Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 2007 Vol. 1

1er cahier, 2007 Vol. 1

Cited as [2007] 1 S.C.R. 3-237

Renvoi [2007] 1 R.C.S. 3-237

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
RENÉE MARIA TREMBLAY
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
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Double N Earthmovers Ltd. *v.* Edmonton (City) 116

Contracts — Tenders — City's tender specifying maximum age of equipment to be used on project — Contract awarded to lower bidder whose equipment was not all 1980 or newer — City informed by rival bidder prior to awarding of contract that lower bidder did not comply with 1980 equipment requirement — Information not investigated by City — Whether City accepted non-compliant bid — Whether City had duty to investigate if equipment met tender specifications — Whether contract awarded on terms other than those set out in tender documents — Whether City violated its duty to rival bidder by permitting successful bidder to supply pre-1980 equipment — Whether City's pre-award negotiations with bidders amounted to "bid shopping".

Kingstreet Investments Ltd. *v.* New Brunswick (Finance) 3

Constitutional law — Remedy — Restitution — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether Crown immune from claims for recovery of ultra vires taxes — Whether such claims must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

Restitution — Unjust enrichment — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether taxpayers' claims for recovery of ultra vires taxes must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

Restitution — Defences — Passing-on defence — Protest and compulsion exception — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether passing-on defence applicable to deny recovery — Whether taxpayers' payments made under protest and compulsion recoverable.

Little Sisters Book and Art Emporium *v.* Canada (Commissioner of Customs and Revenue) 38

Civil procedure — Costs — Advance costs — Whether requirements to award advance costs met.

McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) *v.* Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal 161

Human rights — Right to equality — Duty to accommodate — Role of collective agreement in assessment of employer's duty to accommodate.

Labour relations — Collective agreement — Clause regarding loss of employment in event of extended absence — Employer's duty to accommodate — Employee unable to return to work after three-year absence owing to health problems — Clause of collective agreement providing that

Continued on next page

SOMMAIRE

Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) *c.* Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal 161

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Obligation d'accommodement — Rôle d'une convention collective dans l'évaluation de l'obligation d'accommodement d'un employeur.

Relations de travail — Convention collective — Clause de perte d'emploi pour absence prolongée — Obligation d'accommodement d'un employeur — Employée incapable de retourner au travail après une absence de trois ans en raison de problèmes de santé — Clause de la convention collective prévoyant qu'un salarié perd son emploi après trois ans d'absence pour cause de maladie — Dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement de l'employeur, l'arbitre peut-il considérer la période prévue par la convention collective?

Double N Earthmovers Ltd. *c.* Edmonton (Ville) 116

Contrats — Appels d'offres — Appel d'offres de la Ville précisant l'année de fabrication à respecter pour les machines à utiliser pour le projet — Contrat adjugé au soumissionnaire le moins-disant, dont les machines n'étaient pas toutes des modèles 1980 ou plus récents — La Ville a été informée par un soumissionnaire rival avant l'adjudication du contrat que le soumissionnaire le moins-disant n'a pas respecté l'exigence requérant que les machines soient des modèles 1980 — Information non vérifiée par la Ville — La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme? — La Ville avait-elle l'obligation de vérifier si les machines étaient conformes au cahier des charges de l'appel d'offres? — Le contrat a-t-il été adjugé à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres? — La Ville a-t-elle manqué à son obligation envers un soumissionnaire rival en permettant au soumissionnaire retenu de fournir des machines antérieures à 1980? — Les négociations entreprises par la Ville avant l'adjudication du contrat constituent-elles du marchandage de soumissions?

Kingstreet Investments Ltd. *c.* Nouveau-Brunswick (Finances) 3

Droit constitutionnel — Réparation — Restitution — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — La Couronne bénéficie-t-elle d'une immunité à l'égard des actions en remboursement de taxes ultra vires? — Ces actions doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

Restitution — Enrichissement sans cause — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de

Suite à la page suivante

employee to lose job after three-year absence by reason of illness — Whether arbitrator may, in assessing employer's duty to accommodate, consider period provided for in collective agreement.

R. *v.* Beaudry 190

Criminal law — Appeals — Power of appellate court — Unreasonable verdict — Police discretion — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Obstructing justice — Elements of offence — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Relationship between offence of obstructing justice and police discretion — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139(2).

mesures législatives ultra vires — Les actions en remboursement de taxes ultra vires doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

Restitution — Moyens de défense — Moyen de défense fondé sur le transfert de la perte — Exception des paiements faits sous la contrainte et sous toutes réserves — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte peut-il être invoqué pour refuser le remboursement demandé? — Les paiements faits sous toutes réserves et sous la contrainte par des contribuables sont-ils recouvrables?

Little Sisters Book and Art Emporium *c.* Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu) 38

Procédure civile — Dépens — Provisions pour frais — Les conditions requises pour accorder une provision pour frais sont-elles remplies?

R. *c.* Beaudry 190

Droit criminel — Appels — Pouvoir d'une cour d'appel — Verdict déraisonnable — Pouvoir discrétionnaire d'un policier — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Le verdict est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Droit criminel — Entrave à la justice — Éléments de l'infraction — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Relation entre l'infraction d'entrave à la justice et le pouvoir discrétionnaire d'un policier — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2).

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Volume 1, 2007

1er volume, 2007

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
RENÉE MARIA TREMBLAY
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
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Double N Earthmovers Ltd. *v.* Edmonton (City) 116

Contracts — Tenders — City's tender specifying maximum age of equipment to be used on project — Contract awarded to lower bidder whose equipment was not all 1980 or newer — City informed by rival bidder prior to awarding of contract that lower bidder did not comply with 1980 equipment requirement — Information not investigated by City — Whether City accepted non-compliant bid — Whether City had duty to investigate if equipment met tender specifications — Whether contract awarded on terms other than those set out in tender documents — Whether City violated its duty to rival bidder by permitting successful bidder to supply pre-1980 equipment — Whether City's pre-award negotiations with bidders amounted to "bid shopping".

Kingstreet Investments Ltd. *v.* New Brunswick (Finance) 3

Constitutional law — Remedy — Restitution — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether Crown immune from claims for recovery of ultra vires taxes — Whether such claims must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

Restitution — Unjust enrichment — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether taxpayers' claims for recovery of ultra vires taxes must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

Restitution — Defences — Passing-on defence — Protest and compulsion exception — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether passing-on defence applicable to deny recovery — Whether taxpayers' payments made under protest and compulsion recoverable.

Little Sisters Book and Art Emporium *v.* Canada (Commissioner of Customs and Revenue) 38

Civil procedure — Costs — Advance costs — Whether requirements to award advance costs met.

McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) *v.* Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal 161

Human rights — Right to equality — Duty to accommodate — Role of collective agreement in assessment of employer's duty to accommodate.

Labour relations — Collective agreement — Clause regarding loss of employment in event of extended absence — Employer's duty to accommodate — Employee unable to return to work after three-year absence owing to health problems — Clause of collective agreement providing that

Continued on next page

SOMMAIRE

Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) *c.* Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal 161

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Obligation d'accommodement — Rôle d'une convention collective dans l'évaluation de l'obligation d'accommodement d'un employeur.

Relations de travail — Convention collective — Clause de perte d'emploi pour absence prolongée — Obligation d'accommodement d'un employeur — Employée incapable de retourner au travail après une absence de trois ans en raison de problèmes de santé — Clause de la convention collective prévoyant qu'un salarié perd son emploi après trois ans d'absence pour cause de maladie — Dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement de l'employeur, l'arbitre peut-il considérer la période prévue par la convention collective?

Double N Earthmovers Ltd. *c.* Edmonton (Ville) 116

Contrats — Appels d'offres — Appel d'offres de la Ville précisant l'année de fabrication à respecter pour les machines à utiliser pour le projet — Contrat adjugé au soumissionnaire le moins-disant, dont les machines n'étaient pas toutes des modèles 1980 ou plus récents — La Ville a été informée par un soumissionnaire rival avant l'adjudication du contrat que le soumissionnaire le moins-disant n'a pas respecté l'exigence requérant que les machines soient des modèles 1980 — Information non vérifiée par la Ville — La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme? — La Ville avait-elle l'obligation de vérifier si les machines étaient conformes au cahier des charges de l'appel d'offres? — Le contrat a-t-il été adjugé à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres? — La Ville a-t-elle manqué à son obligation envers un soumissionnaire rival en permettant au soumissionnaire retenu de fournir des machines antérieures à 1980? — Les négociations entreprises par la Ville avant l'adjudication du contrat constituent-elles du marchandage de soumissions?

Kingstreet Investments Ltd. *c.* Nouveau-Brunswick (Finances) 3

Droit constitutionnel — Réparation — Restitution — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — La Couronne bénéficie-t-elle d'une immunité à l'égard des actions en remboursement de taxes ultra vires? — Ces actions doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

Restitution — Enrichissement sans cause — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

employee to lose job after three-year absence by reason of illness — Whether arbitrator may, in assessing employer's duty to accommodate, consider period provided for in collective agreement.

R. *v.* Beaudry **190**

Criminal law — Appeals — Power of appellate court — Unreasonable verdict — Police discretion — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Obstructing justice — Elements of offence — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Relationship between offence of obstructing justice and police discretion — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139(2).

SOMMAIRE (Fin)

mesures législatives ultra vires — Les actions en remboursement de taxes ultra vires doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

Restitution — Moyens de défense — Moyen de défense fondé sur le transfert de la perte — Exception des paiements faits sous la contrainte et sous toutes réserves — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte peut-il être invoqué pour refuser le remboursement demandé? — Les paiements faits sous toutes réserves et sous la contrainte par des contribuables sont-ils recouvrables?

Little Sisters Book and Art Emporium *c.* Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu) **38**

Procédure civile — Dépens — Provisions pour frais — Les conditions requises pour accorder une provision pour frais sont-elles remplies?

R. *c.* Beaudry **190**

Droit criminel — Appels — Pouvoir d'une cour d'appel — Verdict déraisonnable — Pouvoir discrétionnaire d'un policier — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Le verdict est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Droit criminel — Entrave à la justice — Éléments de l'infraction — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Relation entre l'infraction d'entrave à la justice et le pouvoir discrétionnaire d'un policier — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2).

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 1, 2007

1er volume, 2007

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
RENÉE MARIA TREMBLAY
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
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Double N Earthmovers Ltd. *v.* Edmonton (City) 116

Contracts — Tenders — City's tender specifying maximum age of equipment to be used on project — Contract awarded to lower bidder whose equipment was not all 1980 or newer — City informed by rival bidder prior to awarding of contract that lower bidder did not comply with 1980 equipment requirement — Information not investigated by City — Whether City accepted non-compliant bid — Whether City had duty to investigate if equipment met tender specifications — Whether contract awarded on terms other than those set out in tender documents — Whether City violated its duty to rival bidder by permitting successful bidder to supply pre-1980 equipment — Whether City's pre-award negotiations with bidders amounted to "bid shopping".

Kingstreet Investments Ltd. *v.* New Brunswick (Finance) 3

Constitutional law — Remedy — Restitution — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether Crown immune from claims for recovery of ultra vires taxes — Whether such claims must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

Restitution — Unjust enrichment — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether taxpayers' claims for recovery of ultra vires taxes must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

Restitution — Defences — Passing-on defence — Protest and compulsion exception — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether passing-on defence applicable to deny recovery — Whether taxpayers' payments made under protest and compulsion recoverable.

Little Sisters Book and Art Emporium *v.* Canada (Commissioner of Customs and Revenue) 38

Civil procedure — Costs — Advance costs — Whether requirements to award advance costs met.

McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) *v.* Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal 161

Human rights — Right to equality — Duty to accommodate — Role of collective agreement in assessment of employer's duty to accommodate.

Labour relations — Collective agreement — Clause regarding loss of employment in event of extended absence — Employer's duty to accommodate — Employee unable to return to work after three-year absence owing to health problems — Clause of collective agreement providing that

Continued on next page

SOMMAIRE

Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) *c.* Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal 161

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Obligation d'accommodement — Rôle d'une convention collective dans l'évaluation de l'obligation d'accommodement d'un employeur.

Relations de travail — Convention collective — Clause de perte d'emploi pour absence prolongée — Obligation d'accommodement d'un employeur — Employée incapable de retourner au travail après une absence de trois ans en raison de problèmes de santé — Clause de la convention collective prévoyant qu'un salarié perd son emploi après trois ans d'absence pour cause de maladie — Dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement de l'employeur, l'arbitre peut-il considérer la période prévue par la convention collective?

Double N Earthmovers Ltd. *c.* Edmonton (Ville) 116

Contrats — Appels d'offres — Appel d'offres de la Ville précisant l'année de fabrication à respecter pour les machines à utiliser pour le projet — Contrat adjugé au soumissionnaire le moins-disant, dont les machines n'étaient pas toutes des modèles 1980 ou plus récents — La Ville a été informée par un soumissionnaire rival avant l'adjudication du contrat que le soumissionnaire le moins-disant n'a pas respecté l'exigence requérant que les machines soient des modèles 1980 — Information non vérifiée par la Ville — La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme? — La Ville avait-elle l'obligation de vérifier si les machines étaient conformes au cahier des charges de l'appel d'offres? — Le contrat a-t-il été adjugé à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres? — La Ville a-t-elle manqué à son obligation envers un soumissionnaire rival en permettant au soumissionnaire retenu de fournir des machines antérieures à 1980? — Les négociations entreprises par la Ville avant l'adjudication du contrat constituent-elles du marchandage de soumissions?

