — Conflit de lois — Accident d'automobile en Californie — Action intentée devant un tribunal albertain — Action irrecevable en vertu des règles de prescription de la Californie, mais recevable en vertu de celles de l'Alberta — L'article 12 de la Limitations Act de l'Alberta peut-il faire renaître une action prescrite en vertu du droit substantiel du lieu où l'accident est survenu? — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 12.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Administration de la justice — Délais impartis pour connaître d'une affaire — L'article 12 de la Limitations Act de l'Alberta est-il une mesure législative provinciale valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14) — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 12.

L'appelante et l'intimé, qui sont mariés ensemble, ont eu un accident impliquant un seul véhicule en Californie. L'épouse a intenté une action contre son époux en Alberta, où ils résidaient, à l'intérieur du délai de prescription de deux ans applicable dans cette province, mais après l'expiration du délai de prescription d'un an en vigueur en Californie. L'époux a demandé le rejet de l'action en invoquant le délai de prescription d'un an prévu par le droit californien, mais l'épouse a soutenu que, en vertu de l'art. 12 de la *Limitations Act*

period. Section 12 provides that "[t]he limitations law of the Province shall be applied whenever a remedial order is sought in this Province, notwithstanding that, in accordance with conflict of law rules, the claim will be adjudicated under the substantive law of another jurisdiction." The Court of Queen's Bench dismissed the wife's action as statute-barred under California law, holding that in order to maintain the action in Alberta under s. 12, neither limitation period could have expired prior to the commencement of the action. The Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.: The applicable substantive law governing the accident was the law of California, including its limitations law. Since the California limitations period applied and had expired prior to the commencement of the action, no right of action existed when the wife initiated her claim in the Alberta court. Section 12 of the *Limitations Act* does not purport to revive an action time-barred by the substantive law of the place where the accident occurred. [3-4] [8]

In view of this interpretation of s. 12, it is unnecessary to determine whether the impugned provision exceeds the territorial limits on provincial legislative jurisdiction. Section 12 is perfectly valid provincial legislation under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. The Alberta legislature can, in relation to the administration of justice in the province, determine the time limits within which the Alberta courts can entertain actions, including live actions arising in a foreign jurisdiction and governed by the substantive law of that foreign jurisdiction. [5-6] [10]

Per Bastarache J.: The legislative jurisdiction of the provinces is limited to matters "[i]n each Province" by the wording of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Here, s. 12 of the *Limitations Act* is an unconstitutional attempt by Alberta to legislate extra-territorially. This is true for both interpretations of s. 12 proposed by the parties. The California one-year limitation period therefore applies to bar the wife's action. [18] [30] [47] [52]

de l'Alberta, le délai de prescription de deux ans en vigueur en Alberta s'appliquait malgré l'expiration du délai de prescription d'un an en vigueur en Californie. L'article 12 prévoit que « [l]es règles de prescription de la Province s'appliquent dans tous les cas où une demande de réparation est présentée dans la Province, malgré le fait que, conformément aux règles de conflit de lois, l'affaire sera jugée selon le droit substantiel d'un autre ressort. » La Cour du Banc de la Reine a rejeté l'action de l'épouse pour le motif qu'elle était prescrite en vertu du droit californien, concluant que, pour que l'action suive son cours en Alberta en vertu de l'art. 12, ni l'un ni l'autre délai de prescription ne devait avoir expiré avant l'introduction de l'action. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Charron : Le droit substantiel applicable à l'accident était le droit de la Californie, y compris les règles de prescription de cet État. Comme le délai de prescription de la Californie s'appliquait et avait expiré avant l'introduction de l'action, il n'existait aucun droit d'action à l'époque où l'épouse a intenté son recours devant le tribunal albertain. L'article 12 de la *Limitations Act* n'est pas censé faire renaître une action prescrite en vertu du droit substantiel du lieu où l'accident est survenu. [3-4] [8]

Compte tenu de cette interprétation de l'art. 12, il n'est pas nécessaire de décider si la disposition contestée excède les limites territoriales de la compétence législative de la province. L'article 12 est une disposition législative provinciale parfaitement valide au regard du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour ce qui est de l'administration de la justice dans la province, il est loisible au législateur de l'Alberta de fixer le délai à l'intérieur duquel les tribunaux albertains peuvent connaître d'une affaire, même dans le cas où l'affaire a pris naissance dans un ressort étranger et est régie par le droit substantiel de ce ressort. [5-6] [10]

Le juge Bastarache : Le texte de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* limite la compétence législative des provinces aux affaires « [d]ans chaque province ». En l'espèce, l'art. 12 de la *Limitations Act* représente une tentative inconstitutionnelle de l'Alberta d'édicter une mesure législative ayant une portée extra-territoriale. Cela est vrai pour les deux interprétations de l'art. 12 proposées par les parties. Le délai de prescription d'un an en vigueur en Californie s'applique de manière à rendre irrecevable l'action de l'épouse. [18] [30] [47] [52]

Limitation periods, like s. 12, are substantive in nature and have the effect of cancelling the substantive rights of plaintiffs and of vesting a right in defendants not to be sued. While the pith and substance of s. 12 is related to civil rights pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, s. 12 exceeds the territorial limits of legislative competence contained in s. 92. The impugned provision not only did not provide for a meaningful connection between Alberta, the civil rights affected by s. 12, and the plaintiffs and defendants made subject to it, but it also disregarded the legislative sovereignty of other jurisdictions within which the substantive rights at issue were situated. [34-35] [46] [50]

Section 12 is, in essence, a choice of law rule that is not premised on any connection, other than the real and substantial connection necessary for the Alberta courts to take adjudicative jurisdiction, but the real and substantial connection established is not sufficient to provide a meaningful connection between the province, the legislative subject matter and the individuals made subject to the law. The real and substantial connection necessary for the courts of a province to take jurisdiction over a claim constitutes a lower threshold than the meaningful connection required for a province to legislate with respect to the rights at issue. Both notions cannot be conflated. [41-45]

Cases Cited

By Major J.

Followed: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022.

By Bastarache J.

Followed: *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022; **applied:** *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; **referred to:** *Ryan v. Moore*, [2005] 2 S.C.R. 53, 2005 SCC 38; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard* (1981), 122 D.L.R. (3d) 323; *Clark v. Naqvi* (1989), 99 N.B.R. (2d) 271; *Unifund Assurance*

Les délais de prescription comme celui prévu à l'art. 12 sont de nature substantielle et ont pour effet d'éteindre les droits substantiels des demandeurs et d'investir les défendeurs du droit de ne pas être poursuivis. Bien que son caractère véritable se rapporte aux droits civils conformément au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'art. 12 excède les limites territoriales de la compétence législative établies à l'art. 92. Non seulement la disposition contestée ne prévoit pas qu'il doit exister un lien significatif entre l'Alberta, les droits civils touchés par cette disposition et les demandeurs et défendeurs qui y sont assujettis, mais encore elle ne tient simplement pas compte de la souveraineté législative des autres ressorts où sont situés les droits substantiels en cause. [34-35] [46] [50]

L'article 12 est essentiellement une règle du choix de la loi applicable qui n'est fondée sur aucun autre lien que le lien réel et substantiel nécessaire pour que les tribunaux albertains puissent se déclarer compétents à l'égard d'une affaire. Toutefois, le lien réel et substantiel dont l'existence a été établie n'est pas suffisant pour qu'il y ait un lien significatif entre la province, l'objet de la mesure législative et les personnes qui y sont assujetties. Le lien réel et substantiel nécessaire pour que les tribunaux d'une province se déclarent compétents à l'égard d'une affaire est un critère moins strict que le lien significatif requis pour qu'une province puisse légiférer à l'égard des droits en cause. Les deux notions ne sauraient être confondues. [41-45]

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêt suivi : *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022.

Citée par le juge Bastarache

Arrêt suivi : *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; **arrêt appliqué :** *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; **arrêts mentionnés :** *Ryan c. Moore*, [2005] 2 R.C.S. 53, 2005 CSC 38; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31; *Parry Sound (District) Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42; *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Block Bros. Realty Ltd. c. Mollard* (1981),

Co. v. Insurance Corp. of British Columbia, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40; *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 92, 92(13), (14).
Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 12.

Authors Cited

Alberta. *Alberta Hansard*, vol. I, 23rd Leg., 4th Sess., March 20, 1996, p. 707.
Alberta. Law Reform Institute. *Limitations*. Report No. 55. Edmonton: The Institute, 1989.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Russell, Berger and Wittmann JJ.A.) (2004), 244 D.L.R. (4th) 603, [2004] 9 W.W.R. 609, 30 Alta. L.R. (4th) 67, 357 A.R. 288, 334 W.A.C. 288, 1 C.P.C. (6th) 82, 6 M.V.R. (5th) 1, [2004] A.J. No. 802 (QL), 2004 ABCA 158, upholding a decision of Rawlins J. (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 84, 313 A.R. 189, 24 C.P.C. (5th) 310, [2002] A.J. No. 519 (QL), 2002 ABQB 379. Appeal dismissed.

Anne L. Kirker and *Catherine McAteer*, for the appellant.

Avon M. Mersey and *Michael Sobkin*, for the respondent.

Robert Normey, for the intervener.

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

MAJOR J. — The parties are husband and wife. While vacationing in California, they were involved in a single vehicle car accident on May 10, 1998. Both are residents of Alberta. The appellant wife sued the respondent husband in Calgary two years less a day after the date of the accident. The husband sought to have the action dismissed as statute-barred in accordance with the one-year limitation

122 D.L.R. (3d) 323; *Clark c. Naqvi* (1989), 99 R.N.-B. (2e) 271; *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40; *Muscutt c. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20.

Lois et règlements cités

Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 12.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92, 92(13), (14).

Doctrine citée

Alberta. *Alberta Hansard*, vol. I, 23e lég., 4e sess., 20 mars 1996, p. 707.
Alberta. Law Reform Institute. *Limitations*. Report No. 55. Edmonton : The Institute, 1989.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.
Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Russell, Berger et Wittmann) (2004), 244 D.L.R. (4th) 603, [2004] 9 W.W.R. 609, 30 Alta. L.R. (4th) 67, 357 A.R. 288, 334 W.A.C. 288, 1 C.P.C. (6th) 82, 6 M.V.R. (5th) 1, [2004] A.J. No. 802 (QL), 2004 ABCA 158, confirmant une décision de la juge Rawlins (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 84, 313 A.R. 189, 24 C.P.C. (5th) 310, [2002] A.J. No. 519 (QL), 2002 ABQB 379. Pourvoi rejeté.

Anne L. Kirker et *Catherine McAteer*, pour l'appelante.

Avon M. Mersey et *Michael Sobkin*, pour l'intimé.

Robert Normey, pour l'intervenant.

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

LE JUGE MAJOR — L'appelante et l'intimé sont mariés ensemble. Le 10 mai 1998, au cours d'un voyage d'agrément en Californie, ils ont eu un accident impliquant un seul véhicule. Tous deux sont des résidents de l'Alberta. Deux ans moins un jour après la date de l'accident, l'épouse appelante a intenté à Calgary une action contre l'époux intimé. Invoquant le délai de prescription d'un an prévu par le droit de

under California law. The wife argued that, under s. 12 of the Alberta *Limitations Act*, R.S.A. 2000, c. L-12, Alberta's two-year limitations period applied notwithstanding the expiry of California's one-year limitations period, and that her action therefore ought to be allowed to proceed.

2 Section 12 of the Act provides:

12 The limitations law of the Province shall be applied whenever a remedial order is sought in this Province, notwithstanding that, in accordance with conflict of law rules, the claim will be adjudicated under the substantive law of another jurisdiction.

3 In *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, the Court held that the *lex loci delicti* — the substantive law of the place where the tort occurred — applies in a tort action. In that case the plaintiff was injured in a motor vehicle accident in Saskatchewan. His claim became time-barred in that province but he commenced an action in British Columbia where it was not. Our Court held that the Saskatchewan law that governed the action included the Saskatchewan limitations period and dismissed the claim. In the present case, following *Tolofson*, the Alberta Court of Queen's Bench found the applicable substantive law governing the car crash to be the law of California including California's limitations law, which barred the claim ((2002), 3 Alta. L.R. (4th) 84, 2002 ABQB 379). The trial judge held that to determine whether the wife's action should be allowed to proceed required consideration of both California's and Alberta's limitations laws. In order to maintain the action in Alberta, neither limitation period could have expired. The Court of Appeal of Alberta unanimously upheld the trial judge's finding ((2004), 30 Alta. L.R. (4th) 67, 2004 ABCA 158). I agree with their conclusion.

4 Since the California limitations period applied and had expired prior to the commencement of the

la Californie, l'époux a demandé le rejet de l'action. L'épouse a soutenu que, en vertu de l'art. 12 de la *Limitations Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-12, le délai de prescription de deux ans en vigueur en Alberta s'appliquait malgré l'expiration du délai de prescription d'un an en vigueur en Californie, et que son action devrait, par conséquent, pouvoir suivre son cours.

L'article 12 de la Loi est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

12 Les règles de prescription de la Province s'appliquent dans tous les cas où une demande de réparation est présentée dans la Province, malgré le fait que, conformément aux règles de conflit de lois, l'affaire sera jugée selon le droit substantiel d'un autre ressort.

Dans l'arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, la Cour a statué que la *lex loci delicti* — le droit substantiel du lieu du délit — s'applique dans une action en responsabilité délictuelle. Dans cette affaire, le demandeur avait été blessé dans un accident d'automobile survenu en Saskatchewan. Son droit d'action est devenu prescrit dans cette province, mais il a intenté une action en Colombie-Britannique où son droit d'action n'était pas prescrit. Notre Cour a rejeté la demande après avoir conclu que le droit de la Saskatchewan qui régissait l'action incluait le délai de prescription applicable dans cette province. En l'espèce, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a décidé, conformément à l'arrêt *Tolofson*, que le droit substantiel applicable à l'accident d'automobile était le droit de la Californie, y compris les règles de prescription de cet État qui rendaient l'action irrecevable ((2002), 3 Alta. L.R. (4th) 84, 2002 ABQB 379). La juge de première instance a conclu que, pour déterminer si l'action de l'épouse devrait pouvoir suivre son cours, il fallait tenir compte à la fois des règles de prescription applicables en Californie et de celles applicables en Alberta. Pour que l'action suive son cours en Alberta, ni l'un ni l'autre délai de prescription ne devait avoir expiré. La Cour d'appel de l'Alberta a confirmé à l'unanimité la conclusion du juge de première instance ((2004), 30 Alta. L.R. (4th) 67, 2004 ABCA 158). Je souscris à sa décision.

Comme le délai de prescription de la Californie s'appliquait et avait expiré avant l'introduction de

action, there was no right of action at the time the appellant initiated her claim in the Alberta court. Section 12 does not purport to revive an action time-barred by the substantive law of the place where the accident occurred. Had the intention of the legislature been as argued, the legislation would have said so.

Section 12 is perfectly valid provincial legislation under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* (the "Administration of Justice in the Province"). *Tolofson* was a "choice of law" case. The Court's classification of limitation periods for "choice of law" purposes as substantive rather than procedural did not (and did not purport to) deny the province's legislative authority over the "Administration of Justice in the Province". A foreign jurisdiction, by adopting a limitation period longer than that of Alberta, cannot validly impose on Alberta courts an obligation to hear a case that Alberta, as a matter of its own legislative policy, bars the court from entertaining.

The Alberta legislature can, in relation to the administration of justice in the province, determine the time limits within which the Alberta courts can entertain actions, including live actions arising in a foreign jurisdiction governed by the substantive law of that foreign jurisdiction.

In *Tolofson*, as stated, this Court concluded that limitations law, which in the past had frequently been classified as procedural in common law traditions and substantive in civil law traditions, was, in fact, substantive in nature and must be treated as such. Accordingly, when the California limitation period expired on May 10, 1999, the appellant's action against her husband became time-barred, and he acquired a substantive right under California law not to be further troubled by any claims arising out of the car crash.

Section 12 does not purport to revive time-barred actions. In this case, the doors of the Alberta court

l'action, il n'existait aucun droit d'action à l'époque où l'appelante a intenté son recours devant le tribunal albertain. L'article 12 n'est pas censé faire renaître une action prescrite en vertu du droit substantiel du lieu où l'accident est survenu. Si le législateur avait eu l'intention que lui prête l'appelante, cela se serait reflété dans le libellé de la mesure législative.

5 L'article 12 est une disposition législative provinciale parfaitement valide au regard du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (l'« administration de la justice dans la province »). L'arrêt *Tolofson* portait sur le « choix de la loi applicable ». En qualifiant les délais de prescription de règles substantielles plutôt que de règles procédurales pour les besoins du « choix de la loi applicable », la Cour n'a pas refusé de reconnaître ni eu l'intention de refuser de reconnaître la compétence législative de la province en matière d'« administration de la justice dans la province ». En adoptant un délai de prescription plus long que celui applicable en Alberta, un ressort étranger ne peut pas validement imposer aux tribunaux albertains l'obligation d'entendre une affaire que l'Alberta, selon sa propre politique législative, leur interdit d'instruire.

6 Pour ce qui est de l'administration de la justice dans la province, il est loisible au législateur de l'Alberta de fixer le délai à l'intérieur duquel les tribunaux albertains peuvent connaître d'une affaire, même dans le cas où l'affaire a pris naissance dans un ressort étranger et est régie par le droit substantiel de ce ressort.

7 Comme nous l'avons vu, dans l'arrêt *Tolofson*, notre Cour a conclu que les règles de prescription, qui jusque-là étaient fréquemment qualifiées de procédurales dans les ressorts de common law et de substantielles dans ceux de droit civil, étaient en fait de nature substantielle et devaient être traitées comme tel. Par conséquent, lorsque le délai de prescription californien a expiré le 10 mai 1999, l'action de l'appelante contre son époux est devenue prescrite et ce dernier a acquis, en vertu des lois de la Californie, le droit de ne plus être importuné par quelque action découlant de l'accident d'automobile.

8 L'article 12 n'est pas censé faire renaître des actions prescrites. En l'espèce, il était encore

were still open on May 9, 2000, when the claim was filed but there was no right of action arising under the law of California capable of being pursued by the wife against her husband. They both lived in Alberta but the law governing the consequences of the car crash, California's, had barred the claim a year earlier.

9 Section 12 will operate, of course, if the law in the place the accident occurred provides for a limitation period longer than that of Alberta. In such a case, the claimant might still have a live cause of action against a defendant in Alberta, but the effect of s. 12 would be to close the door of the Alberta court against the claim's being heard in that jurisdiction (though it may be capable of pursuit elsewhere). This result follows from the legislature's use of a "notwithstanding" provision in s. 12, i.e., "[t]he limitations law of the Province shall be applied whenever a remedial order is sought in this Province, notwithstanding that, in accordance with conflict of law rules, the claim will be adjudicated under the substantive law of another jurisdiction".

10 Both the parties and the intervener made submissions on the constitutionality of s. 12 on the assumption that the Alberta legislature had purported to breathe life into an action that was time-barred by the applicable substantive law. As I conclude that s. 12 does no such thing, it is unnecessary to address the constitutional question.

Conclusion

11 The limitations law forming part of the applicable foreign substantive law, in this case California law, applies. As the applicable California limitation is one year, the appellant's action is statute-barred. The appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. —

1. Introduction

12 This appeal concerns the proper interpretation and constitutional validity of s. 12 of the Alberta

possible de s'adresser au tribunal albertain lors de l'introduction de l'action le 9 mai 2000, mais, sous le régime des lois de la Californie, il n'existait plus de droit d'action susceptible d'être exercé par l'épouse contre son époux. Ils vivaient tous deux en Alberta, mais, selon le droit californien, qui régissait les conséquences de l'accident d'automobile, l'action était prescrite depuis un an.