Kingstreet Investments Ltd. *c.* Nouveau-Brunswick (Finances) 3

Droit constitutionnel — Réparation — Restitution — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — La Couronne bénéficie-t-elle d'une immunité à l'égard des actions en remboursement de taxes ultra vires? — Ces actions doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

Restitution — Enrichissement sans cause — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de

Suite à la page suivante

employee to lose job after three-year absence by reason of illness — Whether arbitrator may, in assessing employer's duty to accommodate, consider period provided for in collective agreement.

R. *v.* Beaudry 190

Criminal law — Appeals — Power of appellate court — Unreasonable verdict — Police discretion — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Obstructing justice — Elements of offence — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Relationship between offence of obstructing justice and police discretion — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139(2).

mesures législatives ultra vires — Les actions en remboursement de taxes ultra vires doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

Restitution — Moyens de défense — Moyen de défense fondé sur le transfert de la perte — Exception des paiements faits sous la contrainte et sous toutes réserves — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte peut-il être invoqué pour refuser le remboursement demandé? — Les paiements faits sous toutes réserves et sous la contrainte par des contribuables sont-ils recouvrables?

Little Sisters Book and Art Emporium *c.* Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu) 38

Procédure civile — Dépens — Provisions pour frais — Les conditions requises pour accorder une provision pour frais sont-elles remplies?

R. *c.* Beaudry 190

Droit criminel — Appels — Pouvoir d'une cour d'appel — Verdict déraisonnable — Pouvoir discrétionnaire d'un policier — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Le verdict est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Droit criminel — Entrave à la justice — Éléments de l'infraction — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Relation entre l'infraction d'entrave à la justice et le pouvoir discrétionnaire d'un policier — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2).

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 1, 2007

1er volume, 2007

Kingstreet Investments Ltd. and 501638 NB Ltd. *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

Province of New Brunswick as represented by the Department of Finance and New Brunswick Liquor Corporation *Respondents/ Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Manitoba, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Alberta, Canadian Constitution Foundation and Consumers' Association of Canada *Interveners*

INDEXED AS: KINGSTREET INVESTMENTS LTD. *v.* NEW BRUNSWICK (FINANCE)

Neutral citation: 2007 SCC 1.

File No.: 31057.

2006: June 20; 2007: January 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Remedy — Restitution — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether Crown immune from claims for recovery of ultra vires taxes — Whether such claims must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

Restitution — Unjust enrichment — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether taxpayers' claims for recovery of ultra vires taxes must be

Kingstreet Investments Ltd. et 501638 NB Ltd. *Appelantes/Intimées au pourvoi incident*

c.

Province du Nouveau-Brunswick représentée par le ministère des Finances et la Société des alcools du Nouveau-Brunswick *Intimées/ Appelantes au pourvoi incident*

et

Procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta, Canadian Constitution Foundation et Association des consommateurs du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : KINGSTREET INVESTMENTS LTD. *c.* NOUVEAU-BRUNSWICK (FINANCES)

Référence neutre : 2007 CSC 1.

N° du greffe : 31057.

2006 : 20 juin; 2007 : 11 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Réparation — Restitution — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — La Couronne bénéficie-t-elle d'une immunité à l'égard des actions en remboursement de taxes ultra vires? — Ces actions doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

Restitution — Enrichissement sans cause — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — Les

analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

Restitution — Defences — Passing-on defence — Protest and compulsion exception — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether passing-on defence applicable to deny recovery — Whether taxpayers' payments made under protest and compulsion recoverable.

Since 1988, the corporate taxpayers have been operating a number of night clubs in New Brunswick that are licensed to sell alcoholic beverages. They purchase their alcohol from the provincial liquor corporation's retail stores and, in addition to the retail price, pay a user charge, as prescribed by regulation. The taxpayers challenged the constitutional validity of the user charge and seek by way of relief reimbursement of all amounts paid over the years with compound interest. The Court of Queen's Bench declared the user charge to constitute an unconstitutional indirect tax but denied recovery. The court found that the taxpayers had passed on the tax burden to their customers in the form of increased prices and applied the passing-on defence to the taxpayers' claim for unjust enrichment. The court also applied the general rule against recovery of *ultra vires* taxes. The majority of the Court of Appeal allowed the restitutionary claim with respect to all monies paid from the time the taxpayers protested by commencing legal proceedings against the Province. For monies paid prior to the commencement of legal proceedings, which were held not to have been paid under protest, the majority denied the claim on the basis of the passing-on defence.

Held: The appeal is allowed in part. The cross-appeal is dismissed.

This case should be decided on the basis of constitutional principles rather than unjust enrichment as an unjust enrichment analysis is ill-suited to deal with the issues raised by *ultra vires* taxes. The taxpayers in this case have recourse to a remedy as a matter of constitutional right. This remedy is the only appropriate one because it raises important constitutional principles

actions en remboursement de taxes ultra vires doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

Restitution — Moyens de défense — Moyen de défense fondé sur le transfert de la perte — Exception des paiements faits sous la contrainte et sous toutes réserves — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte peut-il être invoqué pour refuser le remboursement demandé? — Les paiements faits sous toutes réserves et sous la contrainte par des contribuables sont-ils recouvrables?

Depuis 1988, les contribuables, des sociétés, exploitent au Nouveau-Brunswick plusieurs boîtes de nuit titulaires de licences les autorisant à vendre des boissons alcooliques. Elles achètent ces boissons des magasins de vente au détail de la Société des alcools de la province et, outre le prix de détail, elles paient une redevance d'exploitation prescrite par règlement. Les contribuables ont contesté la constitutionnalité de la redevance d'exploitation et réclament, à titre de réparation, le remboursement de toutes les sommes payées au fil des ans, majorées des intérêts composés. La Cour du Banc de la Reine a déclaré que la redevance d'exploitation était une taxe indirecte inconstitutionnelle, mais elle a refusé d'en ordonner le remboursement. Elle a jugé que les contribuables avaient transféré le fardeau de la taxe à leurs clients en augmentant leurs prix et elle a appliqué à l'action des contribuables pour enrichissement sans cause le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. De plus, le tribunal a invoqué la règle générale qui interdit le recouvrement de taxes *ultra vires*. En Cour d'appel, les juges majoritaires ont accueilli la demande de restitution pour la totalité des sommes payées depuis la date à laquelle les demanderesses avaient fait connaître leur opposition en intentant une action contre la province. Pour les sommes payées avant l'introduction de l'action, jugées ne pas avoir été payées sous toutes réserves, les juges majoritaires ont rejeté la demande de restitution par application du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie. Le pourvoi incident est rejeté.

La présente affaire doit être tranchée en fonction de principes constitutionnels plutôt que de la notion d'enrichissement sans cause, l'analyse axée sur l'enrichissement sans cause se prêtant mal aux questions que soulèvent les taxes *ultra vires*. En l'espèce, les contribuables utilisent un recours relevant d'un droit constitutionnel. Ce recours est le seul qui soit approprié,

which would be ignored by treating the claim under another category of restitution. [12] [34]

Restitution is generally available for the recovery of monies collected under legislation that is subsequently declared to be *ultra vires*. Such restitution is warranted to guarantee respect for constitutional principles, in particular, in this case, the principle that the Crown may not levy a tax except with authority of the Parliament or the Legislature. This principle of "no taxation without representation" is central to our conception of democracy and the rule of law. When the government collects and retains taxes pursuant to *ultra vires* legislation, it undermines the rule of law. To permit the Crown to retain an *ultra vires* tax would thus condone a breach of this most fundamental constitutional principle. As a result, a taxpayer who has made a payment pursuant to *ultra vires* legislation has a right to restitution. In a public law context, a rule which would, for policy considerations, immunize public authorities from restitutionary claims with respect to monies paid under invalid legislation must be rejected. To privilege policy considerations in the case of *ultra vires* taxes threatens to undermine the rule of law. Moreover, the availability of suspended declarations of invalidity and the possibility for Parliament or a legislature to enact valid taxes and apply them retroactively, so as to limit or deny recovery of *ultra vires* taxes, are sufficient to guard against the possibility of fiscal chaos. [12] [14-15] [20-21] [25]

The passing-on defence is not available to the Crown in the context of a claim for the recovery of taxes paid pursuant to *ultra vires* legislation. The defence is inconsistent with the basic premise of restitution law. Restitutionary principles provide for restoration of what has been taken or received from the plaintiff without justification. Restitution law is not concerned by the possibility of the plaintiff obtaining a windfall because it is not founded on the concept of compensation for loss. The defence is also economically misconceived and creates serious difficulties of proof as there are inherent difficulties in a commercial marketplace of proving that the loss was not passed onto consumers. [42] [44] [47-48]

puisqu'il soulève d'importants principes constitutionnels qui ne seraient pas pris en considération si l'action était abordée sous l'angle d'une autre catégorie de restitution. [12] [34]

Les règles relatives à la restitution peuvent généralement être invoquées pour recouvrer des sommes perçues en vertu de dispositions législatives ultérieurement déclarées *ultra vires*. Une telle réparation est justifiée pour garantir le respect des principes constitutionnels, particulièrement, en l'espèce, le principe suivant lequel la Couronne ne peut lever une taxe que sous l'autorité du Parlement ou d'une législature. Le principe « Pas de taxation sans représentation » est au cœur même de notre conception de la démocratie et de la primauté du droit. Lorsque le gouvernement perçoit et conserve une taxe en vertu d'une loi *ultra vires*, il sape la primauté du droit. En permettant à la Couronne de conserver une taxe *ultra vires*, on se trouverait à accepter une atteinte à ce principe constitutionnel absolument fondamental. C'est pourquoi le citoyen qui a fait un paiement en vertu d'une loi *ultra vires* a droit à la restitution. Dans un contexte de droit public, une règle qui mettrait les pouvoirs publics à l'abri des demandes de restitution de sommes payées en vertu d'une loi invalide doit être rejetée. Faire primer des considérations d'intérêt public dans le cas de taxes *ultra vires* risque d'ébranler la primauté du droit. De plus, la possibilité d'obtenir le prononcé d'une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu et la possibilité qu'ont le Parlement et les législatures d'imposer des taxes valides et de les appliquer rétroactivement, de manière à limiter ou à refuser le recouvrement de taxes *ultra vires*, suffisent à prévenir un éventuel chaos fiscal. [12] [14-15] [20-21] [25]

La Couronne n'est pas admise à invoquer le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans le contexte du recouvrement de taxes payées en vertu de dispositions *ultra vires*. Ce moyen de défense est incompatible avec le principe fondamental du droit de la restitution. Les principes applicables en matière de restitution pourvoient à la restitution au demandeur de ce qui lui a été pris ou de ce qui a été reçu de lui sans justification. La possibilité que le demandeur obtienne un profit fortuit n'a pas d'importance du point de vue du droit de la restitution, parce que celui-ci ne repose pas sur le concept de l'indemnisation d'une perte. En outre, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte n'est pas judicieux sur le plan économique et soulève d'importantes difficultés d'application en ce qui concerne la preuve, vu les difficultés inhérentes qui se posent lorsqu'il s'agit de prouver, dans un marché commercial, que la perte n'a pas été transférée aux consommateurs. [42] [44] [47-48]

Since the passing-on defence is generally inapplicable in the context of *ultra vires* taxes, it is unnecessary to deal with the doctrine of protest and compulsion which functions as an exception to the passing-on defence. However, as a general rule, this doctrine should be discarded insofar as it applies to payments made to public authorities, whether pursuant to unconstitutional legislation or as the result of a misapplication of otherwise valid legislation. [52] [57]

Claims for the recovery of *ultra vires* taxes may be subject to an applicable limitation period. Here, the six-year limitation period set out in s. 9 of the New Brunswick *Limitation of Actions Act* applies. The taxpayers can therefore only recover, with interest, the user charges paid during the six years preceding the filing date of their notice of application. However, this is not an appropriate case for the awarding of compound interest as the taxpayers did not allege any wrongful conduct on behalf of the Province that might warrant moral sanction. [59] [61-62]

Cases Cited

Discussed: *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; **referred to:** *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners*, [1993] A.C. 70; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2004] 3 S.C.R. 575, 2004 SCC 75; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; *Ross v. The King* (1902), 32 S.C.R. 532; *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403; *Willmor Discount Corp. v. Vaudreuil (City)*, [1994] 2 S.C.R. 210; *Ville de Sept-Îles v. Lussier*, [1993] R.J.Q. 2717; *Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 S.C.R. 74, 2004 SCC 38; *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Miron v.*

Comme le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est d'une manière générale inapplicable dans le contexte de taxes *ultra vires*, il n'est pas nécessaire de traiter de la doctrine du paiement fait sous toutes réserves et sous la contrainte, doctrine qui joue le rôle d'une exception à ce moyen de défense. Toutefois, cette doctrine devrait en règle générale être écartée dans le cas des paiements faits à des autorités publiques, que ce soit en vertu d'une loi inconstitutionnelle ou par suite de l'application erronée d'une loi par ailleurs valide. [52] [57]

Les actions en remboursement de taxes *ultra vires* peuvent être soumises à un délai de prescription. Dans le présent cas, c'est le délai de prescription de six ans prévu par l'art. 9 de la *Loi sur la prescription* du Nouveau-Brunswick qui s'applique. Par conséquent, les contribuables ne peuvent recouvrer que les redevances d'exploitation payées au cours des six années qui ont précédé le dépôt de leur avis de requête, redevances qui seront majorées des intérêts. Toutefois, il n'est pas opportun en l'espèce d'attribuer des intérêts composés, puisque les contribuables n'ont allégué aucun comportement fautif de la province susceptible de justifier une sanction exprimant la réprobation morale. [59] [61-62]

Jurisprudence

Arrêt analysé : *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; **arrêts mentionnés :** *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Woolwich Equitable Building Society c. Inland Revenue Commissioners*, [1993] A.C. 70; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *United States c. Butler*, 297 U.S. 1 (1936); *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762; *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2004] 3 R.C.S. 575, 2004 CSC 75; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; *Ross c. The King* (1902), 32 R.C.S. 532; *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403; *Willmor Discount Corp. c. Vaudreuil (Ville)*, [1994] 2 R.C.S. 210; *Ville de Sept-Îles c. Lussier*, [1993] R.J.Q. 2717; *Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 R.C.S. 74, 2004 CSC 38; *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968); *Law Society of Upper Canada c. Ernst &*

Trudel, [1995] 2 S.C.R. 418; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, [2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1047, 1048.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, art. 1491.
Constitution Act, 1867, ss. 53, 90, 92(9).
Fees Regulation — Liquor Control Act, N.B. Reg. 89-167, s. 5.
Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 9.
Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 200(3).

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005.
Birks, Peter. "Restitution from the Executive: A Tercentenary Footnote to the Bill of Rights", in P. D. Finn, ed., *Essays on Restitution*. Sydney, Australia: Law Book Co., 1990, 164.
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1993.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2005, release 1).
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Ryan, Robertson and Richard JJ.A.) (2005), 254 D.L.R. (4th) 715, 285 N.B.R. (2d) 201, 744 A.P.R. 201, 8 B.L.R. (4th) 182, 2005 G.T.C. 1510, [2005] N.B.J. No. 205 (QL), 2005 NBCA 56, reversing in part a decision of Russell J. (2004), 236 D.L.R. (4th) 733, 273 N.B.R. (2d) 6, 717 A.P.R. 6, [2004] N.B.J. No. 75 (QL), 2004 NBQB 84. Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed.

Eugene J. Mockler, Q.C., and *Adam B. Neal*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

David D. Eidt, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Young (2002), 59 O.R. (3d) 214; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, [2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1047, 1048.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1491.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 53, 90, 92(9).
Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 9.
Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10, art. 200(3).
Règlement sur les droits — Loi sur la réglementation des alcools, Règl. du N.-B. 89-167, art. 5.

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2005.
Birks, Peter. « Restitution from the Executive : A Tercentenary Footnote to the Bill of Rights », in P. D. Finn, ed., *Essays on Restitution*. Sydney, Australia : Law Book Co., 1990, 164.
Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 4th ed. London : Sweet & Maxwell, 1993.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2005, release 1).
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (les juges Ryan, Robertson et Richard) (2005), 254 D.L.R. (4th) 715, 285 R.N.-B. (2e) 201, 744 A.P.R. 201, 8 B.L.R. (4th) 182, 2005 G.T.C. 1510, [2005] A.N.-B. no 205 (QL), 2005 NBCA 56, qui a infirmé en partie une décision du juge Russell (2004), 236 D.L.R. (4th) 733, 273 R.N.-B. (2e) 6, 717 A.P.R. 6, [2004] A.N.-B. no 75 (QL), 2004 NBBR 84. Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté.

Eugene J. Mockler, c.r., et *Adam B. Neal*, pour les appelantes/intimées au pourvoi incident.

David D. Eidt, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident.

Eugene Szach and *Stewart J. Pierce*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Nancy E. Brown and *Jonathan Penner*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Nicholas James Parker and *David Kamal*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Barbara A. McIsaac, Q.C., and *Howard R. Fohr*, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Brent B. Olthuis*, for the intervener the Consumers' Association of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

1. Facts

1 Since 1988, the corporate appellants have been operating a number of night clubs in the cities of Fredericton and Moncton, New Brunswick, that are licensed to sell alcoholic beverages. They purchase their alcohol from the New Brunswick Liquor Corporation's retail stores and, in addition to the retail price, pay a user charge, as prescribed by regulation adopted pursuant to the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 200(3). That user charge has varied over the years from 11 percent of the retail price to the current 5 percent: see *Fees Regulation — Liquor Control Act*, N.B. Reg. 89-167, s. 5. The trial judge found, and the parties agree, that the appellants have paid over $1 million in such charges. The appellants have challenged the constitutional validity of the user charge and seek by way of relief reimbursement of all amounts paid over the years with compound interest.

2 The appellants' initial argument was that the user charge constituted an indirect tax, which is *ultra vires* the Province of New Brunswick's

Eugene Szach et *Stewart J. Pierce*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Nancy E. Brown et *Jonathan Penner*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Nicholas James Parker et *David Kamal*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Barbara A. McIsaac, c.r., et *Howard R. Fohr*, pour l'intervenante Canadian Constitution Foundation.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Brent B. Olthuis*, pour l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

1. Faits

Depuis 1988, les sociétés appelantes exploitent à Fredericton et à Moncton (Nouveau-Brunswick) plusieurs boîtes de nuit titulaires de licences les autorisant à vendre des boissons alcooliques. Elles achètent ces boissons des magasins de vente au détail de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick et, outre le prix de détail, elles paient une redevance d'exploitation prescrite par un règlement pris en application du par. 200(3) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-10. Cette redevance est passée, au fil des ans, de 11 à 5 pour 100 du prix de détail : voir le *Règlement sur les droits — Loi sur la réglementation des alcools*, Règl. du N.-B. 89-167, art. 5. Le juge de première instance a conclu, et les parties sont d'accord, que les appelantes ont payé plus d'un million de dollars en redevances. Les appelantes ont contesté la constitutionnalité de la redevance d'exploitation et elles réclament, à titre de réparation, le remboursement de toutes les sommes payées au fil des ans, majorée des intérêts composés.

Les appelantes ont tout d'abord soutenu que la redevance d'exploitation constituait une taxe indirecte, qui serait de ce fait *ultra vires* du pouvoir

constitutional taxing power. However, the day before the trial began, appellants' counsel forwarded a letter to the Clerk's office informing the court that he would argue in the alternative that the user charge constituted a direct tax that was illegally imposed by regulation rather than originating in the legislature. The appellants may have realized that their submission that the charge constituted an indirect tax weighed in favour of the Province's argument that the club owners had in fact passed on the cost of the charge to their customers by increasing their prices.

de taxation conféré à la province du Nouveau-Brunswick (« Province ») par la Constitution. Cependant, la veille du procès, l'avocat des appelantes a envoyé au bureau du greffier une lettre dans laquelle il informait le tribunal qu'il ferait plutôt valoir que la redevance d'exploitation était une taxe directe illégalement imposée par voie de règlement plutôt que par la législature. Les appelantes se sont peut-être rendu compte qu'en plaidant que la redevance constituait une taxe indirecte, elles donnaient du poids à l'argument de la Province suivant lequel les propriétaires de boîtes de nuit avaient en fait transféré le coût de la redevance à leurs clients, en augmentant leurs prix.

The appellants also attempted to argue that the user charge, if held to constitute a tax, was *ultra vires* in the administrative law sense. It was argued that, as a matter of statutory interpretation, the legislature authorized the imposition of a user charge and not a tax. Robertson J.A., on behalf of a majority of the Court of Appeal, concluded that this was a last-minute attempt to characterize the user charge as a misapplication of an otherwise valid statutory provision, in order to avoid the application of the general rule against the recovery of *ultra vires* taxes proposed by La Forest J. in *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161 ("*Air Canada*").

3 Les appelantes ont également tenté de faire valoir que la redevance d'exploitation, s'il était jugé qu'elle constitue une taxe, était *ultra vires* au sens du droit administratif. Elles ont avancé que, selon les règles d'interprétation législative, la législature a autorisé l'imposition d'une redevance d'exploitation et non d'une taxe. S'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, le juge Robertson a conclu que les appelantes cherchaient à prétendre, à la dernière minute, que la redevance d'exploitation constituait une application erronée d'une disposition législative par ailleurs valide en vue d'empêcher l'application de la règle générale s'opposant au remboursement de taxes *ultra vires* proposée par le juge La Forest dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161 (« *Air Canada* »).

The trial judge held that the user charge constituted an indirect tax which, since it was not tailored to the cost of regulating the licensees, could not constitute a "[l]icenc[e] in order to [*sic*] the raising of a Revenue for Provincial, Local, or Municipal Purposes" in accordance with s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867* ((2004), 273 N.B.R. (2d) 6, 2004 NBQB 84, at para. 4). As a matter of fact, he held that the user charge had been passed on and that it therefore qualified as an indirect tax. Accordingly, the trial judge declared the impugned regulation to be *ultra vires* the Province of New Brunswick. The Province did not appeal from this judgment. Before the Court of Appeal, the parties agreed that the user charge constitutes an unlawful

4 Le juge de première instance a estimé que la redevance d'exploitation était une taxe indirecte qui, n'ayant pas été établie en fonction du coût de la réglementation applicable aux titulaires de licences, ne pouvait constituer une « licenc[e], dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux, locaux ou municipaux » conformément au par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ((2004), 273 R.N.-B. (2e) 6, 2004 NBBR 84, par. 4). Il a en fait statué que le coût de la redevance d'exploitation avait été transféré à des tiers et qu'il s'agissait donc d'une taxe indirecte. Par conséquent, le juge de première instance a déclaré que le règlement attaqué était *ultra vires* de la province du Nouveau-Brunswick. La Province n'a pas interjeté appel de

tax ((2005), 285 N.B.R. (2d) 201, 2005 NBCA 56, at para. 1). Robertson J.A. rejected the appellants' attempts to recharacterize the user charge as either a direct tax which could not be imposed by way of regulation, or as *ultra vires* in the administrative law sense. I agree: the trial judge's decision that the user charge constitutes an unconstitutional indirect tax must stand.

5 As a result, this Court is only concerned with the appellants' claim for relief. The principal issue is whether money paid to a public authority pursuant to *ultra vires* legislation is recoverable. The case is argued on the basis of a claim for unjust enrichment. The Province relies on the common law bar to recovery of unconstitutional taxes articulated by La Forest J. in *Air Canada*. The Province further relies on La Forest J.'s judgment in *Air Canada*, at p. 1202, for the proposition that "[t]he law of restitution is not intended to provide windfalls to plaintiffs who have suffered no loss." It submits that where the burden of an *ultra vires* tax has been passed on, the requirement for a corresponding deprivation has not been met.

6 By contrast, the appellants submit that La Forest J.'s common law bar to recovery for *ultra vires* taxes was *obiter* and did not win a majority of votes in *Air Canada*. They rely on Wilson J.'s dissenting opinion in that case and on this Court's unanimous decision in *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581 ("*Ontario (Liquor Control Board)*"), for the proposition that the responsibility of ensuring the applicability and the constitutionality of a law lies with the governmental agency in charge of administering that law, not the taxpayer. Turning to the passing-on defence, the appellants argue that it is inconsistent with basic restitutionary principles, that it is economically misconceived, and that it is fraught with practical difficulties related to proof. In their submission, the trial judge's finding that the cost of

cette décision. Devant la Cour d'appel, les parties se sont mises d'accord sur le fait que la redevance d'exploitation constitue une taxe illégale ((2005), 285 R.N.-B. (2e) 201, 2005 NBCA 56, par. 1). Le juge Robertson a rejeté les tentatives faites par les appelantes pour plutôt qualifier la redevance d'exploitation de taxe directe ne pouvant être imposée par voie de règlement ou de taxe *ultra vires* au sens du droit administratif. Je suis d'accord avec lui : la décision du juge de première instance, à savoir que la redevance d'exploitation constitue une taxe indirecte inconstitutionnelle, doit être confirmée.

En conséquence, notre Cour ne doit examiner que la réparation demandée par les appelantes. Il s'agit essentiellement de déterminer si les sommes versées à une autorité publique en vertu d'une loi *ultra vires* peuvent être recouvrées. La cause est plaidée dans le cadre d'une action pour enrichissement sans cause. La Province invoque la règle de common law formulée par le juge La Forest, dans *Air Canada*, qui interdit le remboursement de taxes inconstitutionnelles. Elle s'appuie en outre sur les commentaires du juge La Forest dans cet arrêt, aux p. 1202-1203, pour soutenir que « [l]e droit en matière de restitution n'a pas pour objet de donner des profits fortuits à des demandeurs qui n'ont subi aucune perte. » Elle affirme que, lorsqu'une taxe *ultra vires* a été transférée à des tiers, l'exigence d'un appauvrissement correspondant n'est pas remplie.

Les appelantes prétendent pour leur part que la règle de common law interdisant le remboursement de taxes inconstitutionnelles formulée par le juge La Forest était une opinion incidente, qui n'a pas recueilli l'appui d'une majorité de juges dans *Air Canada*. Se fondant plutôt sur l'opinion dissidente de la juge Wilson dans cet arrêt, ainsi que sur la décision unanime de notre Cour dans *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581 (« *Ontario (Régie des alcools)* »), elles plaident que c'est l'organisme gouvernemental chargé de l'application d'une disposition, et non le contribuable, qui doit s'assurer de l'applicabilité et de la constitutionnalité de cette disposition. Quant au moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, les appelantes font valoir qu'il est incompatible avec les principes fondamentaux applicables en matière de

the tax was passed on to bar patrons is irrelevant to their unjust enrichment claim.