Il va de soi que l'art. 12 s'appliquera dans les cas où la loi du lieu où l'accident s'est produit prévoit un délai de prescription plus long que celui applicable en Alberta. Dans un tel cas, il se pourrait que le demandeur conserve un droit d'action contre un défendeur albertain, mais l'art. 12 aurait pour effet d'empêcher les tribunaux de l'Alberta d'instruire l'action (bien qu'elle puisse être intentée ailleurs). Cela s'explique par le fait que le législateur utilise, à l'art. 12, une disposition dérogatoire qui précise que [TRADUCTION] « [l]es règles de prescription de la Province s'appliquent dans tous les cas où une demande de réparation est présentée dans la Province, malgré le fait que, conformément aux règles de conflit de lois, l'affaire sera jugée selon le droit substantiel d'un autre ressort ».

Tant les parties que l'intervenant ont présenté des observations sur la constitutionnalité de l'art. 12, en arguant que le législateur albertain avait eu l'intention de faire renaître une action prescrite en vertu du droit substantiel applicable. Comme je conclus que l'art. 12 ne produit pas ce résultat, il est inutile d'examiner la question constitutionnelle.

Conclusion

Les règles de prescription faisant partie du droit substantiel étranger applicable, en l'occurrence le droit californien, régissent la présente affaire. Comme le délai de prescription applicable en Californie est d'un an, l'action de l'appelante est prescrite. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'interprétation correcte et la constitutionnalité de l'art. 12 de la

Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, which provides:

12 The limitations law of the Province shall be applied whenever a remedial order is sought in this Province, notwithstanding that, in accordance with conflict of law rules, the claim will be adjudicated under the substantive law of another jurisdiction.

The circumstances in which the question came to be presented to this Court are as follows.

While on a holiday, the parties were involved in a single car accident in or around Fresno, California, on May 10, 1998. The respondent was driving. The appellant and respondent are married and, at the time of the accident, were in the process of moving from British Columbia to Alberta. The vehicle they were driving was registered and insured in British Columbia. The parties have admitted that, for the purposes of this action, they were at all material times resident in Calgary, Alberta.

On May 9, 2000, the appellant filed a statement of claim in the Court of Queen's Bench of Alberta to recover compensation for the injuries and damages she sustained as a result of the accident. The respondent successfully sought an order for summary dismissal of the claim on the basis that the action was barred under California law, where the applicable limitation period is one year: (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 84, 2002 ABQB 379. That decision was upheld by the Court of Appeal: (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 67, 2004 ABCA 158. The appellant argues that the purpose and effect of s. 12 is to apply the two-year Alberta limitation period to the exclusion of the California one-year limitation period, thereby allowing the action to proceed.

The question before this Court is whether s. 12 effectively excludes the operation of the limitations law of the foreign jurisdiction whose laws otherwise govern the cause of action. Section 12 purports to apply Alberta limitations law "notwithstanding that, in accordance with conflict of

Limitations Act de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. L-12, qui est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

12 Les règles de prescription de la Province s'appliquent dans tous les cas où une demande de réparation est présentée dans la Province, malgré le fait que, conformément aux règles de conflit de lois, l'affaire sera jugée selon le droit substantiel d'un autre ressort.

Les faits à l'origine de la question soumise à notre Cour sont les suivants.

13 Le 10 mai 1998, au cours d'un voyage d'agrément, les parties ont eu un accident impliquant un seul véhicule à Fresno, en Californie, ou non loin de cet endroit. L'intimé était au volant. L'appelante et l'intimé sont mariés ensemble et, au moment de l'accident, ils avaient entrepris de quitter la Colombie-Britannique pour déménager en Alberta. Le véhicule à bord duquel ils voyageaient était immatriculé et assuré en Colombie-Britannique. Les parties ont admis que, en tout temps utile pour les besoins de la présente affaire, ils résidaient à Calgary, en Alberta.

14 Le 9 mai 2000, l'appelante a déposé une déclaration à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta afin d'être indemnisée pour les blessures et les dommages qu'elle avait subis en raison de l'accident. L'intimé a demandé avec succès une ordonnance de rejet sommaire de l'action pour le motif que celle-ci était irrecevable selon le droit de la Californie, où le délai de prescription applicable est d'un an : (2002), 3 Alta. L.R. (4th) 84, 2002 ABQB 379. La Cour d'appel a confirmé cette décision : (2004), 30 Alta. L.R. (4th) 67, 2004 ABCA 158. L'appelante fait valoir que l'art. 12 a pour objet et pour effet d'appliquer le délai de prescription de deux ans prévu en Alberta et d'écarter le délai de prescription d'un an en vigueur en Californie, ce qui permet à l'action de suivre son cours.

15 La Cour doit déterminer si l'art. 12 écarte effectivement l'application des règles de prescription du ressort étranger dont les lois régissent par ailleurs la cause d'action. L'article 12 vise à appliquer les règles de prescription de l'Alberta [TRADUCTION] « malgré le fait que, conformément aux règles de

law rules, the claim will be adjudicated under the substantive law of another jurisdiction". The difficulty in interpreting these words results in particular from the decision of this Court in *Tolofson v. Jensen*, [1994] 3 S.C.R. 1022, which recognized that limitation periods are substantive. As such, the reference to the substantive law of the foreign jurisdiction in s. 12 would normally include that jurisdiction's limitations law. The appellant argues here, however, that the use of the word "notwithstanding" serves to exclude the limitations law of the foreign jurisdiction.

16 If, as the appellant suggests, s. 12 is interpreted as ousting the limitations law of the foreign jurisdiction, then Alberta limitations law applies exclusively in all cases where a remedial order is sought in Alberta. Where, as here, the relevant California limitation period is shorter than Alberta's, the longer Alberta limitation period applies and effectively recognizes a cause of action that California law would have extinguished. If the relevant California limitation period were longer than Alberta's, then the shorter Alberta limitation period would apply so as to bar the action in Alberta. Whether the appellant could file an action in California in such a case is not discussed by the Court of Appeal; this question is no doubt left to a determination of the *forum conveniens* by the court in which the action is eventually brought.

17 If, as the respondent suggests, s. 12 is interpreted so as not to oust the limitations law of the foreign jurisdiction, then the court must apply the California limitation period first, followed by the Alberta limitation period. This is because the Alberta limitation period applies notwithstanding the fact that the claim is adjudicated under the substantive law of the foreign jurisdiction, including its limitations law. Thus, where, as here, the substantive law of California bars the action, the Alberta limitations law does not apply. This is because there is no right upon which a remedial

conflit de lois, l'affaire sera jugée selon le droit substantiel d'un autre ressort ». Le problème que pose l'interprétation de ces mots tient notamment à l'arrêt *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, dans lequel notre Cour a reconnu que les délais de prescription sont des règles substantielles. Cela explique pourquoi la mention du droit substantiel du ressort étranger, à l'art. 12, viserait normalement les règles de prescription de ce ressort. En l'espèce, toutefois, l'appelante soutient que l'emploi de la préposition « malgré » (« *notwithstanding* ») a pour effet d'écarter les règles de prescription du ressort étranger.

Si, comme le propose l'appelante, l'art. 12 est interprété comme écartant les règles de prescription du ressort étranger, les règles de prescription de l'Alberta s'appliquent alors exclusivement dans tous les cas où une demande de réparation est présentée dans cette province. Si, comme c'est le cas en l'espèce, le délai de prescription applicable est plus court en Californie qu'en Alberta, le délai plus long prévu en Alberta s'applique et permet en fait de reconnaître un droit d'action qui, selon le droit californien, serait éteint. Si le délai de prescription applicable était plus long en Californie qu'en Alberta, le délai plus court prévu en Alberta s'appliquerait alors de manière à rendre l'action irrecevable dans cette province. La Cour d'appel ne s'est pas demandé si l'appelante pourrait intenter une action en Californie dans un tel cas; il n'y a aucun doute que la détermination du *forum conveniens* par le tribunal qui sera, en fin de compte, saisi de l'action répondra à cette question.

Si, comme le propose l'intimé, l'art. 12 est interprété de façon à ne pas écarter les règles de prescription du ressort étranger, les tribunaux sont alors tenus d'appliquer d'abord le délai de prescription de la Californie et ensuite celui de l'Alberta. Il en est ainsi parce que le délai de prescription de l'Alberta s'applique malgré le fait que l'affaire est jugée selon le droit substantiel du ressort étranger, y compris les règles de prescription de ce ressort. Donc, les règles de prescription de l'Alberta ne s'appliquent pas dans un cas où, comme en l'espèce, le droit substantiel de la Californie rend l'action

order can be sought in the Alberta courts, and the conditions of s. 12 are therefore not met.

For the reasons that follow, I conclude that either interpretation of s. 12 results in an unconstitutional attempt by the province of Alberta to legislate extra-territorially.

2. The Proper Interpretation of Section 12 of the *Limitations Act*

2.1 *The Plain Language of Section 12*

The parties differ as to the meaning of the term "notwithstanding", specifically whether it ousts the limitations law of the foreign jurisdiction. According to P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 356:

> Because the legislature is aware of possible inconsistencies, it sometimes adopts explicit rules establishing an order of priority between different enactments.
>
> A variety of well-known terms is used. The statute will declare that it applies "notwithstanding" provisions to the contrary. If, on the other hand, precedence is to be given to another provision, the statute will operate "subject to" that enactment. Sometimes, a statute will contain a separate section decreeing that its provisions "prevail over any provision of any statute which may be inconsistent therewith".
>
> Two types of difficulty arise with this kind of enactment. The more obvious is the problem of identifying the inconsistency. This is not always a simple matter. Deciding on the mere existence of inconsistency itself gives rise to major issues of interpretation. [Emphasis added; footnotes omitted.]

Accepting for the sake of argument only that the use of the term "notwithstanding" establishes an order of priority favouring the application of Alberta limitations law in case of inconsistency, the question is whether an inconsistency arises as a result of the application of both limitations laws.

irrecevable. Cela est dû à l'absence de droit de présenter une demande de réparation devant les tribunaux albertains, et les conditions de l'art. 12 ne sont donc pas remplies.

Pour les motifs qui suivent, je conclus que, selon ces deux façons d'interpréter l'art. 12, il y a tentative inconstitutionnelle de la province de l'Alberta d'édicter une mesure législative ayant une portée extraterritoriale. 18

2. L'interprétation correcte de l'art. 12 de la *Limitations Act*

2.1 *Le sens ordinaire de l'art. 12*

Les parties ne s'entendent pas sur le sens à donner à la préposition « malgré », plus particulièrement sur la question de savoir si elle écarte les règles de prescription du ressort étranger. Selon P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 451 : 19

> Conscient de la possibilité de conflits entre les lois qu'il adopte, le législateur a pu formuler expressément des règles de solution qui permettront d'établir la priorité d'une loi sur une autre.
>
> Les formules employées pour hiérarchiser diverses lois entre elles sont familières et variées. On écrira que telle disposition s'applique « nonobstant » ou « malgré » toute disposition contraire si on veut établir sa primauté. À l'inverse, si la primauté d'une autre disposition veut être affirmée, on énoncera la règle « sous réserve » de cette autre disposition. On pourra même consacrer à cette question un article entier établissant que les dispositions d'une loi « prévalent sur les dispositions inconciliables de toute autre loi ».
>
> L'application de textes de cette nature peut soulever des difficultés de deux types. La plus évidente est celle liée à l'identification du conflit : ce peut être une question fort controversée que de savoir si deux textes sont inconciliables ou bien s'ils se complètent. L'existence même d'un conflit soulève des questions d'interprétation qui doivent être réglées avant que la règle de solution du conflit ne soit appliquée. [Je souligne; renvois omis.]

Si l'on accepte, pour les fins de la discussion seulement, que l'emploi de la préposition « malgré » établit un ordre de priorité propice à l'application des règles de prescription de l'Alberta en cas de conflit de lois, la question qui se pose est de savoir si un conflit découle de l'application des règles de 20

The Alberta Court of Appeal concluded that the proper interpretation of s. 12 requires consideration of both California's and Alberta's limitations laws. The end result is that in order for an action to proceed in the Alberta courts, neither the foreign limitation period nor the Alberta limitation period can have expired. The Court of Appeal found that s. 12 recognizes that California law governs and therefore creates the cause of action; the effect of s. 12 would then merely be to shorten the time period within which an action can be brought in Alberta: see *Ryan v. Moore*, [2005] 2 S.C.R. 53, 2005 SCC 38.

21 Nonetheless, the operation of both limitation periods may result in an implicit inconsistency. Professor Côté explains that "implicit inconsistency occurs when the cumulative application of the two statutes creates such unlikely and absurd results that it is fair to believe this was not what the legislature desired" (p. 352). The effect of the Court of Appeal's interpretation would be the following: in actions proceeding before the Alberta courts where foreign law applies, the defendant would always benefit from the shortest available limitation period. There does not seem to be any legislative purpose served by such a result. If it is determined that the application of both limitations laws results in an implicit inconsistency, then the effect of the term "notwithstanding" is to favour the application of Alberta limitations law to the exclusion of foreign limitations law. Such an interpretation is likely more faithful to what the legislature intended. In fact, the legislature's inclusion of the word "notwithstanding" suggests that it contemplated the possibility that inconsistencies would arise in the application of both the forum limitations law and the foreign limitations law.

2.2 *Extrinsic Evidence of Legislative Intent*

22 This Court has consistently held that

> [t]oday there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire

prescription des deux ressorts. La Cour d'appel de l'Alberta a conclu que l'interprétation correcte de l'art. 12 exige de tenir compte à la fois des règles de prescription de la Californie et de celles de l'Alberta. En définitive, pour qu'une action suive son cours devant les tribunaux de l'Alberta, ni le délai de prescription étranger, ni le délai de prescription albertain ne doit avoir expiré. Selon la Cour d'appel, l'art. 12 reconnaît que le droit californien s'applique et détermine s'il y a une cause d'action; l'art. 12 aurait alors simplement pour effet de raccourcir le délai dans lequel l'action peut être intentée en Alberta : voir *Ryan c. Moore*, [2005] 2 R.C.S. 53, 2005 CSC 38.

Néanmoins, l'application des délais de prescription des deux ressorts risque d'engendrer un conflit implicite. Le professeur Côté explique qu'« [i]l y a conflit implicite [. . .] si l'application cumulative de deux lois, bien que techniquement possible, mène à des conséquences tellement déraisonnables ou absurdes qu'on puisse croire que le législateur n'a pas voulu une telle application » (p. 446). L'interprétation de la Cour d'appel aurait l'effet suivant : le défendeur à une action intentée devant un tribunal albertain dans laquelle le droit étranger s'applique bénéficierait toujours du délai de prescription le plus court possible. Ce résultat ne semble répondre à aucun objectif législatif. S'il est établi que l'application des règles de prescription des deux ressorts engendre un conflit implicite, la préposition « malgré » a alors pour effet de favoriser l'application des règles de prescription albertaines et d'écarter les règles de prescription étrangères. Cette interprétation est probablement plus fidèle à l'intention du législateur. En fait, l'utilisation de la préposition « malgré » par le législateur indique qu'il a prévu la possibilité que des conflits surgissent dans l'application à la fois des règles de prescription du for et de celles du ressort étranger.

2.2 *Preuve extrinsèque de l'intention du législateur*

Notre Cour a constamment maintenu que

> [TRADUCTION] [a]ujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi

context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87)

dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

(*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87)

The appellant contends that where the plain language of a legislative provision is clear and unambiguous, extrinsic evidence of legislative intent should not be admissible. I do not find the ordinary meaning of s. 12 to be clear and unambiguous. I would also question whether statutory interpretation should ever proceed solely on the basis of the plain language of the legislation, without consideration of the entire context, including the purpose and the scheme of the Act. In approving of Professor Driedger's approach to statutory interpretation, Iacobucci J. recognized that "statutory interpretation cannot be founded on the wording of the legislation alone" (*Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 21; see also R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 9-18). It is now well accepted that legislative history, Parliamentary debates and similar material may be quite properly considered as long as they are relevant and reliable and not assigned undue weight: *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, at para. 17.

23 L'appelante soutient que, lorsque le sens ordinaire d'une disposition législative est clair et sans équivoque, aucune preuve extrinsèque de l'intention du législateur ne devrait être admissible. Je ne crois pas que le sens ordinaire de l'art. 12 soit clair et sans équivoque. Je doute également qu'il soit possible de donner à cette disposition législative une interprétation fondée uniquement sur le sens ordinaire des mots sans tenir compte du contexte global, notamment de l'objet et de l'esprit de la Loi. En approuvant la méthode d'interprétation législative du professeur Driedger, le juge Iacobucci a reconnu que « l'interprétation législative ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » (*Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 21; voir aussi R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4e éd. 2002), p. 9-18). Il est maintenant bien reconnu que l'on peut, tout à fait à juste titre, tenir compte de l'historique législatif, des débats parlementaires et d'autres documents semblables pourvu qu'ils soient pertinents et fiables et qu'on ne leur donne pas plus de poids qu'ils n'en méritent : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, par. 17.

There is very little available extrinsic evidence of the legislative intent behind s. 12. The appellant relies on the Alberta Law Reform Institute, Report No. 55, *Limitations* (1989), which concluded that limitations law was properly classified as procedural and that courts should apply local procedural law. The recommendation in the Report to include s. 12 in the new Alberta *Limitations Act* was premised in part on the uncertainty resulting from the characterization of limitation periods as substantive or procedural, depending upon their particular wording. The Report predated the decision in *Tolofson* by five years. In *Tolofson*, La Forest J. recognized that all limitation periods, regardless of

24 Il n'existe que très peu d'éléments de preuve extrinsèques de l'intention législative qui sous-tend l'art. 12. L'appelante s'appuie sur le rapport nº 55 de l'Alberta Law Reform Institute, intitulé *Limitations* (1989), dans lequel on conclut que les règles de prescription ont été, à juste titre, qualifiées de procédurales et que les tribunaux doivent appliquer le droit procédural local. Ce rapport, déposé cinq ans avant l'arrêt *Tolofson*, recommandait d'inclure l'art. 12 dans la nouvelle *Limitations Act* de l'Alberta en raison notamment de l'incertitude créée par la qualification des délais de prescription comme étant des règles substantielles ou procédurales, selon leur libellé particulier. Dans

their particular wording, were substantive, thereby resolving the uncertainty that had motivated the Report and its recommendation.

25 More importantly, there is no evidence on the record that the legislature considered or debated *Tolofson* or the Report, which was not tabled at the time the Act was introduced and passed. The government of Alberta opted not to implement the Report's recommendation in 1989. In 1996, s. 12 was introduced by way of private member's bill. The only other extrinsic evidence upon which the appellant relies is a single sentence spoken by Mr. Herard, the member of the Legislature who introduced the bill:

> To remove the often difficult task of categorizing limitations legislation to determine whose law applies to a claim, Bill 205 states that, regardless, limitations law is governed by Alberta law if an action is brought in this province.

(*Alberta Hansard*, vol. I, 23rd Leg., 4th Sess., March 20, 1996, at p. 707)

Such evidence, taken alone, cannot be indicative of legislative intent. In fact, Mr. Herard refers to the difficult task of categorizing limitations legislation, even though La Forest J. authoritatively recognized in *Tolofson* that all limitation periods are substantive in nature.