2. Judicial History

2.1 *New Brunswick Court of Queen's Bench* (2004), 273 N.B.R. (2d) 6, 2004 NBQB 84

Russell J. dismissed the appellants' claim for relief. The trial judge found as a matter of fact that the appellants had passed on the tax burden to their customers in the form of increased prices. On this basis, he applied the passing-on defence to the appellants' claim for unjust enrichment and denied recovery. Moreover, the trial judge applied the general rule against recovery of *ultra vires* taxes enunciated by La Forest J. in *Air Canada*, at pp. 1206-7. As in *Air Canada*, he found the regulation to be deficient only in form, insofar as it resulted from the Province's failure to tailor the charge to the cost of regulating the licensees. Finally, the trial judge emphasized that fiscal turmoil could result if restitution were allowed, and that government would be driven to the inefficient course of re-imposing the tax.

2.2 *New Brunswick Court of Appeal* (2005), 285 N.B.R. (2d) 201, 2005 NBCA 56

Robertson J.A., writing on behalf of the majority, noted that the distinction between monies paid under mistake of fact and monies paid under mistake of law has been abolished and that the issue must therefore be decided on the basis of restitutionary principles. He considered this Court's decision in *Air Canada* but was not prepared to immunize public authorities from restitutionary claims resulting from invalid legislation.

restitution, qu'il est peu judicieux sur le plan économique et qu'il soulève de nombreuses difficultés d'application au plan de la preuve. La conclusion du juge de première instance selon laquelle le coût de la taxe a été transféré aux clients des bars est à leur avis sans pertinence en ce qui concerne leur action pour enrichissement sans cause.

2. Historique judiciaire

2.1 *La Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (2004), 273 R.N.-B. (2e) 6, 2004 NBBR 84

7 Le juge Russell a rejeté la demande de réparation des appelantes, estimant que, dans les faits, ces dernières avaient transféré le fardeau de la taxe à leurs clients en augmentant leurs prix. Il a donc appliqué à leur action pour enrichissement sans cause le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte et il a refusé le recouvrement. De plus, le juge de première instance a invoqué la règle générale énoncée par le juge La Forest aux p. 1206-1207 de l'arrêt *Air Canada*, qui interdit le recouvrement de taxes *ultra vires*. Il a jugé que, tout comme dans *Air Canada*, le règlement comportait un simple vice de forme, tenant au fait que la Province n'avait pas établi la redevance d'exploitation en fonction du coût de la réglementation applicable aux titulaires de licences. Enfin, le juge de première instance a insisté sur le fait qu'un chaos fiscal pourrait s'ensuivre si la restitution était autorisée, et que le gouvernement se verrait alors dans l'obligation d'adopter le moyen inefficace qui consiste à imposer la taxe de nouveau.

2.2 *La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (2005), 285 R.N.-B. (2e) 201, 2005 NBCA 56

8 Le juge Robertson, qui a rédigé l'opinion majoritaire, a souligné que, vu l'abolition de la distinction entre les paiements faits par suite d'une erreur de droit et ceux faits par suite d'une erreur de fait, la question devait être tranchée en fonction des principes de la restitution. Il a examiné la décision de notre Cour dans *Air Canada*, mais il n'était pas disposé pour autant à mettre les autorités publiques à l'abri des demandes de restitution découlant d'une loi invalide.

9 However, he was prepared to recognize the validity of the passing-on defence, relying on La Forest J.'s statement in *Air Canada* to the effect that the law of restitution is not intended to provide windfalls to plaintiffs. He concluded that the equities lie with the Province because, when a benefit accrues to the government, it accrues to the public interest, and because to hold otherwise would cause bar patrons to pay the tax twice. Robertson J.A. acknowledged that the defence has been much criticized for being contrary to restitutionary principles, economically misconceived and fraught with practical difficulties. However, he rejected the economic argument because there is nothing preventing the plaintiffs from proving that they are still out of pocket despite having passed on a portion of the tax — as a result of reduced sales, for example. Turning to the practicality of the defence, Robertson J.A. considered the evidentiary difficulties and costs associated with discerning whether the tax has effectively been passed on. He resolved these concerns by placing the initial burden of proof on the Province, with the caveat that there is a rebuttable presumption of passing on in the case of an illegal indirect tax, and the further caveat that the defence would have no application in cases where monies were paid under compulsion and protest. Robertson J.A. emphasized that the plaintiffs should not be entitled to a windfall and expressed concern that the government be able to defend claims for unjust enrichment to avoid potential fiscal disruption.

10 Accordingly, the majority allowed the restitutionary claim with respect to all monies paid from the time the claimants protested by commencing legal proceedings against the Province (May 25, 2001). For monies paid prior to the commencement of legal proceedings, which were held not to have been paid under protest, the majority denied the claim on the basis of the passing-on defence. In the

Cependant, s'appuyant sur l'observation du juge La Forest dans *Air Canada* selon laquelle le droit en matière de restitution n'a pas pour objet de donner des profits fortuits à des demandeurs, le juge Robertson était prêt à reconnaître la validité du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Il a conclu que la mise en balance des droits favorisait la Province, étant donné que tout avantage dont jouit le gouvernement profite à l'intérêt public et que, si on devait conclure autrement, les clients des bars se trouveraient à payer la taxe deux fois. Le juge Robertson a reconnu qu'on a beaucoup reproché à ce moyen de défense d'être incompatible avec les principes applicables en matière de restitution, d'être peu judicieux sur le plan économique et de soulever de nombreuses difficultés d'application. Il a toutefois rejeté l'argument fondé sur l'aspect économique, parce que rien n'empêche les appelantes d'établir qu'elles ont néanmoins subi une perte même si elles ont recouvré une partie de la taxe — par suite d'une diminution des ventes, par exemple. Abordant les aspects pratiques de ce moyen de défense, le juge Robertson a considéré les difficultés d'application au plan de la preuve et les coûts à engager pour déterminer si la taxe a effectivement été transférée. Il a résolu ces difficultés en indiquant que la charge de la preuve initiale incombait à la Province, tout en précisant d'une part qu'il existe une présomption réfutable selon laquelle la taxe illégale indirecte a été transférée, et d'autre part que le moyen de défense ne saurait s'appliquer lorsque les sommes ont été payées sous la contrainte et sous toutes réserves. Le juge Robertson a souligné que les demanderesses ne devraient pas avoir droit à des profits fortuits et que le gouvernement devait pouvoir se défendre dans des actions pour enrichissement sans cause pour éviter d'éventuelles perturbations fiscales.

Les juges majoritaires ont en conséquence accueilli la demande de restitution pour la totalité des sommes payées depuis la date à laquelle les demanderesses avaient fait connaître leur opposition en intentant une action contre la Province (25 mai 2001). Pour les sommes payées avant l'introduction de l'action, jugées ne pas avoir été payées sous réserve, les juges majoritaires ont

alternative, Robertson J.A. concluded that if he was wrong with respect to the existence of the passing-on defence in Canadian restitutionary law, then the claimants would be entitled to all monies paid subject to the six-year limitation period set down in the *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8.

Ryan J.A. dissented and held that the appellants' claim should fail because they had recouped the cost from their customers. Ryan J.A. was of the view that the passing-on defence goes to the existence of one of the three elements of a claim for unjust enrichment, namely a corresponding deprivation. Thus, regardless of whether payments were made under protest and compulsion, if the costs were passed on, then there was no deprivation and no unjust enrichment. In his opinion, payment under protest could not alter the fact that one of the three elements of an unjust enrichment claim had not been established.

rejeté la demande de restitution par application du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Subsidiairement, le juge Robertson a conclu que, dans le cas où il ferait erreur quant à l'existence de ce moyen de défense en droit relatif à la restitution au Canada, les appelantes auraient droit à la totalité des sommes payées, sous réserve du délai de prescription de six ans fixé dans la *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8.

11 Pour le juge Ryan, dissident, la demande des appelantes devait être rejetée parce que celles-ci avaient recouvré auprès de leurs clients les sommes qu'elles avaient dû payer. Il a estimé que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte concerne la présence de l'un des trois éléments d'une demande fondée sur l'enrichissement sans cause, à savoir un appauvrissement correspondant. Ainsi, que les paiements aient ou non été faits sous toutes réserves et sous la contrainte, il n'y a eu ni appauvrissement ni enrichissement sans cause si les coûts ont été transférés. Selon le juge Ryan, le paiement des sommes sous toutes réserves ne pouvait rien changer au fait que l'existence de l'un des trois éléments d'une action pour enrichissement sans cause n'avait pas été établi.

3. Introduction

3. Introduction

This appeal concerns whether restitution is available for the recovery of monies collected under legislation that is subsequently declared to be *ultra vires*. For the reasons given below, I find that restitution is generally available. I agree with Robertson J.A. that there is no general immunity affecting recovery of an illegal tax. I would, however, decide the case on the basis of constitutional principles rather than unjust enrichment. An unjust enrichment analysis is ill-suited to deal with the issues raised by *ultra vires* taxes. The Court's central concern must be to ensure the constitutionality of fiscal legislation. Moreover, the availability of suspended declarations of invalidity as ordered in *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 S.C.R. 565, and the possibility of retroactive ameliorating legislation are sufficient to guard against the possibility of fiscal chaos. I would also reject the passing-on defence

12 Le présent pourvoi porte sur la possibilité d'invoquer les règles relatives à la restitution pour recouvrer des sommes perçues en vertu de dispositions législatives ultérieurement déclarées *ultra vires*. Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que d'une manière générale elles peuvent l'être. Je suis d'accord avec le juge d'appel Robertson sur le fait qu'aucune immunité générale n'est applicable au recouvrement d'une taxe illégale. Je trancherais cependant l'affaire en fonction de principes constitutionnels plutôt que de la notion d'enrichissement sans cause. L'analyse axée sur l'enrichissement sans cause se prête mal aux questions que soulèvent les taxes *ultra vires*. Le principal souci de la Cour doit être de veiller à la constitutionnalité de la législation fiscale. De plus, la possibilité d'obtenir, comme dans *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, le prononcé d'une déclaration d'invalidité dont

raised by the Crown in this case. Accordingly, I would allow the appeal in part.

4. Restitution for *Ultra Vires* Taxes

4.1 *Constitutional Remedy*

13 This case is about the consequences of the injustice created where a government attempts to retain unconstitutionally collected taxes. Because of the constitutional rule at play, the claim can be dealt with more simply than one for unjust enrichment in the private domain. Taxes were illegally collected. Taxes must be returned subject to limitation periods and remedial legislation, when such a measure is deemed appropriate. As will later be discussed, no passing-on defence should be entertained.

14 The Court's central concern must be to guarantee respect for constitutional principles. One such principle is that the Crown may not levy a tax except with authority of the Parliament or the legislature: *Constitution Act, 1867*, ss. 53 and 90. This principle of "no taxation without representation" is central to our conception of democracy and the rule of law. As Hogg and Monahan explain, this principle "ensures not merely that the executive branch is subject to the rule of law, but also that the executive branch must call the legislative branch into session to raise taxes" (P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 246. See also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 55-16 and 55-17; *Eurig*, at para. 31, *per* Major J.).

15 When the government collects and retains taxes pursuant to *ultra vires* legislation, it undermines the rule of law. To permit the Crown to retain an *ultra vires* tax would condone a breach of this most fundamental constitutional principle. As a result, a

l'effet est suspendu et celle de l'adoption d'une loi rétroactive apportant des améliorations suffisent à prévenir un éventuel chaos fiscal. Je rejetterais aussi le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte invoqué par la Couronne dans cette affaire. Par conséquent, je ferais droit en partie à l'appel.

4. Restitution en cas de taxes *ultra vires*

4.1 *Le recours constitutionnel*

La présente affaire a trait aux conséquences de l'injustice qui est créée lorsqu'un gouvernement tente de conserver des taxes perçues d'une façon inconstitutionnelle. Vu la règle constitutionnelle en jeu, il est possible de statuer sur l'action plus simplement que si elle visait un enrichissement sans cause dans la sphère privée. Des taxes ont été illégalement perçues. Elles doivent être restituées, sous réserve des délais de prescription et des lois correctives éventuellement jugées appropriées. Comme nous le verrons plus loin, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte ne devrait pas être examiné.

La Cour doit avant tout veiller au respect des principes constitutionnels. Or, suivant un de ces principes, la Couronne ne peut lever une taxe que sous l'autorité du Parlement ou d'une législature : *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 53 et 90. Le principe « Pas de taxation sans représentation » est au cœur même de notre conception de la démocratie et de la primauté du droit. Comme l'expliquent Hogg et Monahan, il [TRADUCTION] « garantit non seulement que le pouvoir exécutif est soumis à la primauté du droit, mais aussi qu'il doit convoquer le Parlement pour lever des impôts » (P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3e éd. 2000), p. 246. Voir aussi P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 55-16 et 55-17; *Eurig*, par. 31, le juge Major).