2.3 *The Presumption Against Changing the Common Law*

26 This principle was recently affirmed by Iacobucci J., speaking for a majority of this Court in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42, at para. 39:

> To begin with, I think it useful to stress the presumption that the legislature does not intend to change

l'arrêt *Tolofson*, le juge La Forest a dissipé l'incertitude à l'origine du rapport et de sa recommandation en reconnaissant que, quelle que soit la façon dont ils sont libellés, les délais de prescription sont tous des règles substantielles.

Qui plus est, rien au dossier ne prouve que le législateur a examiné ou débattu l'arrêt *Tolofson* ou le rapport, qui n'était pas déposé au moment de la présentation et de l'adoption de la loi en cause. En 1989, le gouvernement de l'Alberta a choisi de ne pas donner suite à la recommandation du rapport. En 1996, l'art. 12 a été présenté sous la forme d'un projet de loi d'initiative parlementaire. Le seul autre élément de preuve extrinsèque invoqué par l'appelante est une simple phrase formulée par M. Herard, le député ayant présenté le projet de loi :

> [TRADUCTION] Dans le but d'éliminer la tâche souvent difficile qui consiste à qualifier une mesure législative en matière de prescription afin de déterminer quel droit s'applique à une action, le projet de loi 205 prévoit que, malgré tout, les règles de prescription applicables à une action intentée en Alberta sont régies par le droit albertain.

(*Alberta Hansard*, vol. I, 23e lég., 4e sess., 20 mars 1996, p. 707)

À lui seul, cet élément de preuve ne peut pas constituer une indication de l'intention du législateur. En réalité, M. Herard parle de la tâche difficile qui consiste à qualifier une mesure législative en matière de prescription, bien que le juge La Forest ait reconnu péremptoirement dans l'arrêt *Tolofson* que les délais de prescription sont tous de nature substantielle.

2.3 *La présomption de non-modification de la common law*

Le juge Iacobucci a récemment confirmé ce principe alors qu'il s'exprimait au nom des juges majoritaires de notre Cour dans l'arrêt *Parry Sound (District) Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, [2003] 2 R.C.S. 157, 2003 CSC 42, par. 39 :

> Tout d'abord, je pense qu'il est utile d'insister sur la présomption que le législateur n'a pas l'intention de

existing law or to depart from established principles, policies or practices. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614, for example, Fauteux J. (as he then was) wrote that "a Legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed". In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077, Lamer J. (as he then was) wrote that "in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law".

modifier le droit existant ni de s'écarter des principes, politiques ou pratiques établis. Dans *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614, par exemple, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) écrit : [TRADUCTION] « le législateur n'est pas censé s'écarter du régime juridique général sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire, sinon la loi reste inchangée ». Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) écrit que « le législateur n'est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l'intention de modifier les règles de droit commun préexistantes ».

I do not find the principle to be applicable in this case. As mentioned earlier, the relevant principles of common law were developed by La Forest J. in *Tolofson*. In that case, La Forest J. held that the rule of private international law that should generally be applied in torts is the law of the place where the activity occurred or the *lex loci delicti*. This choice of law rule was largely premised on the territorial principle that organizes the international legal order and federalism in Canada. La Forest J. was also motivated by a number of important policy considerations, including the need for certainty, predictability, and ease of application. The *lex loci delicti* rule has the benefit of being forum-neutral and eliminates potential forum-shopping concerns. La Forest J. explained that "[o]rdinarily people expect their activities to be governed by the law of the place where they happen to be and expect that concomitant legal benefits and responsibilities will be defined accordingly" (*Tolofson*, at pp. 1050-51).

27 Je ne crois pas que ce principe s'applique en l'espèce. Comme je l'ai déjà mentionné, les principes de common law applicables ont été établis par le juge La Forest dans l'arrêt *Tolofson*. Dans cet arrêt, le juge La Forest a statué que la règle de droit international privé qui devrait généralement s'appliquer en matière de responsabilité délictuelle est la loi du lieu où l'activité s'est déroulée, c'est-à-dire la *lex loci delicti*. Cette règle du choix de la loi applicable reposait en grande partie sur le principe de la territorialité qui régit l'ordre juridique international et le fédéralisme canadien. Le juge La Forest était aussi motivé par un certain nombre de considérations de politique générale importantes, dont le besoin de certitude, de prévisibilité et de facilité d'application. La règle de la *lex loci delicti* est neutre quant au for et elle élimine les problèmes potentiels de recherche d'un tribunal favorable. Le juge La Forest explique que « [l]es gens s'attendent habituellement à ce que leurs activités soient régies par la loi du lieu où ils se trouvent et à ce que les avantages et les responsabilités juridiques s'y rattachant soient définis en conséquence » (*Tolofson*, p. 1050-1051).

Also in *Tolofson*, La Forest J. determined that where the governing law is the *lex loci delicti*, the relevant limitation period under that law is applicable and binding on the court hearing the dispute. The reason for this was that limitation periods constitute substantive law. I shall return to this issue in addressing the constitutionality of the impugned legislation. Generally then, the common law provides that the law of the place of the tort governs and that the limitation period it prescribes is

28 Le juge La Forest a également conclu, dans l'arrêt *Tolofson*, que, lorsque la loi applicable est la *lex loci delicti*, le délai de prescription établi en vertu de cette loi s'applique et lie le tribunal saisi du litige. Il en est ainsi parce que le délai de prescription constitue une règle substantielle. Je reviendrai sur cette question en examinant la constitutionnalité de la mesure législative contestée. Donc, selon la common law, c'est généralement la loi du lieu du délit qui s'applique et le délai de prescription établi

applicable and binding on the court in which the action proceeds.

29 Section 12 accepts that "in accordance with conflict of law rules, the claim will be adjudicated under the substantive law of another jurisdiction". However, it seeks to apply Alberta limitations law "notwithstanding" these rules. The interpretation suggested by the appellant means that Alberta limitations law will displace the foreign limitations law in all cases. In effect, her argument would suggest that s. 12 has determined that limitation periods are procedural. The interpretation suggested by the respondent means that Alberta limitations law will only displace the foreign limitations law in cases where the applicable Alberta limitation period is shorter than its foreign counterpart. Effectively, the respondent argues that though the limitation period of California is part of its substantive law, Alberta can apply a procedural limitation period to determine whether a cause of action subsisting under the laws of California can be adjudicated in Alberta. Since both interpretations alter the common law, the presumption cannot be determinative.

2.4 *The Presumption Against Extra-Territorial Effect*

30 The legislative jurisdiction of the provinces is limited to matters "[i]n each Province" by the wording of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Unless otherwise explicitly or implicitly provided, legislatures are presumed to respect the territorial limits of their legislative powers: Côté, at pp. 200-203. If possible, legislation should be construed in a manner consistent with this presumed intent. Similarly, it is now accepted that where legislation is open to more than one meaning, it should be interpreted so as to make it consistent with the Constitution: *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798, at p. 803; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.

31 The parties have proposed two interpretations of s. 12. Although I find the interpretation

en vertu de cette loi s'applique et lie le tribunal saisi de l'affaire.

L'article 12 reconnaît que [TRADUCTION] « conformément aux règles de conflit de lois, l'affaire sera jugée selon le droit substantiel d'un autre ressort ». Cependant, il vise à appliquer les règles de prescription de l'Alberta « malgré » les règles de conflit de lois. L'interprétation proposée par l'appelante signifie que les règles de prescription albertaines écarteront les règles de prescription étrangères dans tous les cas. En fait, cet argument laisse entendre que, suivant l'art. 12, les délais de prescription sont des règles procédurales. L'interprétation proposée par l'intimé signifie que les règles de prescription albertaines n'écarteront les règles de prescription étrangères que dans les cas où le délai de prescription applicable en Alberta est plus court que son pendant étranger. L'intimé soutient, en effet, que, bien que le délai de prescription applicable en Californie s'inscrive dans le droit substantiel de cet État, l'Alberta peut appliquer un délai de prescription procédural pour décider si une cause d'action qui existe toujours en vertu des lois de la Californie peut être jugée en Alberta. Étant donné que les deux interprétations modifient la common law, la présomption ne peut pas être concluante.

2.4 *La présomption d'absence de portée extraterritoriale*

Le texte de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* limite la compétence législative des provinces aux affaires « [d]ans chaque province ». En l'absence de disposition contraire, expresse ou implicite, les législateurs sont présumés respecter les limites territoriales de leur compétence législative : Côté, p. 252-255. Il faut, autant que possible, donner à une mesure législative une interprétation conforme à cette intention présumée. De même, il est maintenant reconnu que, lorsqu'une mesure législative est susceptible de plus d'une interprétation, elle doit être interprétée de manière à être compatible avec la Constitution : *McKay c. The Queen*, [1965] R.C.S. 798, p. 803; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078.

Les parties ont proposé deux façons d'interpréter l'art. 12. Bien que j'estime plus plausible

suggested by the appellant to be more plausible, there is insufficient indicia of legislative intent to determine which interpretation should be preferred. I will therefore address the constitutionality of both interpretations.

3. The Constitutional Validity of Section 12 of the *Limitations Act*

The most recent authority on extra-territoriality is *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49. The legislative power of the provinces is territorially limited as a result of the words "[i]n each Province" appearing in the introductory paragraph of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, as well as by the requirements of order and fairness that underlie Canadian federalism: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1102-3; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pp. 324-25; *Imperial Tobacco*, at paras. 26-27. The dual purposes of s. 92 are to ensure that provincial legislation has a meaningful connection to the enacting province and to pay respect to the legislative sovereignty of other territories: *Imperial Tobacco*, at para. 36.

The first step is to determine the pith and substance of the legislation and to determine under what head of power it falls: *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at p. 332; *Imperial Tobacco*, at para. 36. If the pith and substance is intangible, the court must look to the relationships among the enacting territory, the subject matter of the legislation and the persons made subject to it: *Imperial Tobacco*, at para. 36. The court must also consider whether s. 12 pays respect to the legislative sovereignty of other territories: *Imperial Tobacco*, at para. 36. If these two conditions are met, then the purposes of s. 92 of the *Constitution Act, 1867* are respected and the legislation is valid.

3.1 *The Pith and Substance of Section 12 of the Limitations Act*

The purpose and effect of s. 12 is to render Alberta limitations law applicable whenever a

3. La constitutionnalité de l'art. 12 de la *Limitations Act*

32 L'arrêt le plus récent en matière d'extraterritorialité est *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49. La compétence législative des provinces est limitée territorialement en raison des mots « [d]ans chaque province » figurant dans le paragraphe introductif de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que des impératifs d'ordre et d'équité qui sous-tendent le fédéralisme canadien : *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1102-1103; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 324-325; *Imperial Tobacco*, par. 26-27. L'article 92 a pour double objet d'assurer que la mesure législative provinciale a un lien significatif avec la province qui l'adopte et qu'elle respecte la souveraineté législative des autres territoires : *Imperial Tobacco*, par. 36.

33 La première étape consiste à déterminer le caractère véritable de la mesure législative et le chef de compétence dont elle relève : *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, p. 332; *Imperial Tobacco*, par. 36. Si le caractère véritable est intangible, le tribunal doit examiner le lien entre le territoire ayant légiféré, l'objet de la mesure législative en cause et les personnes qui y sont assujetties : *Imperial Tobacco*, par. 36. Il doit aussi vérifier si l'art. 12 respecte la souveraineté législative des autres territoires : *Imperial Tobacco*, par. 36. Si ces deux conditions sont remplies, le double objet de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est respecté et la mesure législative est valide.

3.1 *Le caractère véritable de l'art. 12 de la Limitations Act*

34 L'article 12 a pour objet et pour effet de rendre les règles de prescription de l'Alberta applicables

remedial order is sought in the Alberta courts. Alberta limitations law being ordinarily applicable in cases proceeding before the Alberta courts where Alberta law otherwise governs the claim, the only circumstance in which s. 12 operates is where the Alberta conflict of law rules point to the substantive law of another jurisdiction as governing the cause of action. Typically, in applying this other law, the Alberta court would also apply the limitation period it prescribes, as this Court recognized in *Tolofson* that limitation periods are substantive in nature. The purpose and effect of s. 12 is therefore to render Alberta limitations law applicable in cases where it would not otherwise be — precisely because the Alberta choice of law rules point to the law of a foreign jurisdiction as the governing law.

dans tous les cas où une demande de réparation est présentée à un tribunal albertain. Étant donné que les règles de prescription de l'Alberta s'appliquent ordinairement aux actions intentées devant les tribunaux albertains qui sont régies par ailleurs par le droit de l'Alberta, l'art. 12 s'applique uniquement dans les cas où les règles albertaines de conflit de lois indiquent que le droit substantiel d'un autre ressort régit la cause d'action. Normalement, en appliquant cet autre droit, le tribunal albertain appliquerait aussi le délai de prescription qu'il établit, étant donné que notre Cour a reconnu, dans l'arrêt *Tolofson*, que les délais de prescription sont de nature substantielle. L'article 12 a donc pour objet et pour effet de rendre les règles de prescription de l'Alberta applicables dans les cas où elles seraient par ailleurs inapplicables — précisément parce que les règles albertaines du choix de la loi applicable indiquent que le droit d'un ressort étranger s'applique.

35 Limitation periods have the effects of cancelling the substantive rights of plaintiffs and of vesting a right in defendants not to be sued in such cases. The pith and substance of the law must therefore be characterized as relating to civil rights, pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

Les délais de prescription ont pour effet d'éteindre les droits substantiels des demandeurs et d'investir les défendeurs du droit de ne pas être poursuivis en pareils cas. Le caractère véritable de la règle de droit doit donc être considéré comme se rapportant aux droits civils, conformément au par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

36 The appellant contended in oral argument that it was open to the Alberta Legislature to reverse the holding in *Tolofson* that limitation periods are substantive law and that this is what Alberta did by adopting s. 12. I believe this argument rests on a misunderstanding of *Tolofson*. La Forest J. did not decide as a principle of common law that limitation periods should simply be treated substantively. Instead, La Forest J. explained that "the purpose of substantive/procedural classification is to determine which rules will make the machinery of the forum court run smoothly as distinguished from those determinative of the rights of *both* parties" (*Tolofson*, at pp. 1071-72 (emphasis in original)). La Forest J. recognized that limitation periods are, *by their very nature*, substantive, precisely because they are determinative of the rights of both parties in a cause of action: they destroy the right of the plaintiff to bring suit and vest a right in the

Dans son argumentation orale, l'appelante a soutenu qu'il était loisible au législateur albertain d'écarter la conclusion de l'arrêt *Tolofson* selon laquelle les délais de prescription sont des règles substantielles, et c'est ce que l'Alberta a fait en adoptant l'art. 12. Je crois que cet argument repose sur une mauvaise compréhension de l'arrêt *Tolofson*. Le juge La Forest n'a pas établi de principe de common law selon lequel les délais de prescription devraient simplement être assimilés à des règles substantielles. Il a plutôt expliqué que « la classification "règle de fond — règle de procédure" vise à déterminer quelles règles assurent le bon fonctionnement du tribunal saisi, par opposition à celles qui déterminent les droits des *deux* parties » (*Tolofson*, p. 1072 (souligné dans l'original)). Le juge La Forest a reconnu que les délais de prescription sont, *de par leur nature même*, des règles substantielles, précisément parce qu'ils

defendant to be free from suit. The provinces cannot change the nature of limitations law without fundamentally changing the content of limitations law. No implicit intention to that effect could be found in the present case. Indeed, because substantive legislation can be applied by a court so as to affect rights governed by a foreign law, "legislation should be categorized as procedural only if the question is beyond any doubt. If there is any doubt, the doubt should be resolved by holding that the legislation is substantive" (*Block Bros. Realty Ltd. v. Mollard* (1981), 122 D.L.R. (3d) 323 (B.C.C.A.), at p. 328, cited with approval in *Tolofson*, at pp. 1068-69).

déterminent les droits de chacune des parties : ils anéantissent le droit du demandeur d'intenter des poursuites et investissent le défendeur du droit de ne pas être poursuivi. Les provinces ne peuvent changer la nature des règles de prescription sans en modifier fondamentalement le contenu. Aucune intention implicite en ce sens n'a pu être décelée en l'espèce. En fait, étant donné qu'un tribunal peut appliquer une mesure législative substantielle pour modifier des droits régis par une loi étrangère, [TRADUCTION] « une mesure législative ne devrait être qualifiée de procédurale que si cela ne fait aucun doute. S'il y a un doute, on devrait le dissiper en concluant que la mesure législative est une règle de fond » (*Block Bros. Realty Ltd. c. Mollard* (1981), 122 D.L.R. (3d) 323 (C.A.C.-B.), p. 328, cité avec approbation dans l'arrêt *Tolofson*, p. 1068-1069).

The procedural/substantive distinction is essentially a label. That label, however, has important constitutional consequences. Where a law is characterized as procedural, it constitutes valid law under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, as relating to the administration of justice within the province, so long as it applies to the Alberta courts or to actions proceeding before the Alberta courts. No other enquiry is required. If Alberta can treat limitation periods as procedural, then it can prescribe limitation periods for all actions proceeding before the Alberta courts without ever running afoul of the Constitution. If a law is characterized as substantive, however, it must be justified pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, as relating to civil rights in the province, meaning that the *Imperial Tobacco* analysis for the *situs* of intangibles is engaged. To allow Alberta to treat limitation periods as procedural is, essentially, to allow it to circumvent the *Imperial Tobacco* meaningful connection test. The effect would be to allow Alberta to legislate extra-territorially. In other words, the question of whether limitation periods are procedural or substantive is not something the province can decide. The reason for this is that the procedural/substantive distinction essentially determines, for purposes of constitutional validity, whether a law falls under s. 92(14) or s. 92(13) of the Constitution. That distinction must be based

37

La distinction entre les règles substantielles et les règles procédurales est essentiellement le résultat d'une désignation. Cette désignation a toutefois d'importantes conséquences constitutionnelles. Lorsqu'une règle est qualifiée de procédurale, elle est valide au regard du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à titre de règle se rapportant à l'administration de la justice dans la province, pour autant qu'elle s'applique aux tribunaux de l'Alberta ou aux actions intentées devant ces tribunaux. Aucun autre examen n'est requis. Si l'Alberta peut assimiler les délais de prescription à des règles procédurales, elle peut alors fixer des délais de prescription applicables à toutes les actions intentées devant ses tribunaux sans jamais contrevenir à la Constitution. Si une règle est qualifiée de substantielle, elle doit toutefois être justifiée au regard du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme se rapportant aux droits civils dans la province, ce qui a pour effet de déclencher l'analyse de l'arrêt *Imperial Tobacco* relative au *situs* des matières intangibles. Permettre à l'Alberta d'assimiler les délais de prescription à des règles procédurales revient essentiellement à lui permettre de contourner le critère du lien significatif établi dans l'arrêt *Imperial Tobacco*. Cela aurait pour effet d'autoriser l'Alberta à édicter des lois ayant une portée extraterritoriale. En d'autres termes, la province ne peut pas décider si les délais de

on something other than what a province says. It should in my view be based on the actual effects of the law. The effects of limitation periods were made clear in *Tolofson*: they cancel the substantive rights of plaintiffs to bring the suit, and they vest a right in defendants to be free from suit. This is the reality Alberta cannot ignore.

prescription sont des règles procédurales ou des règles substantielles. Il en est ainsi parce que la distinction entre les règles substantielles et les règles procédurales permet essentiellement de déterminer, sur le plan de la constitutionnalité, si une loi relève du par. 92(14) ou du par. 92(13) de la Constitution. Cette distinction doit reposer sur autre chose qu'une affirmation d'une province. J'estime qu'elle devrait être fondée sur les effets véritables de la loi. Les effets des délais de prescription ont été clairement exposés dans l'arrêt *Tolofson* : les délais de prescription éteignent le droit substantiel des demandeurs d'intenter des poursuites, et ils investissent les défendeurs du droit de ne pas être poursuivis. Telle est la réalité dont l'Alberta ne peut pas faire abstraction.

38 This may seem strange in light of the common law's traditional conception of limitation periods as procedural. This conception was relatively unchallenged until the decision in *Tolofson*, although La Forest J. notes at pp. 1071-72 that some common law courts had already begun to chip away at the right/remedy distinction on the basis of relevant policy considerations. In addition, at least one Canadian common law judge had recognized that limitation periods vest a right in the defendant to be free from suit: Stratton C.J.N.B., in *Clark v. Naqvi* (1989), 99 N.B.R. (2d) 271 (C.A.), at p. 275-76, cited with approval in *Tolofson*, at p. 1072. La Forest J. identified the two main reasons for the common law's long and mistaken acceptance of the procedural nature of limitation periods: the view that foreign litigants should not be granted advantages not available to forum litigants, and the mystical view that a common law cause of action gave the plaintiff a right that endured forever (*Tolofson*, at p. 1069). Neither of these is persuasive. I think the principle developed in *Tolofson* should no longer be questioned.

Cela peut sembler étrange à la lumière de la conception traditionnelle de common law selon laquelle les délais de prescription sont des règles procédurales. Cette conception était relativement incontestée avant l'arrêt *Tolofson*, bien que le juge La Forest souligne, aux p. 1071-1072, que certains tribunaux de common law avaient déjà commencé à réduire la portée de la distinction entre droits et recours pour des considérations de politique générale pertinentes. En outre, au moins un juge de common law canadien avait reconnu que les délais de prescription investissaient le défendeur du droit de ne pas être poursuivi : le juge en chef Stratton du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *Clark c. Naqvi* (1989), 99 R.N.-B. (2e) 271 (C.A.), p. 275-276, cité avec approbation dans l'arrêt *Tolofson*, p. 1072. Le juge La Forest a décrit les deux principales raisons pour lesquelles la common law reconnaît à tort depuis longtemps la nature procédurale des délais de prescription : l'opinion selon laquelle des justiciables étrangers ne devraient pas profiter d'avantages que ne peuvent tirer les justiciables du tribunal saisi, et l'opinion mystique selon laquelle une cause d'action en common law conférait au demandeur un droit permanent (*Tolofson*, p. 1069). Aucune de ces raisons n'est convaincante. J'estime qu'il faut cesser de mettre en doute le principe établi dans l'arrêt *Tolofson*.

39 Nonetheless, the common law long considered limitation periods as procedural, such that it may

Néanmoins, la common law a longtemps considéré que les délais de prescription étaient des

seem strange, at first glance, to conclude that limitations law must be considered substantive and, as regards provincial legislation, must be justified pursuant to s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, as constituting laws in pith and substance directed at civil rights. The characterization of limitation periods has up until now never raised constitutional concerns. This is the first time this Court has addressed a legislated choice of law rule dealing with limitation periods and had to pronounce on its constitutionality. In dealing with the issue, the Court must first recognize that the provinces cannot legislate extra-territorially. The common law was not similarly concerned with the territoriality principle until the decision in *Tolofson*, where La Forest J. refers to it explicitly. In holding that the proper choice of law rule for torts was the *lex loci delicti*, or the law of the place of the tort, La Forest J. explained that:

> It will be obvious from what I have just said that I do not accept the former British rule, adopted in *McLean v. Pettigrew*, that in adjudicating on wrongs committed in another country our courts should apply our own law, subject to the wrong being "unjustifiable" in the other country. As I see it, this involves a court's defining the nature and consequences of an act done in another country. This, barring some principled justification, seems to me to fly against the territoriality principle. [Emphasis added; p. 1052.]

Turning to the mistaken common law rule that limitation periods are procedural, La Forest J. referred to this same analysis: "The principle justification for the rule [that limitation periods are procedural], preferring the *lex fori* over the *lex loci delicti*, we saw, has been displaced by this case" (p. 1071). In *Tolofson*, La Forest J. was formulating common law choice of law rules. In this case, the Court is faced with a provincially legislated choice of law rule. It must be remembered that the territoriality principle of which La Forest J. speaks is not merely a matter of comity; it also constitutes a

règles procédurales, de sorte qu'à première vue il peut paraître étrange de conclure que les règles de prescription doivent être considérées comme des règles substantielles et, relativement à des mesures législatives provinciales, être justifiées au regard du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme touchant, de par leur caractère véritable, les droits civils. Jusqu'à maintenant, la qualification des délais de prescription n'a jamais été une source de préoccupation sur le plan constitutionnel. C'est la première fois que notre Cour examine une règle d'origine législative portant sur le choix de la loi applicable en matière de prescription et qu'elle doit se prononcer sur sa constitutionnalité. En examinant cette question, la Cour doit d'abord reconnaître que les provinces ne peuvent édicter des lois ayant une portée extraterritoriale. De même, la common law ne s'intéressait pas au principe de la territorialité jusqu'à ce que le juge La Forest le mentionne expressément dans l'arrêt *Tolofson*. En décidant que la règle du choix de la loi applicable en matière de responsabilité délictuelle devait être la *lex loci delicti*, c'est-à-dire la loi du lieu du délit, le juge La Forest a expliqué ceci :

> Il ressort à l'évidence de ce que je viens de dire que je n'accepte pas l'ancienne règle britannique, retenue dans l'arrêt *McLean c. Pettigrew*, suivant laquelle nos tribunaux devraient appliquer notre propre loi aux fautes commises dans un autre pays, à la condition que la faute en question soit « injustifiable » dans cet autre pays. Si je comprends bien, cela implique la définition par un tribunal de la nature et des conséquences d'un acte accompli dans un autre pays. En l'absence de quelque justification de principe, cela me semble aller à l'encontre du principe de la territorialité. [Je souligne; p. 1052.]

Quant à la règle de common law erronée selon laquelle les délais de prescription sont des règles procédurales, le juge La Forest s'est fondé sur la même analyse : « Comme nous l'avons vu, le principe qui [. . .] sous-tend [la règle selon laquelle les délais de prescription sont des règles procédurales], soit la préférence de la *lex fori* à la *lex loci delicti*, a été évincé en l'espèce » (p. 1071). Dans l'arrêt *Tolofson*, le juge La Forest formulait des règles de common law sur le choix de la loi applicable. Dans le présent pourvoi, la Cour est en présence d'une règle d'origine législative provinciale

constitutional limit on the legislative jurisdiction of the provinces.

40 The next question is whether, pursuant to the test developed in *Imperial Tobacco*, the rights to which s. 12 purports to apply are located in the province within the meaning of s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. If they are not, s. 12 will be deemed unconstitutional because of its extra-territorial effects.

3.2 *The Meaningful Connection Test*

41 Section 12 only renders Alberta limitations law applicable to actions proceeding before the Alberta courts. It constitutes in this sense a legislated choice of law rule that determines when the Alberta courts will apply Alberta limitations law. The appellant contends that the law on adjudicative jurisdiction and *forum conveniens* will ensure that, in all cases where s. 12 renders Alberta limitations law applicable, a real and substantial connection between Alberta and the cause of action will have been demonstrated. However, a real and substantial connection is not equivalent to a meaningful connection as defined in *Imperial Tobacco*. The two notions cannot be conflated.

42 In order for provincial legislation to be valid, there must be a meaningful connection between the enacting province, the legislative subject matter and the persons made subject to it. By contrast, the existence of a "real and substantial connection" is a more flexible inquiry that is meant to determine which court should hear the case as a matter of convenience. As La Forest J. explained in *Hunt*, at p. 325, the test "was not meant to be a rigid test, but was simply intended to capture the idea that there must be some limits on the claims to jurisdiction". Binnie J. stated in *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 63, 2003 SCC 40, at para. 58, that "a 'real

portant sur le choix de la loi applicable. Il faut se rappeler que le principe de la territorialité dont parle le juge La Forest n'est pas simplement une question de courtoisie; il représente aussi une restriction constitutionnelle de la compétence législative des provinces.

Il faut ensuite se demander si, conformément au critère établi dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, les droits auxquels l'art. 12 est censé s'appliquer sont situés dans la province, au sens de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. S'ils ne le sont pas, l'art. 12 sera jugé inconstitutionnel en raison de ses effets extraterritoriaux.

3.2 *Le critère du lien significatif*

L'article 12 rend les règles de prescription de l'Alberta applicables aux seules actions intentées devant les tribunaux de cette province. Il représente, en ce sens, une règle d'origine législative portant sur le choix de la loi applicable qui détermine dans quels cas les tribunaux albertains appliqueront les règles de prescription de l'Alberta. L'appelante soutient que le droit en matière de compétence juridictionnelle et de *forum conveniens* assurera que, dans tous les cas où l'art. 12 rend applicables les règles de prescription de l'Alberta, l'existence d'un lien réel et substantiel entre l'Alberta et la cause d'action aura été démontrée. Cependant, le lien réel et substantiel ne correspond pas au lien significatif défini dans l'arrêt *Imperial Tobacco*. Les deux notions ne sauraient être confondues.

Pour qu'une mesure législative provinciale soit valide, il doit y avoir un lien significatif entre la province qui l'adopte, l'objet de la mesure législative et les personnes qui y sont assujetties. Par contre, l'existence d'un « lien réel et substantiel » commande une analyse plus souple qui vise à déterminer quel tribunal devrait entendre l'affaire pour des raisons de commodité. Comme l'a expliqué le juge La Forest dans l'arrêt *Hunt*, p. 325, le critère « ne se voulait pas un critère rigide, mais visait simplement à exprimer l'idée que les revendications de compétence doivent être assujetties à certaines limites ». Dans l'arrêt *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, [2003]

and substantial connection' sufficient to permit the court of a province to take jurisdiction over a dispute may not be sufficient for the law of that province to regulate the outcome".

2 R.C.S. 63, 2003 CSC 40, par. 58, le juge Binnie a affirmé qu'« un "lien réel et substantiel" qui serait par ailleurs suffisant pour permettre aux tribunaux d'une province de se déclarer compétents à l'égard d'un litige peut toutefois ne pas être suffisant pour que les lois de cette province décident de l'issue de ce litige ».

Turning to the doctrine of *forum conveniens*, it is generally concerned with matters of convenience. This is why the real and substantial connection test and the *forum conveniens* doctrine do not necessarily require the same degree of connection between the province, the subject matter of the relevant law and the parties subject to that law, as does the *Imperial Tobacco* test. This led La Forest J. to recognize in *Tolofson*, at p. 1070, that "[t]he court takes jurisdiction not to administer local law, but for the convenience of litigants, with a view to responding to modern mobility and the needs of a world or national economic order."

43 Quant au principe du *forum conveniens*, il porte généralement sur des questions de commodité. C'est la raison pour laquelle le critère du lien réel et substantiel et le principe du *forum conveniens* n'exigent pas nécessairement le même degré de rattachement entre la province, l'objet de la mesure législative applicable et les parties qui y sont assujetties, que celui requis par le critère de l'arrêt *Imperial Tobacco*. Cela a amené le juge La Forest à reconnaître, dans l'arrêt *Tolofson*, p. 1070, que « [l]e tribunal assume compétence non pas pour appliquer la loi locale, mais pour accommoder les justiciables afin de répondre à la mobilité contemporaine et aux impératifs de l'ordre économique national ou mondial. »

The parties are making arguments that, should they be accepted, would bring this Court to conflate the constitutional threshold for adjudicative jurisdiction and the constitutional threshold for legislative jurisdiction. Such a result is unwarranted and would be contrary to *Imperial Tobacco*. The real and substantial connection necessary for the courts of a province to take jurisdiction over a claim constitutes a lower threshold than the meaningful connection required for a province to legislate with respect to the rights at issue.

44 Les parties avancent des arguments qui, s'ils étaient retenus, amèneraient notre Cour à confondre le critère constitutionnel de compétence juridictionnelle et le critère constitutionnel de compétence législative. Ce résultat est injustifié et irait à l'encontre de l'arrêt *Imperial Tobacco*. Le lien réel et substantiel nécessaire pour que les tribunaux d'une province se déclarent compétents à l'égard d'une affaire est un critère moins strict que le lien significatif requis pour qu'une province puisse légiférer à l'égard des droits en cause.

Section 12 is, in essence, a choice of law rule that is not premised on any connection other than the real and substantial connection necessary for the Alberta courts to take adjudicative jurisdiction. I therefore conclude that the real and substantial connection established is not sufficient to provide a meaningful connection between the province, the legislative subject matter and the individuals made subject to the law. Relying partly on *Muscutt v. Courcelles* (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), I concluded in dissenting reasons in *Unifund Assurance*, at para. 133, that "a link with the subject matter of

45 L'article 12 est essentiellement une règle du choix de la loi applicable qui n'est fondée sur aucun autre lien que le lien réel et substantiel nécessaire pour que les tribunaux albertains puissent se déclarer compétents à l'égard d'une affaire. Je conclus donc que le lien réel et substantiel dont l'existence a été établie n'est pas suffisant pour qu'il y ait un lien significatif entre la province, l'objet de la mesure législative et les personnes qui y sont assujetties. Dans les motifs dissidents que j'ai rédigés dans l'affaire *Unifund Assurance*, j'ai conclu, au par. 133, en m'appuyant en partie sur l'arrêt *Muscutt*

the claim is sufficient to establish the jurisdiction *simpliciter* of a forum given the flexible approach that has been endorsed by this Court". The flexibility of the approach used to determine jurisdiction is reflected in the unanimous decision of the Ontario Court of Appeal in *Muscutt*, which identifies the factors which ought to be considered:

- the connection between the forum and the plaintiff's claim;
- the connection between the forum and the defendant;
- unfairness to the defendant in assuming jurisdiction;
- unfairness to the plaintiff in not assuming jurisdiction;
- the involvement of other parties to the suit;
- the court's willingness to recognize and enforce an extra-provincial judgment rendered on the same jurisdictional basis;
- whether the case is interprovincial or international in nature; and
- comity and the standards of jurisdiction, recognition and enforcement prevailing elsewhere.

These factors are not strictly concerned with the connection of the forum to the parties and the cause of action. Instead, these factors reflect important policy considerations such as fairness, comity and efficiency.

46 Since s. 12 does not provide for a meaningful connection between Alberta, the civil rights affected by s. 12, and the plaintiffs and defendants made subject to s. 12, it violates the territorial limits of legislative competence contained in s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The purpose and effect of s. 12 is to apply Alberta law so as to destroy accrued and existing rights situate without

c. Courcelles (2002), 60 O.R. (3d) 20 (C.A.), que « l'existence d'un lien avec l'objet de l'action suffit pour établir la simple reconnaissance de compétence d'un tribunal vu la démarche souple à laquelle a souscrit notre Cour ». La souplesse de la démarche adoptée pour déterminer l'existence de compétence se reflète dans l'arrêt unanime *Muscutt* où la Cour d'appel de l'Ontario énumère les facteurs qui devraient être examinés :

- le lien entre le ressort et l'action du demandeur;
- le lien entre le ressort et le défendeur;
- l'injustice subie par le défendeur si le tribunal se déclare compétent;
- l'injustice subie par le demandeur si le tribunal ne se déclare pas compétent;
- les autres parties en cause;
- la disposition du tribunal reconnaître et exécuter un jugement extraprovincial reposant sur le même fondement juridictionnel;
- la question de savoir si l'affaire est de nature interprovinciale ou internationale;
- la courtoisie et les normes de compétence, de reconnaissance et d'exécution applicables ailleurs.

Ces facteurs ne visent pas strictement le lien entre le ressort, d'une part, et les parties et la cause d'action, d'autre part. Ils sont plutôt le reflet d'importantes considérations de politique générale telles que l'équité, la courtoisie et l'efficacité.

Étant donné que l'art. 12 ne prévoit pas qu'il doit exister un lien significatif entre l'Alberta, les droits civils touchés par cette disposition et les demandeurs et défendeurs qui y sont assujettis, il viole les limites territoriales de la compétence législative établies à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'article 12 a pour objet et pour effet d'appliquer le droit albertain de façon à anéantir des droits

the province, regardless of whether or not Alberta has a meaningful connection to those rights or right-holders.

This is true for both proposed interpretations. The interpretation suggested by the appellant means that in all cases where a remedial order is sought in Alberta and where foreign law governs the claim, s. 12 will destroy the substantive right of either the plaintiff or the defendant. Where the Alberta limitation period is shorter than its foreign counterpart, s. 12 will destroy the right of the plaintiff to bring the suit. Where the Alberta limitation period is longer than its foreign counterpart, s. 12 will destroy the right of the defendant to be free from suit.

The interpretation suggested by the respondent means that s. 12 only has effect where the Alberta limitation period is shorter than the foreign limitation period. Where the Alberta limitation period is longer than its foreign counterpart, the respondent argues that the cause of action will have ceased to exist under the foreign law and that there will therefore be no claim upon which to sue in Alberta. According to this interpretation, s. 12 only destroys the substantive rights of plaintiffs. Leaving aside the correctness of this interpretation, the fact that s. 12 destroys the substantive rights of plaintiffs to bring suit is sufficient to render it unconstitutional. This is because Alberta is legislating so as to destroy the substantive rights of plaintiffs to bring an action without providing for a meaningful connection between Alberta, the rights in question and the right-holders.

The notion that this problem can be overcome because a new action could be started in California, even where the Alberta court has decided that it constitutes the proper forum, is questionable. The question of whether or not the action could proceed in California is not before the Court. Instead, an Alberta court has taken jurisdiction and, in accordance with s. 12, must apply the substantive law of California to govern the claim. Here, the effect of s. 12 is then to deny the plaintiff the right to bring the suit. Accepting that s. 12 does not provide a

acquis et existants qui sont situés à l'extérieur de la province, indépendamment de la question de savoir si l'Alberta a un lien significatif avec ces droits ou leurs titulaires.

47 Cela est vrai pour les deux interprétations proposées. L'interprétation proposée par l'appelante signifie que, dans tous les cas où une demande de réparation est présentée en Alberta et où la loi étrangère régit la demande, l'art. 12 anéantira le droit substantiel de l'un ou l'autre du demandeur ou du défendeur. Si le délai de prescription applicable en Alberta est plus court que son pendant étranger, l'art. 12 anéantira le droit du demandeur d'intenter l'action. Si le délai de prescription est plus long en Alberta qu'à l'étranger, l'art. 12 anéantira le droit du défendeur de ne pas être poursuivi.

48 Selon l'interprétation proposée par l'intimé, l'art. 12 s'applique seulement lorsque le délai de prescription de l'Alberta est plus court que celui du ressort étranger. L'intimé fait valoir que, dans le cas où le délai de prescription albertain est plus long que son pendant étranger, aucun recours ne pourra être exercé en Alberta du fait que le droit d'action aura cessé d'exister sous le régime du droit étranger. Suivant cette interprétation, l'art. 12 n'anéantit que les droits substantiels des demandeurs. Indépendamment de l'exactitude de cette interprétation, le fait que l'art. 12 anéantisse les droits d'action substantiels des demandeurs suffit à le rendre inconstitutionnel. Il en est ainsi parce que l'Alberta légifère de façon à anéantir les droits d'action substantiels des demandeurs sans prescrire l'existence d'un lien significatif entre la province, les droits en question et leurs titulaires.