Lorsque le gouvernement perçoit et conserve une taxe en vertu d'une loi *ultra vires*, il sape la primauté du droit. En permettant à la Couronne de conserver une taxe *ultra vires*, on se trouverait à accepter une atteinte à ce principe constitutionnel

citizen who has made a payment pursuant to *ultra vires* legislation has a right to restitution: P. Birks, "Restitution from the Executive: A Tercentenary Footnote to the Bill of Rights", in P. D. Finn, ed., *Essays on Restitution* (1990), c. 6, at p. 168.

This Court has previously recognized this right. In *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, the Court struck down a provision that purported to bar recovery of *ultra vires* taxes. At p. 590, Dickson J. (as he then was) based his holding on constitutional principles:

> Section 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, in my opinion, has much broader implications than mere Crown immunity. In the present context, it directly concerns the right to tax. It affects, therefore, the division of powers under *The British North America Act, 1867*. It also brings into question the right of a Province, or the federal Parliament for that matter, to act in violation of the Canadian Constitution. Since it is manifest that if either the federal Parliament or a provincial Legislature can tax beyond the limit of its powers, and by prior or *ex post facto* legislation give itself immunity from such illegal act, it could readily place itself in the same position as if the act had been done within proper constitutional limits. To allow moneys collected under compulsion, pursuant to an *ultra vires* statute, to be retained would be tantamount to allowing the provincial Legislature to do indirectly what it could not do directly, and by covert means to impose illegal burdens.

In *Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners*, [1993] A.C. 70, the House of Lords has also recognized a right to restitution for payments made pursuant to *ultra vires* taxes. Without even referring to unjust enrichment, Lord Goff held, at p. 172, that restitution was available as a matter of "common justice":

> . . . the retention by the state of taxes unlawfully exacted is particularly obnoxious, because it is one of the most fundamental principles of our law — enshrined in a famous constitutional document, the Bill of Rights 1688 — that taxes should not be levied without the authority of Parliament; and full effect can only be given to that

absolument fondamental. C'est pourquoi le citoyen qui a fait un paiement en vertu d'une loi *ultra vires* a droit à la restitution : P. Birks, « Restitution from the Executive : A Tercentenary Footnote to the Bill of Rights », dans P. D. Finn, dir., *Essays on Restitution* (1990), ch. 6, p. 168.

16 Notre Cour a déjà reconnu ce droit. En effet, dans *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, elle a annulé une disposition qui visait à empêcher le remboursement de taxes *ultra vires*. À la p. 590, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fondé sa décision sur des principes constitutionnels :

> À mon avis, le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* va beaucoup plus loin que de simplement accorder une immunité à la Couronne. Dans le présent contexte, il touche directement au droit de lever des impôts. Par conséquent, il touche à la répartition des pouvoirs prévue à l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867*. Il soulève également la question du droit d'une province, ou même du Parlement fédéral, de violer la constitution canadienne. Il est évident que si le Parlement fédéral ou une législature provinciale peuvent imposer des impôts en outrepassant leurs pouvoirs et se donner à cet égard une immunité par le biais d'une loi existante ou *ex post facto*, ils pourraient ainsi se placer dans la même situation que s'ils avaient agi en vertu de leurs pouvoirs constitutionnels respectifs. Refuser la restitution de revenus perçus sous la contrainte en vertu d'une loi *ultra vires* revient à permettre à la législature provinciale de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement, et imposer des obligations illégales par des moyens détournés.

17 Dans *Woolwich Equitable Building Society c. Inland Revenue Commissioners*, [1993] A.C. 70, la Chambre des lords a elle aussi reconnu un droit à la restitution à l'égard de paiements effectués en vertu de taxes *ultra vires*. Sans même évoquer la notion d'enrichissement sans cause, lord Goff a statué, à la p. 172, que la restitution pouvait être accordée au nom de la [TRADUCTION] « simple justice » :

> [TRADUCTION] . . . la rétention par l'État de taxes illégalement exigées est particulièrement odieuse : un des principes les plus fondamentaux de notre droit — inscrit dans un document constitutionnel illustre, le *Bill of Rights* de 1688 — veut que les taxes ne puissent être levées que sous l'autorité du Parlement. Or, pour donner

principle if the return of taxes exacted under an unlawful demand can be enforced as a matter of right.

18 However, the general availability of restitution for *ultra vires* taxes has to date not been clearly established. In *Air Canada*, La Forest J. was of the opinion that policy considerations operated to take claims for taxes paid pursuant to unlawful legislation outside of the restitutionary context. He proposed a general rule that the Crown should be immune to claims for recovery of unconstitutional and *ultra vires* levies. But La Forest J. did not command a majority in that case and so the status of his proposed immunity rule was never clear. It is necessary, therefore, to consider why such an immunity rule should be rejected before discussing the proper basis for restitution in this case.

4.2 *Rejecting the Immunity Rule*

19 In *obiter* statements pronounced in *Air Canada*, La Forest J. explained on behalf of three members of a six-judge panel that, while

> [i]t is clear that the principles of unjust enrichment can operate against a government to ground restitutionary recovery . . . in this kind of case, where the effect of an unconstitutional or *ultra vires* statute is in issue, I am of the opinion that special considerations operate to take this case out of the normal restitutionary framework, and require a rule responding to the specific underlying policy concerns in this area. [Emphasis added; p. 1203.]

20 Like Robertson J.A., I accept Wilson J.'s rationale for rejecting a rule which would immunize public authorities from restitutionary claims with respect to monies paid under invalid legislation. Wilson J. was of the view that "[w]here the payments were made pursuant to an unconstitutional statute there is no legitimate basis on which they can be retained" (*Air Canada*, at p. 1216). As Professor Hogg explained at p. 55-13:

pleinement effet à ce principe, il faut que la restitution des taxes illégalement exigées puisse être ordonnée à titre de droit.

Il n'en reste pas moins que, d'une manière générale, le droit à la restitution de taxes *ultra vires* n'a jamais encore été clairement établi. Dans *Air Canada*, le juge La Forest avait estimé que des considérations d'intérêt public faisaient sortir du cadre de la restitution les actions en recouvrement de taxes payées en vertu de dispositions illégales. Il avait proposé, comme règle générale, que la Couronne bénéficie d'une immunité à l'égard des actions en recouvrement d'impôts ou de taxes *ultra vires*. Mais, comme le juge La Forest n'avait pas rallié une majorité de juges dans cette affaire, l'autorité de la règle d'immunité qu'il avait proposée est toujours demeurée incertaine. Aussi est-il nécessaire de voir pourquoi cette règle devrait être rejetée avant d'aborder le véritable fondement du droit à la restitution en l'espèce.

4.2 *Rejet de la règle d'immunité*

Dans des remarques incidentes formulées dans *Air Canada*, le juge La Forest, qui s'exprimait au nom de trois des six juges saisis du pourvoi, a tenu à préciser ce qui suit :

> Il est évident que les principes de l'enrichissement illégitime peuvent jouer contre un gouvernement et justifier le recouvrement aux fins de restitution, mais dans une affaire comme celle-ci, où il est question de l'effet d'une loi inconstitutionnelle ou *ultra vires*, je suis d'avis que certaines considérations spéciales font sortir l'affaire du cadre normal de la restitution et exigent une règle qui réponde aux questions de politiques sous-jacentes spécifiques à ce domaine. [Je souligne; p. 1203.]

Tout comme le juge d'appel Robertson, j'adhère aux raisons pour lesquelles la juge Wilson a rejeté une règle qui mettrait les pouvoirs publics à l'abri des demandes de restitution de sommes payées en vertu d'une loi invalide. La juge Wilson a estimé que, « [l]orsque les paiements ont été effectués en vertu d'une loi inconstitutionnelle, rien ne justifie que ces sommes soient retenues » (*Air Canada*, p. 1216). Comme l'a expliqué le professeur Hogg, à la p. 55-13 :

Where a tax has been paid to government under a statute subsequently held to be unconstitutional, can the tax be recovered by the taxpayer? In principle, the answer should be yes. The government's right to the tax was destroyed by the holding of unconstitutionality, and the tax should be refunded to the taxpayer. [Footnote omitted.]

This very principle was recognized by a unanimous Court in *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, where it was held that an *ultra vires* law cannot constitute a juristic reason for the state's enrichment.

As Wilson J. explained in dissent in *Air Canada*, the immunity rule proposed by La Forest J. amounts to saying that "the principle should be reversed *for policy reasons* in the case of payments made to governmental bodies" (p. 1215 (emphasis in original)). Those policy reasons, according to La Forest J., included the fact that the unconstitutional tax at issue in *Air Canada* came close to raising a merely technical issue. Relying on this passage, the trial judge in the present case held that the impugned regulation was deficient only in form, insofar as it resulted from the Province's failure to tailor the charge to the cost of regulating the licensees. In my view, privileging policy considerations in the case of *ultra vires* taxes threatens to undermine the rule of law.

Professor Hogg has explained that

the constitutional principle that ought to dominate all others in this context is the principle that the Crown may not levy a tax except by the authority of the Parliament or Legislature. This principle, enshrined in the Bill of Rights of 1688, ensures not merely that the executive branch is subject to the rule of law, but also that the executive branch must call the legislative branch into session to raise taxes (and vote supply). To permit the Crown to retain a tax that has been levied without legislative authority is to condone a breach of one of the most fundamental constitutional principles. [Footnote omitted; pp. 55-16 and 55-17.]

[TRADUCTION] Lorsqu'un impôt a été payé au gouvernement en vertu d'une loi jugée inconstitutionnelle par la suite, le montant de cet impôt peut-il être recouvré par le contribuable? En principe, la réponse devrait être affirmative. Le droit du gouvernement à cette somme a été anéanti par la déclaration d'inconstitutionnalité et l'impôt devrait être remboursé au contribuable. [Note en bas de page omise.]

Ce principe même a été reconnu dans le *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, où la Cour a jugé à l'unanimité qu'une loi *ultra vires* ne peut pas constituer un motif juridique justifiant l'enrichissement de l'État.

21 Comme l'a expliqué la juge dissidente Wilson dans *Air Canada*, la règle d'immunité proposée par le juge La Forest équivaut à affirmer que « le principe devrait être écarté *pour des raisons d'intérêt public* dans le cas de paiements faits à des organismes gouvernementaux » (p. 1215 (souligné dans l'original)). Ces raisons d'intérêt public incluaient, selon le juge La Forest, le fait que la taxe inconstitutionnelle en cause dans *Air Canada* soulevait une question qu'on pouvait qualifier de purement technique. S'appuyant sur ce passage, le juge de première instance dans la présente espèce a statué que le règlement contesté comportait un simple vice de forme, tenant au fait que la Province n'avait pas établi la redevance en fonction du coût de la réglementation applicable aux titulaires de licences. À mon avis, en faisant primer des considérations d'intérêt public dans le cas de taxes *ultra vires*, on risque d'ébranler la primauté du droit.

22 Le professeur Hogg a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION] [L]e principe constitutionnel qui devrait l'emporter sur tous les autres dans ce contexte est celui d'après lequel la Couronne ne peut lever un impôt que sous l'autorité du Parlement ou d'une législature. Ce principe, inscrit dans la Déclaration des droits de 1688, garantit non seulement que le pouvoir exécutif est soumis à la primauté du droit, mais aussi qu'il doit convoquer le Parlement pour lever des impôts (et voter des crédits). Permettre à la Couronne de garder un impôt levé sans l'autorisation du pouvoir législatif équivaut à accepter la violation de l'un des principes constitutionnels les plus fondamentaux. [Note en bas de page omise; p. 55-16 et 55-17.]

23 Professors Hogg and Monahan argue, at pp. 246-47, that permitting taxpayers to recover taxes paid pursuant to unconstitutional statutes is more consistent with the well-settled rule that the Crown may recover monies paid out of the consolidated revenue fund without legislative authority, where the expenditure was not authorized. Such has always been the case,

> even if it was made under a mistake of law, and even if the recipient could have raised the defences of estoppel or change of position to an action by a private plaintiff. In this situation, the governing rule is the fundamental constitutional principle that prohibits the Crown from spending public funds except under the authority of the Parliament or Legislature. To apply the ordinary rules of restitution so as to render an unauthorized expenditure irrecoverable would in effect permit an important constitutional safeguard to be evaded. The same reasoning ought to apply when it is the subject suing the Crown to recover a payment made to the Crown, since the same constitutional principle is in issue. [Emphasis added; footnotes omitted; p. 247.]

Les professeurs Hogg et Monahan font valoir, aux p. 246-247, que le fait de permettre aux contribuables de recouvrer des taxes payées en application de lois inconstitutionnelles s'accorde mieux avec la règle bien établie voulant que la Couronne puisse recouvrer des sommes prélevées sur le Trésor sans autorisation législative. Il en a toujours été ainsi,

> [TRADUCTION] même lorsque la somme a été payée par suite d'une erreur de droit et même lorsque la personne qui l'a reçue aurait pu invoquer les moyens de défense de la préclusion ou du changement de situation à l'encontre d'une action intentée par un particulier. Dans un tel cas, il convient d'appliquer le principe constitutionnel fondamental suivant lequel la Couronne ne peut dépenser des fonds publics que sous l'autorité du Parlement ou d'une législature. Appliquer les règles ordinaires de restitution de manière à ce qu'une dépense non autorisée devienne irrécouvrable aurait pour effet de permettre qu'une garantie constitutionnelle importante ne soit pas respectée. Le même raisonnement devrait s'appliquer lorsque c'est le sujet qui poursuit la Couronne pour recouvrer une somme qu'il lui a versée, puisque le même principe constitutionnel est en cause. [Je souligne; notes en bas de page omises; p. 247.]