49 L'idée que ce problème peut être surmonté en raison de la possibilité d'intenter une nouvelle action en Californie, même dans le cas où le tribunal albertain s'est déclaré compétent, est sujette à caution. La Cour n'est pas saisie de la question de savoir si l'action pourrait être intentée en Californie. Au contraire, un tribunal albertain s'est déclaré compétent et est tenu, conformément à l'art. 12, d'appliquer le droit substantiel de la Californie à l'action dont il est saisi. L'article 12 a donc pour effet, en l'espèce, de priver la demanderesse du

meaningful connection between Alberta and the right upon which the plaintiff is suing, such an interference with the plaintiff's right is unconstitutional.

50 For the reasons given above, s. 12 of the *Limitations Act* also fails the second branch of the *Imperial Tobacco* test insofar as it simply disregards the legislative sovereignty of other jurisdictions within which the substantive rights at issue are situated.

51 This is not to say that the provinces are constitutionally prohibited from modifying the ordinary choice of law rules. However, should they chose to do so, they must legislate within their territorial limits and ensure that there is a meaningful connection between the enacting province, the legislative subject matter and the persons made subject to their laws.

4. Conclusion

52 Since I find that both proposed interpretations of s. 12 are unconstitutional, I need not resolve the issue of the proper interpretation of s. 12. Section 12 of the Alberta *Limitations Act* is invalid and of no force or effect. I therefore agree that the California one-year limitation period applies to bar the plaintiff's action.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Macleod Dixon, Calgary.

Solicitors for the respondent: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitor for the intervener: Alberta Justice, Edmonton.

droit d'intenter l'action. En admettant que l'art. 12 ne prévoit pas l'existence d'un lien significatif entre l'Alberta et le droit sur lequel la demanderesse fonde son action, l'atteinte portée au droit de la demanderesse est inconstitutionnelle.

Pour les motifs susmentionnés, l'art. 12 de la *Limitations Act* ne respecte pas non plus le deuxième volet du critère de l'arrêt *Imperial Tobacco* dans la mesure où il ne tient simplement pas compte de la souveraineté législative des autres ressorts où sont situés les droits substantiels en cause.

Cela ne signifie pas que la Constitution empêche les provinces de modifier les règles ordinaires du choix de la loi applicable. Cependant, si elles décident de le faire, elles doivent légiférer à l'intérieur de leurs limites territoriales et s'assurer de l'existence d'un lien significatif entre la province qui légifère, l'objet de la mesure législative et les personnes qui y sont assujetties.

4. Conclusion

Comme j'estime que les deux interprétations proposées pour l'art. 12 sont inconstitutionnelles, il n'est pas nécessaire que je tranche la question de l'interprétation correcte de l'art. 12. L'article 12 de la *Limitations Act* de l'Alberta est invalide et inopérant. Je conviens donc que le délai de prescription d'un an en vigueur en Californie s'applique de manière à rendre irrecevable l'action de la demanderesse.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Macleod Dixon, Calgary.

Procureurs de l'intimé : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intervenant : Alberta Justice, Edmonton.

Philip Neil Wiles *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* WILES

Neutral citation: 2005 SCC 84.

File No.: 30199.

Hearing and judgment: October 11, 2005.

Reasons delivered: December 22, 2005.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Mandatory firearms prohibition — Production of cannabis — Criminal Code providing for mandatory firearms prohibition order upon conviction for offence of production of cannabis — Whether mandatory firearms prohibition order constitutes cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 109(1)(c) — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 7.

The accused entered a plea of guilty on two charges of unlawfully producing cannabis, contrary to s. 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*. At sentencing, the Crown sought a mandatory firearms prohibition order pursuant to s. 109(1)(*c*) of the *Criminal Code*. The accused challenged the constitutionality of s. 109(1)(*c*), alleging that the imposition of the mandatory weapons prohibition orders constituted "cruel and unusual punishment" in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The sentencing judge found that the mandatory prohibition infringed s. 12 because there was not necessarily a nexus between the purpose of the mandatory prohibition and the offence of production of cannabis. He also found that the

Philip Neil Wiles *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* WILES

Référence neutre : 2005 CSC 84.

N° du greffe : 30199.

Audition et jugement : 11 octobre 2005.

Motifs déposés : 22 décembre 2005.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession — Production de cannabis — Code criminel prévoyant une ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession en cas de condamnation pour production de cannabis — L'ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession est-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 109(1)c) — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 7.

L'accusé a plaidé coupable à deux accusations d'avoir produit illégalement du cannabis, en contravention du par. 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Au moment de la détermination de la peine, le ministère public a demandé une ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes en sa possession prévue par l'al. 109(1)*c*) du *Code criminel*. L'accusé a contesté la constitutionnalité de l'al. 109(1)*c*), alléguant que l'imposition de l'ordonnance d'interdiction obligatoire constitue « une peine cruelle et inusitée » interdite par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu que l'interdiction obligatoire contrevenait à l'art. 12 parce qu'il n'existait pas forcément de lien

infringement was not justified under s. 1 of the *Charter*. The sentencing judge therefore read down s. 109(1)(*c*) to provide for a discretionary rather than mandatory order and declined to make the prohibition orders. The Court of Appeal overturned the sentencing judge's decision, holding that the test for an infringement of s. 12 had not been met.

Held: The appeal should be dismissed.

The mandatory weapons prohibition order under s. 109(1)(*c*) of the *Criminal Code* when imposed upon conviction for the offence of production of cannabis does not violate s. 12 of the *Charter*. The prohibition, which constitutes a "treatment or punishment" within the meaning of s. 12, has a legitimate connection to s. 7 drug offences and relates to a recognized sentencing goal of protecting the public. Possession and use of firearms is a heavily regulated privilege, and the loss of that privilege does not support a finding of gross disproportionality because it falls short of a punishment "so excessive as to outrage standards of decency". In addition, the mandatory provision does not have a grossly disproportionate effect having regard to any reasonable hypothetical, given the ameliorative provision found in s. 113 of the *Criminal Code* which permits the court to lift the order for sustenance or employment reasons. [3] [9-10]

Cases Cited

Referred: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39; *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 109, 113.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (Bateman, Oland and Hamilton JJ.A.) (2004), 220 N.S.R. (2d) 126, 694 A.P.R. 126, 115 C.R.R. (2d) 193, [2004] N.S.J. No. 2 (QL), 2004 NSCA 3, setting aside a decision of Chief Judge

entre l'objet de l'interdiction obligatoire et l'infraction de production de cannabis. Il a aussi conclu que cette atteinte n'était pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge chargé de la détermination de la peine a donc donné une interprétation atténuée de l'al. 109(1)*c*), selon laquelle il ne lui imposait pas une obligation, mais lui conférait un pouvoir discrétionnaire, et il a refusé de prononcer les ordonnances d'interdiction. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge chargé de la détermination de la peine, parce que la disposition contestée ne satisfaisait pas au critère permettant de conclure à une violation de l'art. 12.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes en sa possession rendue en vertu de l'al. 109(1)*c*) du *Code criminel*, à la suite d'une déclaration de culpabilité d'une infraction de production de cannabis, ne contrevient pas à l'art. 12 de la *Charte*. L'interdiction, qui constitue un « traitement ou une peine » au sens de l'art. 12, a un lien légitime avec les infractions relatives aux stupéfiants prévues par l'art. 7 et se rattache à un objectif de détermination de la peine reconnu, soit la protection du public. La possession et l'utilisation d'armes à feu est un privilège fortement réglementé dont la perte ne justifie pas une conclusion de peine exagérément disproportionnée, parce qu'il ne s'agit pas d'une peine « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine ». De plus, la disposition obligatoire n'a pas un effet exagérément disproportionné eu égard à quelque hypothèse raisonnable que ce soit, compte tenu de l'effet bonifiant de l'art. 113 du *Code criminel* qui permet au tribunal de lever l'interdiction pour des motifs liés à la subsistance ou à l'emploi. [3] [9-10]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 109, 113.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 7.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (les juges Bateman, Oland et Hamilton) (2004), 220 N.S.R. (2d) 126, 694 A.P.R. 126, 115 C.R.R. (2d) 193, [2004] N.S.J. No. 2 (QL), 2004 NSCA 3, qui a infirmé la décision du juge en

Batiot (2003), 110 C.R.R. (2d) 1, [2003] N.S.J. No. 529 (QL), 2003 NSPC 14. Appeal dismissed.

Philip J. Star, Q.C., and *Gregory Barro*, for the appellant.

Kenneth J. Yule, Q.C., and *David Schermbrucker*, for the respondent.

David Finley and *Pam Goode*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. — Does the mandatory weapons prohibition order under s. 109(1)(*c*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, when imposed upon conviction of the offence of production of cannabis, violate the appellant's right "not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment" guaranteed by s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*? These are the constitutional questions raised on this appeal.

Mr. Wiles entered a plea of guilty on two charges of unlawfully producing cannabis, contrary to s. 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("*CDSA*"), the second offence having been committed while he was on release in respect of the first. The marihuana grow operation was discovered on the first occasion when the police responded to a 911 call made accidentally by one of Mr. Wiles' daughters. At this time, the police noted that Mr. Wiles possessed six firearms, all properly stored and licensed. The firearms were left in his possession. At sentencing, the Crown sought the mandatory prohibition orders under s. 109(1)(*c*) of the *Criminal Code* in addition to the sentence jointly agreed upon by counsel. Under the terms of s. 109, a 10-year minimum prohibition order is mandatory upon first conviction of any one of certain enumerated drug offences (s. 109(2)). Upon subsequent convictions, the prohibition order is for life

chef Batiot (2003), 110 C.R.R. (2d) 1, [2003] N.S.J. No. 529 (QL), 2003 NSPC 14. Pourvoi rejeté.

Philip J. Star, c.r., et *Gregory Barro*, pour l'appelant.

Kenneth J. Yule, c.r., et *David Schermbrucker*, pour l'intimée.

David Finley et *Pam Goode*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON — L'ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes en sa possession rendue en vertu de l'al. 109(1)*c*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à la suite d'une déclaration de culpabilité d'une infraction de production de cannabis, porte-t-elle atteinte au droit de l'appelant « à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités » garanti par l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Dans l'affirmative, ce droit est-il restreint par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*? Ce sont là les questions constitutionnelles que soulève le présent pourvoi. 1

M. Wiles a plaidé coupable à deux accusations d'avoir produit illégalement du cannabis, en contravention du par. 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (« *LRDS* »), la deuxième infraction ayant été commise alors qu'il était en liberté provisoire relativement à la première. Les installations de culture de marihuana ont d'abord été découvertes lorsque la police a répondu à un appel au service 911 fait accidentellement par une des filles de M. Wiles. La police a alors remarqué que M. Wiles possédait six armes à feu, toutes correctement entreposées et faisant toutes l'objet d'un permis. Les armes à feu sont restées en sa possession. Au moment de la détermination de la peine, le ministère public a demandé, outre la peine convenue par les avocats des parties, les ordonnances d'interdiction obligatoire prévues par l'al. 109(1)*c*) du *Code criminel*. Selon l'art. 109, une ordonnance d'interdiction d'une durée minimale 2

(s. 109(3)). Mr. Wiles challenged the constitutionality of s. 109(1)(*c*), alleging that the imposition of the mandatory weapons prohibition orders constitutes "cruel and unusual punishment" in violation of s. 12 of the *Charter*. The relevant legislative and *Charter* provisions are annexed.

3 The Crown concedes that a weapons prohibition order constitutes a "treatment or punishment" within the meaning of s. 12 of the *Charter*. In my view, this concession is well made. Although the purpose of the prohibition order is primarily preventative, in taking away the privilege to possess weapons, it may have some punitive effect on the offender. The question then is whether the loss of this privilege upon conviction of the offence of production is "cruel and unusual".

4 This Court has dealt with s. 12 on many occasions and there is no controversy on the test that must be met. Treatment or punishment which is disproportionate or "merely excessive" is not "cruel and unusual": *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072. The treatment or punishment must be "so excessive as to outrage standards of decency": *Smith*, at p. 1072; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 499; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, at p. 724. The court must be satisfied that "the punishment imposed is *grossly* disproportionate for the offender, such that Canadians would find the punishment abhorrent or intolerable": *R. v. Morrisey*, [2000] 2 S.C.R. 90, 2000 SCC 39, at para. 26 (emphasis in original).

5 The court must first determine whether the treatment or punishment is grossly disproportionate for the individual offender having regard to all contextual factors. Relevant factors may include: the gravity of the offence, the personal characteristics of the offender, the particular circumstances of the case, the actual effect of the treatment or punishment

de 10 ans doit être rendue en cas de condamnation pour une première infraction relative à des stupéfiants parmi les infractions énumérées (par. 109(2)). En cas de condamnation subséquente, l'interdiction est perpétuelle (par. 109(3)). M. Wiles a contesté la constitutionnalité de l'al. 109(1)*c*), alléguant que l'imposition d'ordonnances d'interdiction obligatoire d'avoir des armes en sa possession constitue « une peine cruelle et inusitée » interdite par l'art. 12 de la *Charte*. Les dispositions pertinentes de la loi et de la *Charte* sont reproduites en annexe.

Le ministère public concède qu'une ordonnance d'interdiction d'avoir des armes en sa possession constitue un « traitement ou une peine » au sens de l'art. 12 de la *Charte*. À mon avis, cette concession est tout à fait fondée. Bien qu'elle remplisse avant tout une fonction préventive, l'ordonnance d'interdiction peut avoir un certain effet punitif sur le délinquant, car elle lui supprime le privilège de posséder des armes. La question est donc de savoir si la perte de ce privilège à la suite d'une déclaration de culpabilité de l'infraction de production illégale est « cruelle et inusitée ».

Notre Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'art. 12 et le critère applicable n'est pas controversé. Un traitement ou une peine qui est disproportionné ou « simplement excessi[f] » n'est pas « cruel et inusité » : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1072. Le traitement ou la peine doit être « excessi[f] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » : *Smith*, p. 1072; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, p. 499; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, p. 724. Le tribunal doit être convaincu que « la peine qui a été infligée est *exagérément* disproportionnée en ce qui concerne ce délinquant, au point où les Canadiens et Canadiennes considéreraient cette peine odieuse ou intolérable » : *R. c. Morrisey*, [2000] 2 R.C.S. 90, 2000 CSC 39, par. 26 (souligné dans l'original).

Le tribunal doit d'abord déterminer si le traitement ou la peine est exagérément disproportionné en ce qui concerne le délinquant en tenant compte de tous les facteurs contextuels. Les facteurs pertinents peuvent comprendre les suivants : la gravité de l'infraction commise, les caractéristiques personnelles du contrevenant, les circonstances

on the individual, relevant penological goals and sentencing principles, the existence of valid alternatives to the treatment or punishment imposed, and a comparison of punishments imposed for other crimes in the same jurisdiction: see *Morrisey*, at paras. 27-28. If the treatment or punishment is grossly disproportionate for the individual offender in light of all relevant contextual factors, the court proceeds to determine whether the infringement can be justified under s. 1 of the *Charter*. If it is not disproportionate for the individual offender, the court must still consider whether the treatment or punishment is disproportionate having regard to reasonable hypotheticals. In *Goltz*, it was made clear that reasonable hypotheticals can not be "far-fetched or only marginally imaginable" (p. 515). They cannot be "remote or extreme examples" (p. 515). Rather they should consist of examples that "could commonly arise in day-to-day life" (p. 516).

Mr. Wiles presented no evidence as to his need for the firearms found in his possession and made no argument that the prohibition orders had any particular impact upon him. He bases his constitutional argument, rather, on the general effect of the mandatory weapons prohibition, essentially raising two grounds. First, he contends that by virtue of its mandatory nature, s. 109(1)(*c*) does not permit a distinction between big marihuana grow operators and small ones. To make his point, he raises the hypothetical of a 75-year-old grandmother experimenting with growing a single marihuana plant on the kitchen windowsill who is caught and charged under s. 7(1) of the *CDSA*. This hypothetical offender would be subject to the same minimum weapons prohibition as the large commercial producer. On this point, Mr. Wiles asks this Court to draw on its analysis in *Smith* where the mandatory imposition of a minimum seven-year jail sentence for the offence of importing narcotics was held to be unconstitutional, essentially on the basis of its grossly disproportionate effect on hypothetical offenders. Second, Mr. Wiles submits that s. 109(1)(*c*) is grossly

particulières de l'affaire, l'effet réel du traitement ou de la peine sur l'individu, les objectifs pénologiques et les principes de détermination de la peine pertinents, l'existence de solutions de rechange valables au traitement ou à la peine effectivement infligé et la comparaison avec des peines infligées pour d'autres crimes dans le même ressort : voir *Morrisey*, par. 27-28. Si, compte tenu de tous les facteurs contextuels pertinents, le traitement ou la peine est exagérément disproportionné en ce qui concerne le délinquant, le tribunal détermine si la violation peut être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Si le traitement ou la peine n'est pas exagérément disproportionné en ce qui concerne le délinquant, le tribunal doit tout de même déterminer si le traitement ou la peine est disproportionné au regard d'hypothèses raisonnables. Dans *Goltz*, il a été clairement établi que les hypothèses raisonnables ne peuvent être « ni invraisemblable[s] ni difficilement imaginable[s] » (p. 515). Elles ne peuvent consister en des « exemples extrêmes ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce » (p. 515). Il doit plutôt s'agir de circonstances « qui pourraient se présenter couramment dans la vie quotidienne » (p. 516).

6 M. Wiles n'a présenté aucune preuve pour établir qu'il aurait besoin des armes à feu trouvées en sa possession et n'a pas soutenu que les ordonnances d'interdiction avaient un effet particulier sur lui. Il fonde plutôt son argument constitutionnel sur l'effet général de l'interdiction obligatoire d'avoir des armes en sa possession, et fait valoir essentiellement deux moyens. Premièrement, il soutient que, de par son caractère obligatoire, l'al. 109(1)*c*) ne permet pas de faire une distinction entre les petits et les gros producteurs de marihuana. Pour étayer sa thèse, il évoque l'hypothèse d'une grand-mère de 75 ans qui essaie de faire pousser un seul plant de marihuana sur l'appui de la fenêtre de la cuisine, qui se fait prendre et qui est accusée en vertu du par. 7(1) de la *LRDS*. Cette délinquante hypothétique ferait l'objet de la même interdiction minimale d'avoir des armes en sa possession que le gros producteur commercial. À cet égard, M. Wiles demande à notre Cour de s'inspirer de l'analyse à laquelle elle s'est livrée dans l'arrêt *Smith*, où l'imposition obligatoire d'une peine minimale de sept ans pour l'infraction d'importation de stupéfiants a été jugée inconstitutionnelle,

disproportionate because it does not require any consideration as to whether the underlying offence involved violence or whether the individual offender poses a future risk to public safety.