24 If the constitutional rule requiring the Crown to only spend public funds under legislative authority has sufficient weight to compel recovery of an unauthorized expenditure by the Crown, notwithstanding the principles of unjust enrichment, then it is difficult to understand a common law bar to the recovery of unconstitutionally imposed taxes. Presumably, the constitutional limitations on the Crown's power to spend are of equal importance as the constitutional limitations on the Crown's power to raise revenue. In my view, these principles are really two sides of the same coin.

Si la règle constitutionnelle suivant laquelle la Couronne ne peut dépenser des fonds publics qu'en vertu d'une autorisation législative a suffisamment de poids pour imposer, malgré les principes de l'enrichissement sans cause, le recouvrement par la Couronne d'une dépense non autorisée, on voit mal comment la common law pourrait interdire le recouvrement de taxes exigées d'une façon inconstitutionnelle. Les limites constitutionnelles au pouvoir de dépenser de la Couronne sont vraisemblablement de même importance que les limites constitutionnelles à son pouvoir de prélever des taxes. À mon avis, ces principes sont en fait les deux côtés de la même médaille.

25 Another policy reason given by La Forest J. for the immunity rule was a concern for fiscal inefficiency and fiscal chaos (p. 1207). My view is that concerns regarding potential fiscal chaos are best left to Parliament and the legislatures to address, should they choose to do so. Where the state leads evidence before the court establishing a real concern about fiscal chaos, it is open to the court to suspend

Le juge La Forest a aussi invoqué, pour justifier la règle de l'immunité, des craintes relatives à l'inefficacité fiscale et au chaos fiscal (p. 1207). À mon avis, il est préférable de laisser au Parlement et aux législatures le soin d'examiner, s'ils le désirent, les risques de chaos fiscal. Lorsque l'État soumet au tribunal une preuve établissant l'existence de réelles craintes de chaos fiscal, le tribunal peut

the declaration of invalidity to enable government to address the issue. In *Eurig*, Major J. suspended a declaration of invalidity for six months. Because, in that case, unconstitutionally levied probate fees were used to defray the costs of court administration in the Province, he expressed concern that an immediate deprivation of this source of revenue might have harmful consequences for the administration of justice. Moreover, this Court's decision in *Air Canada* demonstrates that it will be open to Parliament and to the legislatures to enact valid taxes and apply them retroactively, so as to limit or deny recovery of *ultra vires* taxes. Obviously, such legislation must also be constitutionally sound.

décider de suspendre la déclaration d'invalidité afin de permettre au gouvernement de régler le problème. Dans *Eurig*, le juge Major a suspendu la déclaration pour une période de six mois. Comme les frais d'homologation avaient été affectés au financement des coûts de l'administration des tribunaux dans la province, le juge estimait que la suppression immédiate de cette source de recettes risquait d'avoir des conséquences fâcheuses pour l'administration de la justice. Par ailleurs, la décision de notre Cour dans *Air Canada* démontre que le Parlement et les législatures peuvent imposer des taxes valides et les appliquer rétroactivement de manière à limiter ou à refuser le recouvrement de taxes *ultra vires*. Il va de soi que la loi adoptée à cette fin doit elle aussi être constitutionnelle.

La Forest J.'s proposed immunity rule seems to have arisen in part out of a concern that the provinces might be constitutionally barred from passing remedial legislation by the holding in *Amax Potash*. La Forest J. referred to the American case of *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), in which the Supreme Court held unconstitutional the *Agricultural Adjustment Act*, making almost $1 billion in invalid taxes repayable by the government. In response, Congress passed an Act which provided that no refunds for such taxes would be allowed unless the claimant could establish the burden of the tax. La Forest J. stated that, "[i]n view of *Amax*, *supra*, a province faced with a similar situation could not enact a similar measure" (p. 1205).

26 La règle d'immunité proposée par le juge La Forest semble avoir en partie son origine dans la crainte qu'il soit constitutionnellement impossible pour les provinces d'adopter des lois correctives par suite de l'arrêt *Amax Potash*. Le juge La Forest a mentionné la décision *United States c. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), dans laquelle la Cour suprême américaine, ayant jugé inconstitutionnelle l'*Agricultural Adjustment Act*, a mis le gouvernement dans l'obligation de rembourser des impôts invalides s'élevant à presque un milliard de dollars. Face à cette situation, le Congrès a adopté une loi prévoyant que le remboursement des impôts ne serait accordé que si le réclamant pouvait établir qu'il en avait supporté la charge. Le juge La Forest, à cet égard, s'est dit d'avis que, « [é]tant donné l'arrêt *Amax*, précité, une province qui se trouverait dans une situation analogue ne pourrait adopter une mesure de ce genre » (p. 1205).

The legislation at issue in *Amax Potash* was s. 5(7) of the Saskatchewan *Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87, which provided:

27 La disposition législative en cause dans *Amax Potash* était le par. 5(7) d'une loi de la Saskatchewan intitulée *Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, ch. 87, qui disposait :

[TRADUCTION]

5. . . .

(7) No proceedings lie against the Crown under this or any other section of this Act in respect of anything heretofore or hereafter done or omitted and purporting

5. . . .

(7) On ne peut exercer aucun recours contre la Couronne en vertu du présent article ou de tout autre article de la Loi au regard d'actes ou d'omissions

to have been done or omitted in the exercise of a power or authority under a statute or a statutory provision purporting to confer or to have conferred on the Crown such power or authority, which statute or statutory provision is or was or may be beyond the legislative jurisdiction of the Legislature;

commis ou ayant apparemment été commis dans l'exercice d'un pouvoir conféré ou censé avoir été conféré à la Couronne en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui excédait, excède ou pourrait excéder la compétence de la Législature;

In declaring this provision to be unconstitutional, Dickson J. explained that

En déclarant cette disposition inconstitutionnelle, le juge Dickson a donné l'explication suivante :

if a statute is found to be *ultra vires* the legislature which enacted it, legislation which would have the effect of attaching legal consequences to acts done pursuant to that invalid law must equally be *ultra vires* because it relates to the same subject-matter as that which was involved in the prior legislation. If a state cannot take by unconstitutional means it cannot retain by unconstitutional means. [p. 592]

[S]i une loi est déclarée *ultra vires* de la législature qui l'a adoptée, toute législation qui aurait pour effet d'attacher des conséquences juridiques aux actes accomplis en exécution de la loi invalide est également *ultra vires* puisqu'elle a trait à l'objet même de la première loi. Un État ne peut conserver par des mesures inconstitutionnelles ce qu'il ne peut prendre par de telles mesures. [p. 592]

The impugned provision in *Amax Potash* sought to immunize the Province from any claim relating to any action or omission authorized by legislation subsequently declared *ultra vires*. In this sense, the legislation attempted to attach legal consequences to acts undertaken pursuant to invalid laws. By contrast, in *Air Canada*, the Province of British Columbia enacted a new and valid tax which it imposed retroactively. It then retained the monies paid pursuant to the invalid legislation as payment for the new and valid retroactive tax. The critical distinction between these two cases is that the valid retroactive tax at issue in *Air Canada* constituted a legal basis for the taking and retaining of the monies, independently of the prior unconstitutional tax. For this reason, I find La Forest J.'s concern about the impact of *Amax Potash* on the Provinces' ability to enact retroactive legislation so as to limit recovery of unconstitutional taxes to be, with respect, unwarranted.

La disposition attaquée dans *Amax Potash* visait à mettre la province à l'abri de toute réclamation concernant une action ou une omission autorisée par une loi ultérieurement déclarée *ultra vires*. En ce sens, elle avait pour effet d'attacher des conséquences juridiques à des actes accomplis en exécution de lois invalides. Dans *Air Canada*, en revanche, la province de la Colombie-Britannique avait créé une nouvelle taxe valide qu'elle avait appliquée rétroactivement. Elle avait ensuite retenu les sommes payées en application de la loi invalide à titre de paiement de la nouvelle taxe rétroactive et valide. La distinction essentielle entre ces deux affaires est que la taxe rétroactive valide en cause dans *Air Canada* constituait un fondement juridique au prélèvement et à la rétention des sommes payées, indépendamment de la taxe inconstitutionnelle antérieure. Pour ce motif, je conclus, avec égards pour l'opinion du juge La Forest, que ce dernier n'était pas justifié de s'inquiéter des répercussions de l'arrêt *Amax Potash* sur la capacité des provinces d'adopter des lois rétroactives afin de limiter le recouvrement de taxes inconstitutionnelles.

28 Turning to La Forest J.'s concern about potential fiscal inefficiency, I agree with Wilson J. in *Air Canada*, where she queries:

Par ailleurs, en ce qui concerne la crainte exprimée par le juge La Forest au sujet de possibles inefficacités fiscales, je souscris aux observations suivantes de la juge Wilson dans *Air Canada* :

Why should the individual taxpayer, as opposed to taxpayers as a whole, bear the burden of government's

Pourquoi le contribuable individuel, par opposition à l'ensemble des contribuables, devrait-il avoir à

mistake? I would respectfully suggest that it is grossly unfair that X, who may not be (as in this case) a large corporate enterprise, should absorb the cost of government's unconstitutional act. If it is appropriate for the courts to adopt some kind of policy in order to protect government against itself (and I cannot say that the idea particularly appeals to me) it should be one which distributes the loss fairly across the public. The loss should not fall on the totally innocent taxpayer whose only fault is that it paid what the legislature improperly said was due. [p. 1215]

supporter le fardeau de l'erreur du gouvernement? Je soutiens, avec égards, qu'il y a injustice flagrante si X, qui peut ne pas être une grande société commerciale (comme en l'espèce), doit supporter le coût de l'acte inconstitutionnel du gouvernement. S'il convient que les tribunaux adoptent une politique quelconque afin de protéger le gouvernement contre lui-même (et je ne trouve pas l'idée particulièrement séduisante), ce devrait être une politique qui répartit la perte équitablement parmi les membres du public. La perte ne devrait pas être subie par un contribuable tout à fait innocent dont la seule faute est d'avoir acquitté ce que le législateur exigeait à tort. [p. 1215]

Concerns about fiscal chaos and inefficiency should not be incorporated into the applicable rule. I agree with Professor Birks that

29 Les inquiétudes relatives à l'inefficacité et au chaos fiscal ne devraient pas être incorporées dans la règle applicable. Je suis d'accord avec le professeur Birks lorsqu'il écrit :

> [s]o far as concerns the fear of wholesale reopening of past transactions and the danger of fiscal disruption, the principle of legality [including that government must tax with legislative authorization and within its constitutional limitations] outweighs those dangers and requires that judges leave it to legislatures to impose what restrictions on the right of restitution they think necessary, wise and proper. At all events, a merely hypothetical danger of disruption certainly does not warrant an undiscriminating denial of restitution. [p. 204]

> [TRADUCTION] Pour ce qui est de la crainte que des transactions antérieures soient systématiquement rouvertes et du risque de perturbation fiscale, le principe de la légalité [selon lequel, notamment, le gouvernement doit, lorsqu'il impose une taxe, être autorisé législativement à le faire et respecter les limites que lui fixe la Constitution] l'emporte sur ces dangers et oblige les juges à laisser au législateur le soin d'apporter au droit à la restitution les restrictions qu'il estime nécessaires, judicieuses et appropriées. De toute façon, un simple risque hypothétique de perturbation ne saurait certainement pas justifier que la restitution soit systématiquement refusée. [p. 204]

For these reasons, I would not adopt the general immunity rule proposed by La Forest J. It is important to note, however, that La Forest J. had envisioned the rule against recovery of *ultra vires* taxes as operating outside of the private law context. In his view, the special policy concerns meant that the issue of recovery of *ultra vires* taxes was outside of the normal unjust enrichment and restitution framework. As he put it, at p. 1204, "[w]hat this suggests is that there are solid grounds of public policy for not according a general right of recovery in these circumstances, and that this prohibition exists quite independently of the law of restitution" (emphasis added). As such, failure to adopt the immunity rule articulated by La Forest J. does not suggest that *within* the law of unjust enrichment policy considerations might not apply to limit the liability of public bodies in certain contexts.

30 Pour ces motifs, je n'adopterais pas la règle d'immunité générale proposée par le juge La Forest. Il importe toutefois de signaler que, pour le juge La Forest, la règle s'opposant au recouvrement de taxes *ultra vires* s'appliquait hors de la sphère du droit privé. Du fait des considérations spéciales touchant l'intérêt public, la question du recouvrement de taxes *ultra vires* débordait, à son avis, le cadre habituel de l'enrichissement sans cause et de la restitution. Comme il le précise à la p. 1204, « [c]ela permet de penser qu'il existe de solides motifs d'intérêt public pour ne pas accorder un droit général au recouvrement dans de telles circonstances et que cela vaut indépendamment du droit en matière de restitution » (je souligne). Le fait de ne pas retenir la règle d'immunité formulée par le juge La Forest n'implique pas en soi que, *dans le cadre* des règles relatives à l'enrichissement

Because La Forest J.'s immunity rule was formulated outside of the law of unjust enrichment, its rejection should not have a bearing on the future development of this branch of the law. This being said, as I will now demonstrate, the law of unjust enrichment should not find application in cases for the recovery of illegally imposed taxes.

sans cause, des considérations relevant de l'intérêt public ne pourraient pas avoir pour effet de limiter la responsabilité d'organismes publics dans certains contextes. Étant donné que la règle d'immunité en question a été formulée par le juge La Forest hors du cadre des règles relatives à l'enrichissement sans cause, son rejet ne devrait pas influer sur l'évolution future de ce domaine du droit. Cela dit, comme je vais maintenant le démontrer, les règles relatives à l'enrichissement sans cause ne devraient pas s'appliquer dans les affaires portant sur le recouvrement de taxes illégalement perçues.