7 At the sentencing hearing, Chief Judge Batiot found that the mandatory prohibition infringed s. 12 of the *Charter* because there was not necessarily a nexus between the purpose of the mandatory prohibition — the reduction of the risk of future violence, and the offence of production under s. 7 of the *CDSA* ((2003), 110 C.R.R. (2d) 1, 2003 NSPC 14). With respect to this particular offender, he noted that "but for" s. 109, there would not be any mention of a firearms prohibition, as it would have been "irrelevant", given that the accused's firearms were legally stored, and not used to defend his grow operation (para. 16). Therefore, the fact that the mandatory prohibition attached to all offences under s. 7(1) without regard to whether the individual accused posed a risk of future violence rendered it "grossly disproportionate" and a violation of the accused's right not to be subjected to cruel and unusual punishment. Similarly, because s. 109 did not provide for discretion not to impose the prohibition in cases, such as the one at hand, where the accused did not present "an actual or potential danger with [a] firearm" (para. 41), the accused's right was not minimally impaired, and the violation could not be upheld as a demonstrably justified limit under s. 1. The sentencing judge therefore read down the section to provide for a discretionary rather than mandatory order and declined to make the prohibition orders.

8 Bateman J.A. for the Nova Scotia Court of Appeal, Oland and Hamilton JJ.A. concurring, overturned the sentencing judge's decision, holding that the test for an infringement of s. 12 had not

essentiellement en raison de son effet exagérément disproportionné à l'égard de délinquants hypothétiques. Deuxièmement, M. Wiles fait valoir que l'al. 109(1)*c*) est exagérément disproportionné parce qu'il n'exige pas l'examen de la question de savoir si l'infraction sous-jacente comportait de la violence ou si le délinquant en cause constitue un risque pour la sécurité du public.

À l'audience de détermination de la peine, le juge en chef Batiot a conclu que l'interdiction obligatoire contrevenait à l'art. 12 de la *Charte* parce qu'il n'existait pas forcément de lien entre l'objet de l'interdiction obligatoire, soit la réduction des risques de violence future, et l'infraction de production prévue par l'art. 7 de la *LRDS* ((2003), 110 C.R.R. (2d) 1, 2003 NSPC 14). Pour ce qui est de ce contrevenant en particulier, il a indiqué que, [TRADUCTION] « n'eût été » l'art. 109, il n'aurait pas été question d'une interdiction relative aux armes à feu, car une telle interdiction aurait été [TRADUCTION] « dénuée de pertinence » étant donné que les armes à feu du prévenu étaient entreposées légalement et n'étaient pas utilisées pour défendre ses installations de culture (par. 16). En conséquence, l'interdiction obligatoire, parce qu'elle se rattache à toutes les infractions prévues par le par. 7(1), peu importe que l'accusé constitue ou non un risque pour la sécurité du public, est « exagérément disproportionnée » et viole le droit du prévenu à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités. De même, l'art. 109 ne conférant aucun pouvoir discrétionnaire de ne pas imposer l'interdiction dans les cas où, comme en l'espèce, le prévenu ne présente [TRADUCTION] « aucun danger réel ou potentiel lié aux armes à feu » (par. 41), l'atteinte au droit du prévenu n'était pas minimale et ne pouvait se justifier au sens de l'article premier. Le juge chargé de la détermination de la peine a donc donné une interprétation atténuée de cette disposition, selon laquelle elle ne lui imposait pas une obligation, mais lui conférait un pouvoir discrétionnaire, et il a refusé de prononcer les ordonnances d'interdiction.

Le juge Bateman de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, avec l'appui des juges Oland et Hamilton, a infirmé la décision du juge chargé de la détermination de la peine, parce que la disposition

been met ((2004), 220 N.S.R. (2d) 126, 2004 NSCA 3). The Court of Appeal found that there was a connection between the mandatory prohibition and s. 7 offences, based on evidence presented at the hearing as to the frequency with which firearms are used to protect grow-operations against theft, to the point, as noted by the sentencing judge (para. 17), that in any raid, the police will assume guns are present and will take the necessary precautions for the officers' safety. The Court of Appeal also found that the sentencing judge failed to take into account the ameliorative effects of the exception provided for by s. 113 of the *Criminal Code* in cases where the prohibition would result in a deprivation of livelihood or sustenance. In Bateman J.A.'s opinion, this provision eliminated those cases where the imposition of a mandatory prohibition might be found to be "grossly disproportionate".

contestée ne satisfaisait pas au critère permettant de conclure à une violation de l'art. 12 ((2004), 220 N.S.R. (2d) 126, 2004 NSCA 3). La Cour d'appel a statué qu'il existait un lien entre l'interdiction obligatoire et les infractions prévues par l'art. 7, en se fondant sur la preuve présentée à l'audience selon laquelle les armes à feu sont utilisées tellement souvent pour protéger les installations de culture contre le vol que, comme l'a souligné le juge chargé de la détermination de la peine (par. 17), lors de chaque descente, la police tient la présence d'armes pour acquise et prend les précautions nécessaires pour protéger ses agents. La Cour d'appel a également estimé que le juge chargé de la détermination de la peine avait omis de tenir compte de l'effet bonifiant de l'exception prévue par l'art. 113 du *Code criminel* dans les cas où l'interdiction priverait une personne de ses moyens d'existence ou de subsistance. De l'avis du juge Bateman, cette disposition élimine les cas où l'imposition d'une interdiction obligatoire pourrait être jugée « exagérément disproportionnée ».

I agree with the Court of Appeal. Mr. Wiles has not established that the imposition of the mandatory weapons prohibition orders constitutes cruel and unusual punishment. As noted by the Court of Appeal, the prohibition has a legitimate connection to s. 7 offences. The mandatory prohibition relates to a recognized sentencing goal — the protection of the public, and in particular, the protection of police officers engaged in the enforcement of drug offences. The state interest in reducing the misuse of weapons is valid and important. The sentencing judge gave insufficient weight to the fact that possession and use of firearms is not a right or freedom guaranteed under the *Charter*, but a privilege. It is also a heavily regulated activity, requiring potential gun-owners to obtain a licence before they can legally purchase one. In *Reference re Firearms Act (Can.)*, [2000] 1 S.C.R. 783, 2000 SCC 31, this Court held that requiring the licensing and registration of firearms was a valid exercise of the federal criminal law power. If Parliament can legitimately impose restrictions on the possession of firearms by general legislation that applies to all, it follows that it can prohibit their possession upon conviction of certain criminal offences where it deems it in the

9

Je partage l'opinion de la Cour d'appel. M. Wiles n'a pas établi que l'imposition des ordonnances d'interdiction obligatoire d'avoir des armes en sa possession constitue un traitement ou une peine cruel et inusité. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, l'interdiction a un lien légitime avec les infractions prévues par l'art. 7. L'interdiction obligatoire se rattache à un objectif de détermination de la peine reconnu, soit la protection du public et, en particulier, la protection des agents de police chargés de la répression des infractions en matière de drogue. L'intérêt qu'a l'État à réduire l'utilisation abusive des armes est valable et important. Le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas accordé suffisamment d'importance au fait que la possession et l'utilisation d'armes à feu ne constitue pas un droit ou une liberté que garantit la *Charte*, mais un privilège. Il s'agit également d'une activité fortement réglementée, qui exige des propriétaires d'armes éventuels qu'ils obtiennent un permis avant de pouvoir légalement en acheter une. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783, 2000 CSC 31, notre Cour a statué que le fait d'assujettir les armes à feu à l'obtention d'un permis et à l'enregistrement constituait un exercice valide de

public interest to do so. It is sufficient that Mr. Wiles falls within a category of offenders targeted for the risk that they may pose. The sentencing judge's insistence upon specific violence, actual or apprehended, in relation to the particular offence and the individual offender takes too narrow a view of the rationale underlying the mandatory weapons prohibition orders.

10 Insofar as the individual offender is concerned, there is no evidence as to any effect that the prohibition orders will have on Mr. Wiles, apart from the loss of the firearms already in his possession. Since he was legally in possession of the firearms, the sentencing judge inferred that he was a recreational hunter and shooter. Even assuming that to be the case, the loss of this privilege would not support the sentencing judge's finding of gross disproportionality. As a twice convicted producer of a controlled substance, Mr. Wiles' loss of the privilege to possess firearms for recreational purposes falls far short of punishment "so excessive as to outrage our standards of decency". In addition, the mandatory provision does not have a grossly disproportionate effect having regard to any reasonable hypothetical. Again here, I agree with the Court of Appeal that the sentencing judge did not properly weigh the ameliorative effect of s. 113 of the *Criminal Code* which permits the court to lift the order for sustenance or employment reasons. As stated by Bateman J.A., "[t]his is a key companion provision to s. 109(1)(c) which would eliminate, where appropriate, any unacceptable consequences of a firearms prohibition" (para. 57).

la compétence fédérale en matière de droit criminel. Si le législateur peut légitimement imposer des restrictions à la possession d'armes à feu au moyen d'une législation générale applicable à tous, il s'ensuit qu'il peut en interdire la possession à la suite d'une déclaration de culpabilité de certaines infractions criminelles s'il estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire. Il suffit que M. Wiles appartienne à une catégorie de délinquants ciblés en raison du risque qu'ils peuvent présenter. En mettant l'accent sur une violence réelle ou appréhendée bien précise, liée à l'infraction et au délinquant en cause, le juge chargé de la détermination de la peine adopte une perspective trop étroite de la raison d'être des ordonnances d'interdiction obligatoire d'avoir des armes en sa possession.

Pour ce qui est du délinquant en cause, la preuve n'établit pas que les ordonnances d'interdiction auront quelque conséquence que ce soit pour M. Wiles, hormis la perte des armes à feu qu'il a déjà en sa possession. Comme il était en possession de ces armes à feu en toute légalité, le juge chargé de la détermination de la peine en a déduit qu'il les utilisait pour la chasse et le tir à des fins récréatives. Même si c'était le cas, la perte de ce privilège ne justifierait pas la conclusion du juge qui a prononcé la sentence selon laquelle cette peine est exagérément disproportionnée. M. Wiles ayant été à deux reprises déclaré coupable de production d'une substance réglementée, la perte de son privilège de posséder des armes à feu à des fins récréatives est bien loin de constituer une peine « excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine ». De plus, la disposition obligatoire n'a pas un effet exagérément disproportionné eu égard à quelque hypothèse raisonnable que ce soit. Je suis encore une fois d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge chargé de la détermination de la peine n'a pas correctement apprécié l'effet bonifiant de l'art. 113 du *Code criminel* qui permet au tribunal de lever l'interdiction pour des motifs liés à la subsistance ou à l'emploi. Comme l'a affirmé le juge Bateman de la Cour d'appel [TRADUCTION] « [i]l s'agit d'une disposition complémentaire clé de l'al. 109(1)c) qui permet d'éliminer, dans les cas opportuns, toute conséquence inacceptable d'une interdiction relative aux armes à feu » (par. 57).

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 11

APPENDIX

Canadian Charter of Rights and Freedoms

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19

7. (1) Except as authorized under the regulations, no person shall produce a substance included in Schedule I, II, III or IV.

(2) Every person who contravenes subsection (1)

. . .

(*b*) where the subject-matter of the offence is cannabis (marihuana), is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding seven years;

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

109. (1) Where a person is convicted, or discharged under section 730, of

. . .

(*c*) an offence relating to the contravention of subsection 5(3) or (4), 6(3) or 7(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, or

. . .

the court that sentences the person or directs that the person be discharged, as the case may be, shall, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, make an order prohibiting the person from possessing any firearm, cross-bow, prohibited weapon, restricted weapon, prohibited device, ammunition, prohibited ammunition and explosive substance during the period specified in the order as determined in accordance with subsection (2) or (3), as the case may be.

(2) An order made under subsection (1) shall, in the case of a first conviction for or discharge from the offence to which the order relates, prohibit the person from possessing

ANNEXE

Charte canadienne des droits et libertés

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19

7. (1) Sauf dans les cas autorisés aux termes des règlements, la production de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV est interdite.

(2) Quiconque contrevient au paragraphe (1) commet :

. . .

b) dans le cas du cannabis (marihuana), un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de sept ans;

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

109. (1) Le tribunal doit, en plus de toute autre peine qu'il lui inflige ou de toute autre condition qu'il lui impose dans l'ordonnance d'absolution, rendre une ordonnance interdisant au contrevenant d'avoir en sa possession des armes à feu, arbalètes, armes prohibées, armes à autorisation restreinte, dispositifs prohibés, munitions, munitions prohibées et substances explosives pour la période fixée en application des paragraphes (2) ou (3), lorsqu'il le déclare coupable ou l'absout en vertu de l'article 730, selon le cas :

. . .

c) d'une infraction aux paragraphes 5(3) ou (4), 6(3) ou 7(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*;

. . .

(2) En cas de condamnation ou d'absolution du contrevenant pour une première infraction, l'ordonnance interdit au contrevenant d'avoir en sa possession :

(*a*) any firearm, other than a prohibited firearm or restricted firearm, and any cross-bow, restricted weapon, ammunition and explosive substance during the period that

(i) begins on the day on which the order is made, and

(ii) ends not earlier than ten years after the person's release from imprisonment after conviction for the offence or, if the person is not then imprisoned or subject to imprisonment, after the person's conviction for or discharge from the offence; and

(*b*) any prohibited firearm, restricted firearm, prohibited weapon, prohibited device and prohibited ammunition for life.

(3) An order made under subsection (1) shall, in any case other than a case described in subsection (2), prohibit the person from possessing any firearm, cross-bow, restricted weapon, ammunition and explosive substance for life.

. . .

113. (1) Where a person who is or will be a person against whom a prohibition order is made establishes to the satisfaction of a competent authority that

(*a*) the person needs a firearm or restricted weapon to hunt or trap in order to sustain the person or the person's family, or

(*b*) a prohibition order against the person would constitute a virtual prohibition against employment in the only vocation open to the person,

the competent authority may, notwithstanding that the person is or will be subject to a prohibition order, make an order authorizing a chief firearms officer or the Registrar to issue, in accordance with such terms and conditions as the competent authority considers appropriate, an authorization, a licence or a registration certificate, as the case may be, to the person for sustenance or employment purposes.

(2) A competent authority may make an order under subsection (1) only after taking the following factors into account:

(*a*) the criminal record, if any, of the person;

(*b*) the nature and circumstances of the offence, if any, in respect of which the prohibition order was or will be made; and

a) des armes à feu — autres que des armes à feu prohibées ou des armes à feu à autorisation restreinte —, arbalètes, armes à autorisation restreinte, munitions et substances explosives pour une période commençant à la date de l'ordonnance et se terminant au plus tôt dix ans après sa libération ou, s'il n'est pas emprisonné ni passible d'emprisonnement, après sa déclaration de culpabilité ou son absolution;

b) des armes à feu prohibées, armes à feu à autorisation restreinte, armes prohibées, dispositifs prohibés et munitions prohibées, et ce à perpétuité.

(3) Dans tous les cas autres que ceux visés au paragraphe (2), l'interdiction est perpétuelle.

. . .

113. (1) La juridiction compétente peut rendre une ordonnance autorisant le contrôleur des armes à feu ou le directeur à délivrer à une personne qui est ou sera visée par une ordonnance d'interdiction, une autorisation, un permis ou un certificat d'enregistrement, selon le cas, aux conditions qu'elle estime indiquées, si cette personne la convainc :

a) soit de la nécessité pour elle de posséder une arme à feu ou une arme à autorisation restreinte pour chasser, notamment à la trappe, afin d'assurer sa subsistance ou celle de sa famille;

b) soit du fait que l'ordonnance d'interdiction équivaudrait à une interdiction de travailler dans son seul domaine possible d'emploi.

(2) La juridiction compétente peut rendre l'ordonnance après avoir tenu compte :

a) du casier judiciaire de cette personne, s'il y a lieu;

b) le cas échéant, de la nature de l'infraction à l'origine de l'ordonnance d'interdiction et des circonstances dans lesquelles elle a été commise;

(*c*) the safety of the person and of other persons.

(3) Where an order is made under subsection (1),

(*a*) an authorization, a licence or a registration certificate may not be denied to the person in respect of whom the order was made solely on the basis of a prohibition order against the person or the commission of an offence in respect of which a prohibition order was made against the person; and

(*b*) an authorization and a licence may, for the duration of the order, be issued to the person in respect of whom the order was made only for sustenance or employment purposes and, where the order sets out terms and conditions, only in accordance with those terms and conditions, but, for greater certainty, the authorization or licence may also be subject to terms and conditions set by the chief firearms officer that are not inconsistent with the purpose for which it is issued and any terms and conditions set out in the order.

(4) For greater certainty, an order under subsection (1) may be made during proceedings for an order under subsection 109(1), 110(1), 111(5), 117.05(4) or 515(2), paragraph 732.1(3)(*d*) or subsection 810(3).

(5) In this section, "competent authority" means the competent authority that made or has jurisdiction to make the prohibition order.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pink Star Murphy Barro, Yarmouth, Nova Scotia.

Solicitor for the respondent: Department of Justice, Vancouver.

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

c) de la sécurité de toute personne.

(3) Une fois l'ordonnance rendue :

a) la personne visée par celle-ci ne peut se voir refuser la délivrance d'une autorisation, d'un permis ou d'un certificat d'enregistrement du seul fait qu'elle est sous le coup d'une ordonnance d'interdiction ou a perpétré une infraction à l'origine d'une telle ordonnance;

b) l'autorisation ou le permis ne peut être délivré, pour la durée de l'ordonnance, qu'aux seules fins de subsistance ou d'emploi et, s'il y a lieu, qu'en conformité avec les conditions de l'ordonnance, étant entendu qu'il peut aussi être assorti de toute autre condition fixée par le contrôleur des armes à feu, qui n'est pas incompatible avec ces fins et conditions.

(4) Il demeure entendu que l'ordonnance peut être rendue lorsque des procédures sont engagées en application des paragraphes 109(1), 110(1), 111(5), 117.05(4) ou 515(2), de l'alinéa 732.1(3)*d*) ou du paragraphe 810(3).

(5) Au présent article, « juridiction compétente » s'entend de la juridiction qui a rendu l'ordonnance d'interdiction ou a la compétence pour la rendre.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Pink Star Murphy Barro, Yarmouth, Nouvelle-Écosse.

Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice, Vancouver.

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

Forum des maires de la Péninsule acadienne et Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick *Appellants*

v.

Canadian Food Inspection Agency *Respondent*

and

Attorney General of New Brunswick, Commissioner of Official Languages, Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada, Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc., Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Commission nationale des parents francophones *Interveners*

INDEXED AS: FORUM DES MAIRES DE LA PÉNINSULE ACADIENNE *v.* CANADA (FOOD INSPECTION AGENCY)

Neutral citation: 2005 SCC 85.

File No.: 30545.

2005: December 19.

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

LEAVE TO APPEAL WITHDRAWN

Practice — Leave to appeal — Public importance — Leave to appeal granted — Questions of law for which leave to appeal was granted no longer of public importance in view of enactment and coming into force of amendments to official languages legislation — Leave to appeal withdrawn.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Official Languages Act (promotion of English and French), S.C. 2005, c. 41.

LEAVE TO APPEAL granted on February 17, 2005, [2005] 1 S.C.R. ix, from a judgment of the

Forum des maires de la Péninsule acadienne et Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick *Appelants*

c.

Agence canadienne d'inspection des aliments *Intimée*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick, Commissaire aux langues officielles, Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada, Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc., Fédération nationale des conseils scolaires francophones et Commission nationale des parents francophones *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : FORUM DES MAIRES DE LA PÉNINSULE ACADIENNE *c.* CANADA (AGENCE D'INSPECTION DES ALIMENTS)

Référence neutre : 2005 CSC 85.

N° du greffe : 30545.

2005 : 19 décembre.