31 Having rejected the immunity rule, this raises the question of whether claims for the recovery of unconstitutional taxes should be analysed on the basis of the private law rules of unjust enrichment or constitutional principles. As explained above, the recovery of unconstitutional taxes is warranted on the basis of limitations to the state's constitutional authority to tax, and in particular on the fundamental constitutional principle that there shall be no taxation without representation (see Birks, at c. 6; Hogg, at p. 55-16; and Hogg and Monahan, at pp. 246-47). This would place the restitutionary right clearly within a public law context. However, there is no question that the law of unjust enrichment, although developed in the private law context, can apply to public bodies. Indeed, the present case was argued at the lower courts and before this Court on the grounds of unjust enrichment. I must therefore discuss why, in my view, an unjust enrichment analysis is inappropriate in this case before setting out the proper restitutionary basis for the repayment of *ultra vires* taxes.

Le rejet de la règle d'immunité soulève une question : les actions en recouvrement de taxes inconstitutionnelles doivent-elles être analysées en fonction des règles de droit privé en matière d'enrichissement sans cause ou en fonction de principes constitutionnels? Comme je l'ai expliqué, le recouvrement de taxes inconstitutionnelles est justifié par les restrictions relatives au pouvoir de taxation conféré à l'État par la Constitution et, en particulier, par le principe constitutionnel fondamental selon lequel il ne peut y avoir de taxation sans représentation (voir Birks, ch. 6; Hogg, p. 55-16; et Hogg et Monahan, p. 246-247). Cela situerait clairement le droit à la restitution dans un contexte de droit public. Il ne fait cependant aucun doute que, bien qu'elles aient été élaborées dans le contexte du droit privé, les règles relatives à l'enrichissement sans cause peuvent s'appliquer à des organismes publics. Du reste, tant devant les juridictions inférieures que devant notre Cour, la présente affaire a été plaidée en fonction du droit relatif à l'enrichissement sans cause. Je dois donc expliquer pourquoi, à mon avis, l'analyse fondée sur la notion d'enrichissement sans cause est inappropriée en l'espèce, avant d'établir le fondement relevant de la restitution qui s'impose à l'égard du remboursement de taxes *ultra vires.*

4.3 *Basis for the Constitutional Remedy: Why an Unjust Enrichment Framework Is Inappropriate*

4.3 *Le fondement du recours constitutionnel : les raisons pour lesquelles le cadre de l'enrichissement sans cause est inapproprié*

32 Restitution is a tool of corrective justice. When a transfer of value between two parties is normatively

La restitution est un outil de la justice corrective. Lorsqu'un transfert de valeur entre deux

defective, restitution functions to correct that transfer by restoring parties to their pre-transfer positions. In *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, McLachlin J. (as she then was) neatly encapsulated this normative framework: "The concept of 'injustice' in the context of the law of restitution harkens back to the Aristotelian notion of correcting a balance or equilibrium that had been disrupted" (p. 804).

parties est défectueux sur le plan normatif, la restitution permet de corriger ce transfert en replaçant les parties dans la situation où elles étaient auparavant. Dans *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a habilement décrit ce cadre normatif : « Le concept de l'"injustice" dans le contexte du droit en matière de restitution s'inspire de la notion aristotélicienne du rétablissement d'un équilibre détruit » (p. 804).

There are at least two distinct categories of restitution: (1) restitution for wrongdoing; and (2) restitution for unjust enrichment: P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf ed.), at p. 3-7. This case raises the separate notion of restitution based on the constitutional principle that taxes should not be levied without proper legal authority. The first category is not readily applicable here since, in the case of *ultra vires* taxes enacted in good faith, it cannot be said that the government was acting as a "wrong-doer". The choice, then, is between restitution for unjust enrichment or restitution based on constitutional grounds.

33 Il existe au moins deux catégories distinctes de restitution : (1) la restitution consécutive à un acte fautif; (2) la restitution pour enrichissement sans cause : P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (éd. feuilles mobiles), p. 3-7. La présente affaire soulève une notion différente de restitution, fondée sur le principe constitutionnel suivant lequel des taxes ne devraient pas être levées sans autorisation légale. La première catégorie n'est pas aisément applicable en l'espèce, puisque, dans le cas de taxes *ultra vires* instaurées de bonne foi, on ne peut pas dire que le législateur ait commis un « acte fautif ». On a donc le choix entre la restitution pour enrichissement sans cause et la restitution fondée sur des motifs constitutionnels.

The Province submits that, from a moral and public policy perspective, it cannot be said to have unjustly benefited from an enrichment as a result of the *ultra vires* charges. I would not decide this appeal as a matter of unjust enrichment. The taxpayers in this case has recourse to a remedy as a matter of constitutional right. This remedy is in fact the only appropriate remedy because it raises important constitutional principles which would be ignored by treating the claim under another category of restitution. Claims of unjust enrichment against the government may still be appropriate in certain circumstances (see *Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)*, [2004] 3 S.C.R. 575, 2004 SCC 75). Nevertheless, it is my view that the analytical framework of the modern doctrine of unjust enrichment is inappropriate in this case.

34 La Province soutient que, du point de vue moral comme du point de vue de l'intérêt public, on ne saurait dire qu'elle s'est enrichie grâce à la redevance *ultra vires*. Je ne trancherais pas ce pourvoi comme une question d'enrichissement sans cause. En l'espèce, les contribuables utilisent un recours relevant d'un droit constitutionnel. Ce recours est en fait le seul qui soit approprié, puisqu'il soulève d'importants principes constitutionnels qui ne seraient pas pris en considération si l'action était abordée sous l'angle d'une autre catégorie de restitution. Les actions en enrichissement sans cause contre le gouvernement peuvent tout de même être indiquées dans certains cas (voir *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2004] 3 R.C.S. 575, 2004 CSC 75). Je n'en pense pas moins que le cadre analytique de la doctrine moderne de l'enrichissement sans cause est inapproprié en l'espèce.

35 In a colloquial sense, it might be said that the retention of improperly collected taxes unjustly enriches governments. However, a technical interpretation of "benefit" and "loss" is hard to apply in tax recovery cases. Furthermore, in the context of this case, the unjust enrichment framework adds an unnecessary layer of complexity to the real legal issues. Some of the components of the modern doctrine are of little use to a principled disposition of the matter, but are rather liable to confuse the proper application of the key principles of constitutional law at issue.

36 The application of private law principles in the realm of public and constitutional law is not without its difficulties. These difficulties have in the past been resolved by a flexible application of the unjust enrichment principle. McLachlin J. had explained in *Peel* that the three-part formulation of the unjust enrichment principle was capable of going beyond the traditional categories of recovery and of allowing the law to develop in a flexible way as required to meet changing perceptions of justice. This restitutionary framework was recently restated and refined in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25. *Garland* established a two-part analysis for determining whether there was a juristic reason for the enrichment that should operate to deny recovery. First, the plaintiff is required to show that no established category of juristic reason for the enrichment exists. If no reason exists, the burden shifts to the defendant to show that there is some other reason why recovery should be denied. At this point of the analysis, the Court explicitly recognized that the juristic reasons for the enrichment had to be considered in light of the reasonable expectation of the parties and certain public policy considerations (para. 46). It is at this second stage of the test that courts would weigh the equities in the particular circumstances of each case.

En termes familiers, on pourrait dire que le gouvernement qui conserve des taxes abusivement perçues s'enrichit injustement. Il est cependant difficile de recourir à une interprétation technique des notions d'« avantage » et de « perte » dans les actions en recouvrement de telles taxes. Et dans le contexte de la présente affaire, le cadre de l'enrichissement sans cause ajoute une dose de complexité inutile aux véritables questions de droit à trancher. Certains des éléments de la doctrine moderne ne sont pas très utiles en l'espèce pour arriver à une décision assise sur des principes et ils risquent au contraire d'embrouiller l'application des grands principes constitutionnels en cause.

L'application de principes de droit privé dans les domaines du droit public et du droit constitutionnel n'est pas sans soulever de difficultés. On a dans le passé résolu ces difficultés par une application souple du principe de l'enrichissement sans cause. La juge McLachlin avait expliqué dans *Peel* que la formulation à trois volets du principe de l'enrichissement sans cause pouvait déborder les catégories traditionnelles de recouvrement et permettre au droit d'évoluer avec la souplesse qui s'impose pour tenir compte des perceptions changeantes de la justice. Ce cadre de la restitution a récemment été formulé de nouveau et raffiné dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25. Cet arrêt a instauré une démarche analytique en deux étapes lorsqu'il faut déterminer s'il existait un motif juridique justifiant l'enrichissement et s'opposant ainsi au recouvrement. Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il n'existe aucun motif juridique justifiant l'enrichissement et appartenant à une catégorie établie. S'il y parvient, il incombe alors au défendeur de démontrer l'existence d'un autre motif pour lequel le recouvrement devrait être refusé. À ce stade de l'analyse, la Cour a expressément reconnu qu'il faut tenir compte des attentes raisonnables des parties et de certaines considérations d'intérêt public dans l'examen du motif juridique de l'enrichissement (par. 46). C'est à cette deuxième étape que les tribunaux apprécient les principes d'equity eu égard aux circonstances particulières de chaque affaire.

McLachlin J. had previously explained in *Peel* that

> [t]he courts' concern to strike an appropriate balance between predictability in the law and justice in the individual case has led them in this area, as in others, to choose a middle course between the extremes of inflexible rules and case by case "palm tree" justice. The middle course consists in adhering to legal principles, but recognizing that those principles must be sufficiently flexible to permit recovery where justice so requires having regard to the reasonable expectations of the parties in all the circumstances of the case as well as to public policy. [p. 802]

The *Garland* approach is, as one can see, very complex; it requires that courts look only to *proper* policy considerations. By proper policy considerations, I mean those that have traditionally informed the development of restitutionary law. Otherwise, they risk turning the test into a subjective analysis that has less to do with legal reasoning than with the dispensing of "palm tree" justice. As previously explained, La Forest J. was prepared to immunize public bodies in *Air Canada* where monies were paid pursuant to an unconstitutional statute for reasons of public policy. He explained that "[c]hief among these are the protection of the treasury, and a recognition of the reality that if the tax were refunded, modern government would be driven to the inefficient course of reimposing it either on the same, or on a new generation of taxpayers, to finance the operations of government" (p. 1207). The question in the present case became, ultimately, whether such concerns are properly considered within the *Garland* test. In my view, they are not. Considerations related to preserving the public purse do not properly fall within the second branch of the juristic reason analysis, which is more concerned with broad principles of fairness. In *Garland*, for example, the overriding public policy concern was ensuring that criminals do not profit from their crime (para. 57). This is not to say that any and all fairness considerations are appropriate. As I said above, they must be rooted in the policy considerations

37 La juge McLachlin avait déjà donné les explications suivantes dans *Peel* :

> Par souci d'établir un équilibre convenable entre, d'une part, la prévisibilité dans le droit et, d'autre part, la justice dans un cas d'espèce, les tribunaux, dans ce domaine comme dans d'autres, ont opté pour un moyen terme qui se situe entre les extrêmes que représentent des règles rigides et une justice au cas par cas. Le moyen terme consiste à appliquer les principes juridiques, tout en reconnaissant qu'ils doivent présenter suffisamment de souplesse pour permettre le recouvrement lorsque la justice l'exige eu égard aux expectatives raisonnables des parties dans toutes les circonstances de l'affaire et compte tenu également de l'intérêt public. [p. 802]

38 Comme on peut le constater, l'approche adoptée dans *Garland* est très complexe; elle oblige les tribunaux à ne prendre en compte que les considérations d'intérêt public *pertinentes*. Par considérations pertinentes, j'entends celles qui ont servi traditionnellement de base à l'élaboration du droit en matière de restitution. Autrement, le critère formulé dans *Garland* risquerait de se muer en analyse subjective tenant davantage de la justice au cas par cas que du raisonnement juridique. Comme je l'ai expliqué précédemment, le juge La Forest était disposé, pour des raisons d'intérêt public, à reconnaître une immunité aux autorités publiques dans *Air Canada*, où des sommes avaient été payées conformément à une loi inconstitutionnelle. Il a expliqué que « [c]es valeurs sont principalement la protection du Trésor public et la reconnaissance du fait que, si l'impôt était remboursé, un gouvernement moderne se verrait dans la nécessité d'adopter le moyen inefficace qui consiste à l'imposer de nouveau, soit aux mêmes contribuables, soit à ceux d'une nouvelle génération, afin de financer les opérations gouvernementales » (p. 1207). En dernière analyse, la question qui se pose en l'espèce est devenue celle de savoir s'il convient d'examiner ces considérations dans le cadre du critère formulé dans *Garland*. À mon avis, elles ne doivent pas l'être. Les considérations relatives à la préservation des fonds publics ne relèvent pas vraiment du deuxième volet de l'analyse du motif juridique, qui porte davantage sur les grands principes

that are traditionally found in unjust enrichment cases.