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

AUTORISATION D'APPEL RETIRÉE

Pratique — Autorisation d'appel — Importance de l'affaire pour le public — Autorisation d'appel accordée — Questions de droit faisant l'objet de l'autorisation d'appel accordée ayant perdu leur importance pour le public vu l'édiction et l'entrée en vigueur de modifications à la loi sur les langues officielles — Autorisation d'appel retirée.

Lois et règlements cités

Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais), L.C. 2005, ch. 41.

AUTORISATION D'APPEL accordée le 17 février 2005, [2005] 1 R.C.S. ix, à l'égard d'un arrêt

Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Noël JJ.A.), [2004] 4 F.C.R. 276, 243 D.L.R. (4th) 542, 324 N.R. 314, 22 Admin. L.R. (4th) 161, [2004] F.C.J. No. 1235 (QL), 2004 CarswellNat 2619, 2004 FCA 263. Leave to appeal withdrawn.

de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Noël), [2004] 4 R.C.F. 276, 243 D.L.R. (4th) 542, 324 N.R. 314, 22 Admin. L.R. (4th) 161, [2004] A.C.F. nº 1235 (QL), 2004 CarswellNat 2303, 2004 CAF 263. Autorisation d'appel retirée.

JUDGMENT

In view of the enactment and coming into force on November 25, 2005, after leave to appeal had been granted, of Bill S-3, *An Act to amend the Official Languages Act (promotion of English and French)*, S.C. 2005, c. 41, the questions of law for which leave was granted are no longer of public importance and do not justify maintaining that leave. For this reason, the leave to appeal granted in this case is withdrawn and is declared to be of no effect; no order is made as to costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Michel Doucet, Moncton; Godin Lizotte Robichaud & Guignard, Shippagan; Heenan Blaikie, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages: Office of the Commissioner of Official Languages, Ottawa.

Solicitors for the interveners Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada and Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc.: Heenan Blaikie, Ottawa.

Solicitors for the interveners Fédération nationale des conseils scolaires francophones and Commission nationale des parents francophones: Heenan Blaikie, Toronto.

JUGEMENT

Vu l'édiction et l'entrée en vigueur, le 25 novembre 2005, du projet de loi S-3, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, L.C. 2005, ch. 41, une fois l'autorisation d'appel déjà accordée, les questions de droit faisant l'objet de cette autorisation ne sont plus d'importance pour le public et ne justifient pas le maintien de l'autorisation. Pour ce motif, l'autorisation d'appel est retirée et déclarée sans effet; aucune ordonnance n'est rendue quant aux dépens. 1

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants : Michel Doucet, Moncton; Godin Lizotte Robichaud & Guignard, Shippagan; Heenan Blaikie, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenante la Commissaire aux langues officielles : Commissariat aux langues officielles, Ottawa.

Procureurs des intervenantes la Fédération des communautés francophones et acadiennes du Canada et Fédération des associations de juristes d'expression française de common law inc. : Heenan Blaikie, Ottawa.

Procureurs des intervenantes la Fédération nationale des conseils scolaires francophones et Commission nationale des parents francophones : Heenan Blaikie, Toronto.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — College of Optometrists — College refusing to renew optometrist's licence for failure to provide evidence of continuing education — College issuing new licence five years later with special terms and conditions — Standard of review applicable to College's decisions — Whether standard of review applied correctly — Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, c. O-6, s. 15 — Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, s. 15(4).

ZENNER v. PRINCE EDWARD ISLAND COLLEGE OF OPTOMETRISTS, 645.

2. Arbitrary decisions — Correctional Service of Canada — Transfer of inmates to higher security institution — Whether transfer decisions initiated by change in policy arbitrary — Whether inmates unlawfully deprived of their liberty.

MAY v. FERNDALE INSTITUTION, 809.

3. Procedural fairness — Duty to disclose — Correctional Service of Canada — Transfer of inmates to higher security institution — Correctional Service not making full disclosure of information relied upon in its reclassification of inmates — Whether inmates unlawfully deprived of their liberty — Whether Stinchcombe principles applicable to administrative context — Whether Correctional Service complied with its statutory duty to disclose — Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 27(1).

MAY v. FERNDALE INSTITUTION, 809.

APPEAL

Role of intervener — New argument.

MIKISEW CREE FIRST NATION v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE), 388.

CIVIL PROCEDURE

Exception to dismiss action — Res judicata — Issue estoppel — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether action inadmissible in light of civil law principles relating to res judicata and common law principles relating to estoppel — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3137.

BOUCHER v. STELCO INC., 279.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Freedom of expression — Municipal by-law prohibiting noise produced by sound equipment that can be heard from outside — Whether by-law infringing freedom of expression — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3, art. 9(1).

MONTRÉAL (CITY) v. 2952-1366 QUÉBEC INC., 141.

2. Charter of Rights — Freedom of expression — Public property — Approach for application of s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms to public property.

MONTRÉAL (CITY) v. 2952-1366 QUÉBEC INC., 141.

3. Distribution of legislative powers — Trade and commerce — Trade-marks — Whether provision creating statutory action of passing off in federal trade-mark legislation ultra vires Parliament — Whether federal trade-marks legislation valid exercise of Parliament's general trade and commerce power — Constitution Act, 1867, s. 91(2) — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 7(b).

KIRKBI AG v. RITVIK HOLDINGS INC., 302.

4. Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Right to full answer and defence — Interception of private communications — Accused denied leave to cross-examine peace officer who filed affidavit in support of wiretap authorizations — Whether requirement that leave be granted to cross-examine affiant consistent with Charter principles.

R. v. PIRES; R. v. LISING, 343.

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

5. Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial of accused on same charge — Crown cross-examining accused on their testimony given at prior trial to impeach their credibility — Whether use of statements made at first trial violated accused's right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 13 available to accused who choose to testify at their retrial on same indictment.

R. v. HENRY, 609.

6. Division of powers — Administration of justice — Time limits to entertain actions — Whether s. 12 of Alberta Limitations Act valid provincial legislation — Constitution Act, 1867, s. 92(14) — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 12.

CASTILLO v. CASTILLO, 870.

7. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Mandatory firearms prohibition — Production of cannabis — Criminal Code providing for mandatory firearms prohibition order upon conviction for offence of production of cannabis — Whether mandatory firearms prohibition order constitutes cruel and unusual punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 109(1)(c) — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 7.

R. v. WILES, 895.

CONTRACTS

1. Student loans — Loan repayment terms — Vested rights — Clause of student loan contract incorporating by reference legislative provisions relating to exemption from paying interest during specified period — Legislative amendments reducing and then eliminating interest exemption period — Whether student having vested right with respect to duration of exemption period applicable to payment of interest — Whether legislative amendments having effect of limiting rights conferred on student in contract with financial institution — An Act respecting financial assistance for students, R.S.Q., c. A-13.3, s. 23 — An Act to amend the Act respecting financial assistance for students and the General and Vocational Colleges Act, S.Q. 1996, c. 79, s. 5 — An Act to amend the Act respecting financial assistance for students, S.Q. 1997, c. 90, ss. 4, 5, 13.

DIKRANIAN v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 530.

COURTS

2. Supreme Court of Canada — Decisions — Circumstances in which prior Supreme Court decisions will be reconsidered or revised — Compelling circumstances.

R. v. HENRY, 609.

3. Supreme Court of Canada — Decisions — Obiter dicta — Whether obiter dicta in prior Supreme Court decisions binding on lower courts — Weight to be given to obiter dicta.

R. v. HENRY, 609.

4. Jurisdiction — Habeas corpus — Transfer of federal inmates from minimum- to medium-security institution — Whether provincial superior court had jurisdiction to review inmates' transfer on application for habeas corpus with certiorari in aid — If so, whether it should have declined habeas corpus jurisdiction in favour of Federal Court jurisdiction on judicial review.

MAY v. FERNDALE INSTITUTION, 809.

CRIMINAL LAW

1. Forensic DNA analysis — Order authorizing taking of bodily substances for DNA analysis — Exception — Whether trial judge erred by applying exception and declining to make DNA data bank order with respect to young person guilty of primary designated offence — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487.051.

R. v. R.C., 99.

2. Interception of private communications — Entitlement of accused to cross-examine on affidavits — Accused denied leave to cross-examine peace officer who filed affidavit in support of wiretap authorizations — Whether accused entitled as of right to cross-examine affiant — Whether Garofoli approach should be abandoned.

R. v. PIRES; R. v. LISING, 343.

3. Firearms — Possession of weapon for dangerous purpose — Intention to use weapon.

R. v. RODRIGUE, 384.

4. Charge to jury — Criminal record of accused — Post-offence conduct.

R. v. ESCOBAR-BENAVIDEZ, 386.

5. Interracial crime — Selection of jury — Challenge for cause — Racial prejudice — Fair trial — Black accused charged with robbing East Indian man — Trial judge permitting defence to challenge jurors for cause on basis of potential bias against

CRIMINAL LAW — Continued

accused, but refusing to extend challenge for cause to include race of complainant — Whether trial judge's refusal to include "interracial" nature of crime in challenge for cause deprived accused of his right to impartial jury and to fair trial — Whether within trial judge's discretion to limit challenge for cause.

R. v. SPENCE, 458.

6. Evidence — Limits of judicial notice — Social facts — Black accused charged with robbing East Indian man — Whether court can take judicial notice that jurors have "natural sympathy" for victims of same race.

R. v. SPENCE, 458.

7. Evidence — Operation of vehicle with blood alcohol level exceeding legal limit — Presumption of accuracy of breathalyzer test result — Evidence to contrary adduced to rebut presumption — Credibility of accused — Defence expert asserting that blood alcohol levels of accused not corresponding to levels person with his physical characteristics would have after consumption alleged by defence — Trial judge finding accused's testimony not credible and rejecting expert evidence — Accused found guilty — Whether expert opinion based on testimony that not credible can constitute evidence to contrary — Whether there other evidence that could raise reasonable doubt — Whether appropriate to intervene in trial judge's assessment of credibility of accused — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 258(1)(g).

R. v. BOUCHER, 499.

8. Trial — Charge to jury — Lengthy charge not misleading jury or having adverse impact on fairness of trial.

R. v. MACKAY (KENNETH DAVID), 607.

9. Evidence — Circumstantial evidence — Accused convicted of first degree murder — Sufficient evidence to support verdict.

R. v. MACKAY (KENNETH DAVID), 607.

10. Sentencing — Young persons — Committal to custody — Whether arson to property, possession of weapon or dangerous driving "violent offences" for purposes of imposing custodial sentences on young persons — Meaning of term "violent offence" in s. 39(1)(a) of Youth Criminal Justice Act, S.C. 2002, c. 1.

R. v. C.D.; R. v. C.D.K., 668.

11. Aggravated assault — Definition of assault — Scope of new trial — Accused charged with aggravated assault — Trial judge instructing jury on definition of assault in s. 265(1)(a) of Criminal Code but refusing to instruct jury on definition of assault in s. 265(1)(b) — Accused acquitted — Court of Appeal setting aside acquittal because trial judge failed to instruct jury with respect to definition of assault in s. 265(1)(b), and ordering new trial — Whether Court of Appeal erred in restricting scope of new trial to assault as defined in s. 265(1)(b) of Criminal Code.

R. v. MACKAY (JASON DANIEL), 725.

12. Keeping common bawdy-house — Indecency — Harm-based test — Group sex in club — Whether conduct constitutes criminal indecency — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) "common bawdy-house", 210(1).

R. v. LABAYE, 728.

13. Keeping common bawdy-house — Indecency — Harm-based test — Group sex in club — Whether conduct constitutes criminal indecency — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 210(1).

R. v. KOURI, 789.

CROWN

Honour of Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples .

MIKISEW CREE FIRST NATION v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE), 388.

DAMAGES

1. Apportionment — Vicarious liability — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether unequal apportionment of responsibility appropriate in cases of vicarious liability — If so, whether trial judge's unequal apportionment of damages between Canada and Church correct.

BLACKWATER v. PLINT, 3.

2. Assessment — Effect of prior abuse — Former student of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether unrelated traumas suffered by student before coming to residential school and statute-barred wrongs at

DAMAGES — Concluded

school should have been considered by trial judge in assessing damages for sexual abuse.

BLACKWATER v. PLINT, 3.

3. General damages — Aggravated damages — Punitive damages — Quantum — Loss of future earning opportunity — Whether trial judge considered correct factors in assessing and awarding damages.

BLACKWATER v. PLINT, 3.

EVIDENCE

New evidence — Motion to submit new evidence filed before Supreme Court of Canada — Whether new evidence should be admitted.

MAY v. FERNDALE INSTITUTION, 809.

FAMILY LAW

Maintenance — Federal Child Support Guidelines — Shared custody — Proper approach to application of s. 9 of Federal Child Support Guidelines, SOR/97-175.

CONTINO v. LEONELLI-CONTINO, 217.

INDIANS

Treaty rights — Crown's duty to consult — Crown exercising its treaty right and "taking up" surrendered lands to build winter road to meet regional transportation needs — Proposed road reducing territory over which Mikisew Cree First Nation would be entitled to exercise its treaty rights to hunt, fish and trap — Whether Crown had duty to consult Mikisew — If so, whether Crown discharged its duty — Treaty No. 8.

MIKISEW CREE FIRST NATION v. CANADA (MINISTER OF CANADIAN HERITAGE), 388.

LABOUR LAW

Employee protection — Whistleblower — Provincial legislation providing that no employer can discharge employee who "has reported . . . to a lawful authority any activity that is or is likely to result in an offence" — Employee fired for reporting to union officials alleged financial abuse by supervisors — Whether "lawful authority" limited to persons capable of exercising authority with respect to offences — The Labour Standards Act, R.S.S. 1978, c. L-1, s. 74.

MERK v. INTERNATIONAL ASSOCIATION OF BRIDGE, STRUCTURAL, ORNAMENTAL AND REINFORCING IRON WORKERS, LOCAL 771, 425.

LABOUR LAW — Concluded

LIMITATION OF ACTIONS

Conflict of laws — Car accident in California — Action brought in Alberta court — Action statute-barred under California limitations law but within limitations period in Alberta — Whether s. 12 of Alberta Limitations Act can revive an action time-barred by substantive law of place where accident occurred — Limitations Act, R.S.A. 2000, c. L-12, s. 12.

CASTILLO v. CASTILLO, 870.

MUNICIPAL LAW

By-laws — Validity — Nuisances — Loudspeaker set up by business in entrance to its club so that passers-by would hear sound of show under way inside — Business convicted under municipal by-law prohibiting noise produced by sound equipment that can be heard from outside — Scope of by-law — Whether by-law exceeding jurisdiction conferred on municipality by its enabling legislation — Charter of the city of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102, arts. 516, 517(1), 520(72) — By-law concerning noise, R.B.C.M. 1994, c. B-3, art. 9(1).

MONTRÉAL (CITY) v. 2952-1366 QUÉBEC INC., 141.

OFFICIAL LANGUAGES

Municipalities — Civil proceedings against municipality — Language obligations — New Brunswick legislation on official languages requiring "institution" party to civil proceedings to use official language chosen by other party — Whether word "institution" in legislation includes municipalities — Whether institution obligated to translate evidence and quotations from legal decisions — Official Languages Act, S.N.B. 2002, c. O-0.5, ss. 1 "institution", 22.

CHARLEBOIS v. SAINT JOHN (CITY), 563.

PENSIONS

Pension plans — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether Quebec Superior Court may rule on conclusions sought in action.

BOUCHER v. STELCO INC., 279.

PRACTICE

1. Supreme Court of Canada — Motions seeking order to amend judgment or order for re-hearing of appeal — Motions dismissed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, Rules 76, 81(1)(a).

CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 41.

2. Leave to appeal — Public importance — Leave to appeal granted — Questions of law for which leave to appeal was granted no longer of public importance in view of enactment and coming into force of amendments to official languages legislation — Leave to appeal withdrawn.

FORUM DES MAIRES DE LA PÉNINSULE ACADIENNE v. CANADA (FOOD INSPECTION AGENCY), 906.

PRISONS

Transfer of inmates — Deprivation of residual liberty — Habeas corpus — Transfer of federal inmates from minimum- to medium-security institution — Whether inmates unlawfully deprived of their residual liberty — Whether inmates' habeas corpus applications should be granted.

MAY v. FERNDALE INSTITUTION, 809.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Jurisdiction of Quebec courts — Doctrine of forum non conveniens — Partial wind up of pension plan — Wind up report approved by Ontario's Superintendent of Financial Services granting early retirement benefits to plan members employed in Ontario and deferred pensions to members employed in Quebec — Superintendent's decision not contested in Ontario — Quebec members instead bringing action based on employment contract in Quebec to claim early retirement benefits — Whether Superior Court had to decline jurisdiction based on doctrine of forum non conveniens — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 3135.

BOUCHER v. STELCO INC., 279.

STATUTES

Interpretation — Language rights.

CHARLEBOIS v. SAINT JOHN (CITY), 563.

TORTS

1. Vicarious liability — Charitable immunity — Negligence — Fiduciary duty — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether Canada and Church jointly vicariously liable to former students for sexual assaults by dormitory supervisor — Whether doctrine of charitable immunity applies to exempt Church from liability — Whether negligence or fiduciary duty by Canada and Church established.

BLACKWATER v. PLINT, 3.

2. Non-delegable statutory duty — Former students of Indian residential school operated by Government of Canada and United Church claiming damages for sexual abuse and other harm suffered while residing at school — Whether language of Indian Act provisions establishes non-delegable duty of care on Canada to protect safety and welfare of Aboriginal children while attending residential schools — Indian Act, S.C. 1951, c. 29, ss. 113, 114.

BLACKWATER v. PLINT, 3.

3. Vicarious liability — Intentional torts — Sexual abuse — Enterprise risk creation test — Child sexually abused while in residential school — Whether Catholic Order operating school vicariously liable for sexual assaults committed by lay employee — Whether strong connection between employee's duties and wrongful acts — Whether case falls to be determined by legal precedents or broad policy rationales — Whether appellate review is foreclosed by trial judge's findings.

E.B. v. ORDER OF THE OBLATES OF MARY IMMACULATE IN THE PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA, 45.

TORTS — Concluded

4. Passing off — Conditions to establish liability.

KIRKBI AG v. RITVIK HOLDINGS INC., 302.

TRADE-MARKS

Unfair competition — Passing-off action — Unregistered trade-marks — Doctrine of functionality — Toy manufacturer asserting unregistered trade-mark in LEGO blocks consisting of distinctive orthogonal pattern of raised studs distributed on top of each block — Whether unregistered functional mark can form basis of action claiming passing off under s. 7(b) of Trade-marks Act — Whether doctrine of functionality applicable only to registered trade-marks — Trade-marks Act, R.S.C. 1985, c. T-13, s. 7(b).

KIRKBI AG v. RITVIK HOLDINGS INC., 302.

INDEX

APPEL

Rôle de l'intervenant — Nouvel argument.

PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW c. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN), 388.

CONTRATS

Prêts étudiants — Modalités de remboursement du prêt — Droits acquis — Clause d'un contrat de prêt étudiant incorporant par renvoi des dispositions législatives relatives à l'exemption du paiement des intérêts durant une période déterminée — Modifications législatives réduisant puis éliminant la période d'exemption du paiement des intérêts — L'étudiant bénéficie-t-il d'un droit acquis quant à la durée de la période d'exemption applicable au paiement des intérêts? — Les modifications législatives ont-elles eu pour effet de restreindre les droits conférés à l'étudiant par son contrat avec l'institution financière? — Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.R.Q., ch. A-13.3, art. 23 — Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants et la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel, L.Q. 1996, ch. 79, art. 5 — Loi modifiant la Loi sur l'aide financière aux étudiants, L.Q. 1997, ch. 90, art. 4, 5, 13.

DIKRANIAN c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 530.

COURONNE

Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones.

PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW c. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN), 388.

DÉLITS

Responsabilité du fait d'autrui — Délits intentionnels — Agression sexuelle — Critère de la création du risque d'entreprise — Enfant agressé sexuellement dans un pensionnat — La congrégation catholique qui dirigeait l'école est-elle responsable du fait d'autrui en raison des agressions sexuelles commises par un employé laïque? — Existait-il un lien solide entre les fonctions de l'employé et les actes répréhensibles? — L'affaire doit-elle être tranchée suivant la jurisprudence ou en fonction des considérations de politique générales? — Les conclusions du juge de première instance empêchent-elles l'examen de sa décision en appel?

E.B. c. ORDER OF THE OBLATES OF MARY IMMACULATE IN THE PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA, 45.

DÉLITS CIVILS

1. Responsabilité du fait d'autrui — Exonération des organismes de bienfaisance — Négligence — Obligation fiduciaire — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Le gouvernement du Canada et l'Église sont-ils solidairement responsables du fait d'autrui envers les anciens élèves pour les agressions sexuelles commises par le surveillant de dortoir? — La doctrine de l'exonération des organismes de bienfaisance écarte-t-elle la responsabilité de l'Église? — La négligence ou l'obligation fiduciaire du gouvernement du Canada ou de l'Église est-elle établie?

BLACKWATER c. PLINT, 3.

2. Obligation légale intransmissible — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Le libellé de la Loi sur les Indiens impose-t-il au gouvernement du Canada une obligation de diligence intransmissible dont l'objet est d'assurer la sécurité et le bien-être des enfants autochtones placés dans les pensionnats? — Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29, art. 113, 114.

BLACKWATER c. PLINT, 3.

DOMMAGES-INTÉRÊTS

1. Répartition — Responsabilité du fait d'autrui — Anciens élèves d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant leur placement au pensionnat — Est-il opportun de répartir inégalement la responsabilité du fait d'autrui? — Dans l'affirmative, le juge de première instance a-t-il eu raison de répartir les dommages-intérêts inégalement entre le gouvernement du Canada et l'Église?

BLACKWATER c. PLINT, 3.

2. Évaluation — Incidence de traumatismes antérieurs — Ancien élève d'un pensionnat pour enfants indiens géré par le gouvernement du Canada et l'Église unie réclamant des dommages-intérêts pour le préjudice causé par des agressions sexuelles et d'autres actes fautifs commis pendant son placement au pensionnat — Le juge de première instance aurait-il dû, pour la fixation des dommages-intérêts afférents aux agressions sexuelles, tenir compte des traumatismes subis par l'élève avant son arrivée au pensionnat et de ceux liés à des délits prescrits commis au pensionnat?

BLACKWATER c. PLINT, 3.

3. Dommages-intérêts généraux — Dommages-intérêts majorés — Dommages-intérêts exemplaires — Montants — Perte de capacité de gain ultérieure — Le juge de première instance a-t-il tenu compte des bons facteurs pour fixer les dommages-intérêts?

BLACKWATER c. PLINT, 3.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Ordre des optométristes — Refus par l'Ordre de renouveler le permis d'un optométriste ayant omis d'apporter la preuve de sa participation à des activités de formation permanente — Délivrance par l'Ordre cinq ans plus tard d'un nouveau permis assorti de conditions particulières — Norme de contrôle applicable aux décisions de l'Ordre — La norme de contrôle a-t-elle été appliquée correctement? — Optometry Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. O-6, art. 15 — Licensure Regulations, P.E.I. Reg. EC473/95, art. 15(4).

ZENNER c. PRINCE EDWARD ISLAND COLLEGE OF OPTOMETRISTS, 645.

2. Décisions arbitraires — Service correctionnel du Canada — Transfèrement de détenus à un établissement à sécurité plus élevée — Les décisions de transférer provoquées par un changement de politique étaient-elles arbitraires? — Les détenus ont-ils été illégalement privés de leur liberté?

MAY c. ÉTABLISSEMENT FERNDALE, 809.

DROIT ADMINISTRATIF — Fin

3. Équité procédurale — Obligation de communication — Service correctionnel du Canada — Transfèrement de détenus à un établissement à sécurité plus élevée — Refus du Service correctionnel de communiquer tous les renseignements qui ont servi à la reclassification des détenus — Les détenus ont-ils été illégalement privés de leur liberté? — Les principes de l'arrêt Stinchcombe s'appliquent-ils en contexte administratif? — Le Service correctionnel a-t-il respecté l'obligation de communiquer que lui impose la loi? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 27(1).

MAY c. ÉTABLISSEMENT FERNDALE, 809.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Liberté d'expression — Règlement municipal prohibant le bruit produit au moyen d'appareils sonores lorsqu'il s'entend à l'extérieur — Le règlement porte-t-il atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3, art. 9(1).

MONTRÉAL (VILLE) c. 2952-1366 QUÉBEC INC., 141.

2. Charte des droits — Liberté d'expression — Propriété publique — Application de l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés à une propriété publique.

MONTRÉAL (VILLE) c. 2952-1366 QUÉBEC INC., 141.

3. Partage des compétences législatives — Échanges et commerce — Marques de commerce — La disposition codifiant l'action pour commercialisation trompeuse dans la loi fédérale sur les marques de commerce excède-t-elle la compétence du Parlement? — La loi fédérale sur les marques de commerce représente-t-elle un exercice valide de la compétence du Parlement relative aux échanges et au commerce en général? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2) — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 7b).

KIRKBI AG c. GESTIONS RITVIK INC., 302.

4. Charte des droits — Fouille, perquisition ou saisie abusive — Droit à une défense pleine et entière — Interception de communications privées — Refus aux accusés du droit de contre-interroger le policier ayant déposé l'affidavit à l'appui des autorisations d'écoute électronique — L'obligation d'obtenir la permission de contre-interroger le déposant est-elle compatible avec les principes de la Charte?

R. c. PIRES; R. c. LISING, 343.

5. Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès des accusés pour la même infraction — Contre-interro-

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

gatoire des accusés sur leur témoignage donné à leur procès antérieur mené par le ministère public dans le but d'attaquer leur crédibilité — L'utilisation des déclarations faites par les accusés à leur premier procès porte-t-elle atteinte au droit de ne pas s'incriminer que leur garantit l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les accusés qui choisissent de témoigner à leur nouveau procès pour la même infraction peuvent-ils se prévaloir de l'art. 13?

R. c. HENRY, 609.

6. Partage des compétences — Administration de la justice — Délais impartis pour connaître d'une affaire — L'article 12 de la Limitations Act de l'Alberta est-il une mesure législative provinciale valide? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14) — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 12.

CASTILLO c. CASTILLO, 870.

7. Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession — Production de cannabis — Code criminel prévoyant une ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession en cas de condamnation pour production de cannabis — L'ordonnance d'interdiction obligatoire d'avoir des armes à feu en sa possession est-elle une peine cruelle et inusitée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 109(1)c) — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 7.

R. c. WILES, 895.

DROIT CRIMINEL

1. Analyse génétique — Ordonnance autorisant le prélèvement de substances corporelles pour analyse génétique — Exception — La juge du procès a-t-elle eu tort d'appliquer l'exception et de refuser de rendre une ordonnance de prélèvement génétique à l'égard d'un adolescent reconnu coupable d'une infraction primaire? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.051.

R. c. R.C., 99.

2. Interception de communications privées — Droit de l'accusé de contre-interroger relativement aux affidavits — Refus aux accusés du droit de contre-interroger le policier ayant souscrit l'affidavit à l'appui des autorisations d'écoute électronique — L'accusé peut-il contre-interroger de plein droit le déposant? — L'approche adoptée dans Garofoli doit-elle être abandonnée?

R. c. PIRES; R. c. LISING, 343.

DROIT CRIMINEL — Suite

3. Armes à feu — Possession d'une arme dans un dessein dangereux — Intention d'utiliser l'arme.

R. c. RODRIGUE, 384.

4. Exposé au jury — Casier judiciaire de l'accusé — Comportement de l'accusé postérieur à l'infraction.

R. c. ESCOBAR-BENAVIDEZ, 386.

5. Crime interracial — Sélection des jurés — Récusation motivée — Préjugé racial — Procès équitable — Noir accusé d'avoir volé un Indo-Pakistanais — Juge du procès ayant permis à la défense de récuser des candidats jurés pour cause de préjugé racial possible contre l'accusé, mais ayant refusé que la question posée aux candidats jurés précise également la race du plaignant — Le refus du juge que la question fasse état de la nature « interraciale » du crime a-t-il privé l'accusé de son droit à un jury impartial et à un procès équitable? — Ce refus relevait-il du pouvoir discrétionnaire du juge de limiter la récusation motivée?

R. c. SPENCE, 458.

6. Preuve — Limites de la connaissance d'office — Faits sociaux — Noir accusé d'avoir volé un Indo-Pakistanais — Le tribunal pouvait-il admettre d'office qu'un juré éprouve une « sympathie naturelle » envers une victime de la même race que lui?

R. c. SPENCE, 458.

7. Preuve — Conduite d'un véhicule avec un taux d'alcoolémie supérieur à la limite permise — Présomption d'exactitude du résultat de l'alcootest — Preuve contraire visant à réfuter la présomption — Crédibilité de l'accusé — Expert de la défense affirmant que les taux d'alcoolémie obtenus ne correspondent pas à celui qu'obtiendrait une personne ayant les caractéristiques physiques de l'accusé pour une consommation telle qu'alléguée en défense — Juge du procès concluant que le témoignage de l'accusé n'est pas crédible et écartant l'expertise — Accusé déclaré coupable — L'opinion d'un expert fondée sur un témoignage qui n'est pas crédible peut-elle constituer une preuve contraire? — D'autres éléments de preuve étaient-ils susceptibles de soulever un doute raisonnable? — Y a-t-il lieu d'intervenir dans l'appréciation de la crédibilité de l'accusé par la juge du procès? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 258(1)g).

R. c. BOUCHER, 499.

8. Procès — Exposé au jury — La longueur de l'exposé n'a pas induit le jury en erreur ni influé sur l'équité du procès.

R. c. MACKAY (KENNETH DAVID), 607.

DROIT CRIMINEL — Fin

9. Preuve — Preuve circonstancielle — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Preuve suffisante pour étayer le verdict.

R. c. MacKay (Kenneth David), 607.

10. Détermination de la peine — Adolescents — Placement sous garde — L'incendie criminel ayant causé des dommages matériels, le port d'arme et la conduite dangereuse constituent-ils des « infractions avec violence » pour l'imposition de peines comportant le placement sous garde à des adolescents? — Sens de « infraction avec violence » à l'art. 39(1)a) de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, L.C. 2002, ch. 1.

R. c. C.D.; R. c. C.D.K., 668.

11. Voies de fait graves — Définition des voies de fait — Portée du nouveau procès — Accusé inculpé de voies de fait graves — Juge du procès donnant au jury des directives sur la définition des voies de fait contenue à l'art. 265(1)a) du Code criminel, mais refusant de le faire sur celle contenue à l'art. 265(1)b) — Accusé acquitté — Cour d'appel annulant l'acquittement en raison de l'omission du juge du procès de donner au jury des directives sur la définition des voies de fait contenue à l'art. 265(1)b), et ordonnant la tenue d'un nouveau procès — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en limitant la portée du nouveau procès aux voies de fait définies à l'art. 265(1)b) du Code criminel?

R. c. MacKay (Jason Daniel), 725.

12. Tenue d'une maison de débauche — Indécence — Test fondé sur le préjudice — Club d'échangisme — Indécence de la conduite au sens du droit criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « maison de débauche », 210(1).

R. c. Labaye, 728.

13. Tenue d'une maison de débauche — Indécence — Test fondé sur le préjudice — Activités sexuelles de groupe dans un club — Indécence de la conduite au sens du droit criminel — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 210(1).

R. c. Kouri, 789.

DROIT DE LA FAMILLE

Pension alimentaire — Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants — Garde partagée — Application appropriée de l'art. 9 des Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants, DORS/97-175.

Contino c. Leonelli-Contino, 217.

DROIT DU TRAVAIL

Protection accordée aux employés — Dénonciateur — Loi provinciale interdisant aux employeurs de congédier un employé qui « a signalé [. . .] à une autorité légalement compétente une activité qui constitue ou est susceptible de constituer une infraction » — Employée congédiée pour avoir signalé à des dirigeants syndicaux des malversations qu'auraient commises des supérieurs hiérarchiques — L'expression « autorité légalement compétente » vise-t-elle uniquement les personnes en mesure d'exercer des pouvoirs à l'égard d'une infraction? — The Labour Standards Act, R.S.S. 1978, ch. L-1, art. 74.

Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771, 425.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Compétence des tribunaux québécois — Doctrine du forum non conveniens — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail pour obtenir une pension anticipée — La Cour supérieure devait-elle décliner compétence en vertu de la doctrine du forum non conveniens? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135.

Boucher c. Stelco Inc., 279.

DROIT MUNICIPAL

Règlements — Validité — Nuisances — Haut-parleur installé par un commerçant dans l'entrée de son bar de façon à ce que le son du spectacle présenté à l'intérieur soit entendu par les passants — Commerçant condamné en vertu du règlement municipal prohibant le bruit produit au moyen d'appareils sonores lorsqu'il s'entend à l'extérieur — Portée du règlement — Le règlement outrepasse-t-il la compétence conférée à la municipalité par sa loi habilitante? — Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-1960, ch. 102, art. 516, 517l), 520 (72) — Règlement sur le bruit, R.R.V.M. 1994, ch. B-3, art. 9(1).

Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc., 141.

INDIENS

Droits issus de traités — Obligation de consultation de la Couronne — Exercice par la Couronne du droit issu du traité et « prise » de terres cédées afin de construire une route d'hiver pour répondre aux besoins régionaux en matière de transport — Route proposée réduisant le territoire sur lequel la Première nation crie Mikisew aurait le droit d'exercer ses droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du traité — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter les Mikisew? — Dans l'affirmative, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Traité nº 8.

PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW c. CANADA (MINISTRE DU PATRIMOINE CANADIEN), 388.

LANGUES OFFICIELLES

Municipalités — Action civile contre une municipalité — Obligations linguistiques — Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick exigeant que, dans une affaire civile à laquelle elle est partie, une « institution » utilise la langue officielle choisie par l'autre partie — Le mot « institution » figurant dans cette loi englobe-t-il les municipalités? — Une institution est-elle tenue de traduire les éléments de preuve et les extraits de jurisprudence? — Loi sur les langues officielles, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, art. 1 « institution », 22.

CHARLEBOIS c. SAINT JOHN (VILLE), 563.

LÉGISLATION

Interprétation — Droits linguistiques.

CHARLEBOIS c. SAINT JOHN (VILLE), 563.

MARQUES DE COMMERCE

Concurrence déloyale — Action pour commercialisation trompeuse — Marques de commerce non déposées — Principe de la fonctionnalité — Fabricant de jouets invoquant, à l'égard des briques LEGO, une marque de commerce non déposée constituée d'une configuration orthogonale distinctive de tenons sur le dessus de chaque brique — Une marque fonctionnelle non déposée peut-elle servir de fondement à une action pour commercialisation trompeuse en vertu de l'art. 7b) de la Loi sur les marques de commerce? — Le principe de la fonctionnalité s'applique-t-il uniquement aux marques de commerce déposées? — Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, ch. T-13, art. 7b).

KIRKBI AG c. GESTIONS RITVIK INC., 302.

PENSIONS

Régimes de retraite — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail pour obtenir une pension anticipée — La Cour supérieure du Québec peut-elle se prononcer sur les conclusions de cette action?

BOUCHER c. STELCO INC., 279.

PRATIQUE

1. Cour suprême du Canada — Requêtes visant à obtenir une ordonnance de modification d'un jugement ou une ordonnance de nouvelle audition — Requêtes rejetées — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 76, 81(1)a).

CONFÉRENCE DES JUGES DU QUÉBEC c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 41.

2. Autorisation d'appel — Importance de l'affaire pour le public — Autorisation d'appel accordée — Questions de droit faisant l'objet de l'autorisation d'appel accordée ayant perdu leur importance pour le public vu l'édiction et l'entrée en vigueur de modifications à la loi sur les langues officielles — Autorisation d'appel retirée.

FORUM DES MAIRES DE LA PÉNINSULE ACADIENNE c. CANADA (AGENCE D'INSPECTION DES ALIMENTS), 906.

PRESCRIPTION

Conflit de lois — Accident d'automobile en Californie — Action intentée devant un tribunal albertain — Action irrecevable en vertu des règles de prescription de la Californie, mais recevable en vertu de celles de l'Alberta — L'article 12 de la Limitations Act de l'Alberta peut-il faire renaître une action

prescrite en vertu du droit substantiel du lieu où l'accident est survenu? — Limitations Act, R.S.A. 2000, ch. L-12, art. 12.

CASTILLO c. CASTILLO, 870.

PREUVE

Nouveaux éléments de preuve — Requête pour permission de présenter de nouveaux éléments de preuve devant la Cour suprême du Canada — Les nouveaux éléments de preuve doivent-ils être admis?

MAY c. ÉTABLISSEMENT FERNDALE, 809.

PRISONS

Transfèrement de détenus — Privation de la liberté résiduelle — Habeas corpus — Transfèrement de détenus fédéraux d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne — Les détenus ont-ils été privés illégalement de leur liberté résiduelle? — Les demandes d'habeas corpus des détenus doivent-elles être accordées?

MAY c. ÉTABLISSEMENT FERNDALE, 809.

PROCÉDURE CIVILE

Moyens de non-recevabilité — Chose jugée — Préclusion découlant d'une question déjà tranchée — Liquidation partielle du régime de retraite — Rapport de liquidation approuvé par le surintendant des services financiers de l'Ontario et octroyant une pension anticipée aux participants du régime employés en Ontario et une pension différée aux participants employés au Québec — Décision du surintendant non contestée en Ontario — Participants québécois intentant plutôt une action au Québec basée sur le contrat de travail pour obtenir une pension anticipée — Vu les règles de la chose jugée en droit civil et celles de la préclusion en common law, l'action est-elle irrecevable? — Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3137.

BOUCHER c. STELCO INC., 279.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Commercialisation trompeuse — Conditions requises pour qu'il y ait responsabilité.

KIRKBI AG c. GESTIONS RITVIK INC., 302.

TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada — Décisions — Circonstances dans lesquelles les décisions antérieures de la Cour suprême seront réexaminées ou révisées — Circonstances impérieuses.

R. c. HENRY, 609.

2. Cour suprême du Canada — Décisions — Remarques incidentes — Les remarques incidentes figurant dans les décisions antérieures de la Cour suprême lient-elles les tribunaux d'instance inférieure? — Poids à accorder aux remarques incidentes.

R. c. HENRY, 609.

3. Compétence — Habeas corpus — Transfèrement de détenus fédéraux d'un établissement à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne — La cour supérieure provinciale avait-elle compétence pour examiner le transfèrement de détenus fédéraux dans le cadre d'une demande d'habeas corpus avec certiorari auxiliaire? — Le cas échéant, aurait-elle dû refuser d'exercer sa compétence en matière d'habeas corpus et reconnaître celle de la Cour fédérale dans le cadre du contrôle judiciaire?

MAY c. ÉTABLISSEMENT FERNDALE, 809.