39 For the above reasons, I would conclude that the ordinary principles of unjust enrichment should not be applied to claims for the recovery of monies paid pursuant to a statute held to be unconstitutional. I do not therefore need to address in any length the distinction between mistake of law and mistake of fact, which used to be of significance in unjust enrichment cases for mistaken payments. Traditionally, although monies paid under mutual mistake of fact were recoverable, monies paid under mutual mistake of law were not. However, this Court has abandoned the distinction between mistake of fact and mistake of law as it applies to the law of unjust enrichment: see *Air Canada*; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; and *Pacific National Investments*. There can be no doubt that the ordinary principles of unjust enrichment now apply in cases of payments made pursuant to mutual mistake of law. While this point perhaps needed to be clarified, it is of little moment in this case given that unjust enrichment is an inappropriate framework for restitution.

40 Restitution for *ultra vires* taxes does not fit squarely within either of the established categories of restitution. The better view is that it comprises a third category distinct from unjust enrichment. Actions for recovery of taxes collected without legal authority and actions of unjust enrichment both address concerns of restitutionary justice, but these remedies developed in our legal system along

d'équité. Dans *Garland*, par exemple, la considération d'intérêt public dominante était la nécessité d'empêcher des criminels de profiter de leur crime (par. 57). Cela ne signifie pas que toute considération relative à l'équité soit appropriée. Comme je l'ai dit plus haut, elles doivent avoir leur fondement dans les considérations d'intérêt public habituellement présentes dans les affaires d'enrichissement sans cause.

Pour les motifs exposés ci-dessus, je conclurais qu'il n'y a pas lieu d'appliquer les principes ordinaires de l'enrichissement sans cause aux demandes de recouvrement de sommes payées en vertu d'une loi déclarée inconstitutionnelle. Il est par conséquent inutile de traiter ici de la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait, qui avait une certaine importance dans les affaires relatives à un enrichissement sans cause découlant de paiements faits par erreur. Alors que, traditionnellement, les sommes payées par suite d'une erreur de fait commune pouvaient être recouvrées, ce n'était pas le cas de celles payées par suite d'une erreur de droit commune. Toutefois, notre Cour a aboli la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit en ce qui concerne le droit applicable en matière d'enrichissement sans cause : voir *Air Canada*; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; et *Pacific National Investments*. Il ne peut y avoir de doute que les principes ordinaires de l'enrichissement sans cause s'appliquent désormais dans les affaires où des sommes ont été payées par suite d'une erreur de droit commune aux parties. Il était sans doute nécessaire d'apporter cette clarification, qui n'a cependant pas une grande importance en l'espèce, du fait que l'enrichissement sans cause ne constitue pas un cadre approprié en matière de restitution.

La restitution de taxes *ultra vires* n'entre pas vraiment dans l'une ou l'autre des deux catégories établies en matière de restitution. Elle constitue plutôt une troisième catégorie, distincte de l'enrichissement sans cause. L'action en recouvrement de taxes perçues sans autorisation légale et l'action pour enrichissement sans cause relèvent toutes les deux de la justice restitutive, mais

separate paths for distinct purposes. The action for recovery of taxes is firmly grounded, as a public law remedy in a constitutional principle stemming from democracy's earliest attempts to circumscribe government's power within the rule of law. Unjust enrichment, on the other hand, originally evolved from the common law action of *indebitatus assumpsit* as a means of granting plaintiffs relief for quasi-contractual damages (Maddaugh and McCamus, at p. 1-4; Goff and Jones, *The Law of Restitution* (4th ed. 1993), at p. 7; *Peel*, at pp. 784 and 788, *per* McLachlin J.).

From a comparative perspective, it is interesting to note that in Quebec our Court has expressed the view that actions for recovery of illegally collected taxes could be brought by the more simple route that I suggest. In its opinion, such claims could be brought under art. 1491 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, or under the predecessor provisions, arts. 1047 and 1048 of the *Civil Code of Lower Canada*, as actions for "undue payment" (*Ross v. The King* (1902), 32 S.C.R. 532; *Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy*, [1983] 1 S.C.R. 403, at p. 423, *per* Beetz J.; *Willmor Discount Corp. v. Vaudreuil (City)*, [1994] 2 S.C.R. 210, at p. 218, *per* Gonthier J.; see also J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (6th ed. 2005), at pp. 556-58; *Ville de Sept-Îles v. Lussier*, [1993] R.J.Q. 2717 (C.A.)).

5. Passing-On Defence

Robertson J.A. found that the only possible defence the Province could raise in the present case was that the appellants had passed on the cost of the charge (paras. 46-48). The basic premise of the passing-on defence is that if the taxpayer has passed on the burden of the tax payments to others, usually via price increases charged to its customers, the taxpayer has not suffered a deprivation, the taxing authority's enrichment was not at its

ces recours ont été élaborés dans notre système juridique selon des voies différentes et avec des objectifs distincts. L'action en recouvrement de taxes est solidement fondée, à titre de recours de droit public, sur un principe constitutionnel qui découle des plus anciennes tentatives de la démocratie pour circonscrire le pouvoir du gouvernement dans le cadre de la primauté du droit. L'enrichissement sans cause, en revanche, tire son origine de l'action *indebitatus assumpsit* de la common law, par laquelle le demandeur peut obtenir réparation à l'égard de dommages de nature quasi-contractuelle (Maddaugh et McCamus, p. 1-4; Goff et Jones, *The Law of Restitution* (4e éd. 1993), p. 7; *Peel*, p. 784 et 788, la juge McLachlin).

41 D'un point de vue comparatif, il est intéressant de signaler que, au Québec, notre Cour a indiqué que les actions en recouvrement de taxes illégalement perçues pouvaient être engagées selon la voie plus simple que je suggère. Selon la Cour, ces actions pouvaient en effet être intentées en vertu de l'art. 1491 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, ou des dispositions antérieures, soit les art. 1047 et 1048 du *Code civil du Bas-Canada*, sous la forme d'actions en « répétition de l'indu » (*Ross c. The King* (1902), 32 R.C.S. 532; *Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy*, [1983] 1 R.C.S. 403, p. 423, le juge Beetz; *Willmor Discount Corp. c. Vaudreuil (Ville)*, [1994] 2 R.C.S. 210, p. 218, le juge Gonthier; voir aussi J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (6e éd. 2005), p. 556-558; *Ville de Sept-Îles c. Lussier*, [1993] R.J.Q. 2717 (C.A.)).

5. Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte

42 Le juge d'appel Robertson a conclu que le seul moyen de défense susceptible d'être invoqué par la Province en l'espèce est que les appelantes ont transféré le coût de la redevance (par. 46-48). Le principe de base sur lequel repose le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte est le suivant : si le contribuable a répercuté sur des tiers la charge de la taxe, habituellement par des hausses de prix imposées à ses clients, il n'a subi aucun

expense, and it would receive a windfall if it were awarded recovery. However, unlike Robertson J.A., I would reject the passing-on defence in the context of the recovery of taxes paid pursuant to *ultra vires* legislation.

43 La Forest J. would have applied the defence, if necessary, so as to deny recovery in *Air Canada*. He found that

> the evidence supports that the airlines had passed on to their customers the burden of the tax imposed upon them. The law of restitution is not intended to provide windfalls to plaintiffs who have suffered no loss. Its function is to ensure that where a plaintiff has been deprived of wealth that is either in his possession or would have accrued for his benefit, it is restored to him. The measure of restitutionary recovery is the gain the province made at the airlines' expense. If the airlines have not shown that they bore the burden of the tax, then they have not made out their claim. What the province received is relevant only in so far as it was received at the airlines' expense. [pp. 1202-3]

44 There are three major criticisms of the passing-on defence: first, that it is inconsistent with the basic premise of restitution law; second, that it is economically misconceived; and third, that the task of determining the ultimate location of the burden of a tax is exceedingly difficult and constitutes an inappropriate basis for denying relief.

45 The defence of passing on has developed almost exclusively in the context of recovery of taxes and other charges paid under a mistake of law. If, as La Forest J. suggests in *Air Canada*, "[t]he law of restitution is not intended to provide windfalls to plaintiffs who have suffered no loss" (p. 1202), then the defence ought to have arisen in other contexts as well. At the very least, the defence of passing on should also apply to mistaken payments, whether of fact or law, but such has generally not been the case in Canada (see Maddaugh and McCamus, at

appauvrissement, l'enrichissement de l'autorité fiscale n'a pas eu lieu à ses dépens et il recevrait un profit fortuit si la restitution lui était accordée. Toutefois, contrairement au juge Robertson, je rejetterais le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans le contexte du recouvrement de taxes payées en vertu de dispositions *ultra vires*.

Dans *Air Canada*, le juge La Forest aurait appliqué ce moyen de défense, si cela avait été nécessaire, afin de refuser le recouvrement. Il s'est exprimé en ces termes :

> [D']après la preuve, les lignes aériennes ont répercuté sur leurs passagers la charge de la taxe à laquelle elles étaient assujetties. Le droit en matière de restitution n'a pas pour objet de donner des profits fortuits à des demandeurs qui n'ont subi aucune perte. Il sert plutôt à garantir que, dans le cas où un demandeur a été privé d'une richesse qu'il avait en sa possession ou qui lui revenait, cette richesse lui sera rendue. En l'espèce, le recouvrement pour fins de restitution est égal au gain réalisé par la province aux dépens des lignes aériennes. Si ces dernières ne sont pas parvenues à démontrer qu'elles ont supporté la charge de la taxe, alors elles n'ont pas établi le bien-fondé de leur demande. Ce qu'a pu recevoir la province n'est pertinent que dans la mesure où c'était aux dépens des lignes aériennes. [p. 1202-1203]

On reproche principalement trois choses au moyen de défense fondé sur le transfert de la perte : premièrement, il est incompatible avec le principe fondamental du droit de la restitution; deuxièmement, il n'est pas judicieux sur le plan économique; troisièmement, déterminer à qui incombe en dernier ressort la charge de la taxe s'avère extrêmement difficile, et il ne convient pas de refuser une réparation en se basant sur ce motif.

Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a été élaboré presque exclusivement dans le contexte du recouvrement de taxes ou autres charges payées par suite d'une erreur de droit. Si, comme l'indique le juge La Forest dans *Air Canada*, « [l]e droit en matière de restitution n'a pas pour objet de donner des profits fortuits à des demandeurs qui n'ont subi aucune perte » (p. 1202-1203), ce moyen de défense aurait dû être également invoqué dans d'autres contextes. À tout le moins, il devrait également s'appliquer aux paiements faits par erreur

p. 11-46). Professors Maddaugh and McCamus suggest that the reason the defence has not been applied outside the context of *ultra vires* taxes is because it is inconsistent with the basic principles of restitutionary law. They argue that "the mere fact that the taxpayer has mistakenly paid, with its own money, the revenue authority is sufficient to establish an unjust enrichment at the plaintiff's expense. As between the taxpayer and the Crown, the question of whether the taxpayer has been able to recoup its loss from some other source is simply irrelevant" (p. 11-45).

— de fait ou de droit —, mais cela n'a généralement pas été le cas au Canada (voir Maddaugh et McCamus, p. 11-46). Les professeurs Maddaugh et McCamus pensent que la raison pour laquelle ce moyen de défense n'a pas été appliqué hors du cadre des taxes *ultra vires* est qu'il est incompatible avec les principes fondamentaux du droit en matière de restitution. Selon eux, [TRADUCTION] « le simple fait que le contribuable ait payé par erreur l'autorité fiscale, avec son propre argent, suffit à établir l'enrichissement sans cause aux dépens du demandeur. Du point de vue des rapports entre le contribuable et l'État, la question de savoir si le contribuable a été en mesure de récupérer sa perte auprès d'une autre source n'est tout simplement pas pertinente » (p. 11-45).

It is on this same basis that the Australian High Court refused to recognize the defence in *Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51. Brennan J. explained that

46 C'est pour ce même motif que la Haute Cour d'Australie a refusé de reconnaître ce moyen de défense dans *Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.* (1994), 182 C.L.R. 51. Le juge Brennan a expliqué sa décision ainsi :

> [t]he fact that Royal had passed on to its policy holders the burden of the payments made to the Commissioner does not mean that Royal did not pay its own money to the Commissioner. The passing on of the burden of the payments made does not affect the situation that, as between the Commissioner and Royal, the former was enriched at the expense of the latter. It may be that, if Royal recovers the overpayments it made, the policy holders will be entitled themselves to claim a refund from Royal of so much of the overpayments made by Royal to the Commissioner as represents the amount paid to Royal by the policy holder. However that may be, no defence of "passing on" is available to defeat a claim for moneys paid by A acting on his own behalf to B where B has been unjustly enriched by the payment and the moneys paid had been A's moneys. [Footnotes omitted; pp. 90-91.]

> [TRADUCTION] Le fait que Royal ait transféré à ses titulaires de police la charge des paiements faits au Commissaire ne signifie pas qu'elle n'a pas payé le Commissaire avec son propre argent. Le transfert de la charge des paiements ne change rien au fait que le Commissaire s'est enrichi aux dépens de Royal. Il se peut que, si Royal récupère les sommes versées en trop, les titulaires de police aient eux aussi le droit de réclamer à Royal le remboursement de la portion de ce trop-perçu correspondant à la somme versée par eux à Royal. Mais quoi qu'il en soit, le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte ne saurait être invoqué à l'encontre d'une demande de remboursement des sommes que A a pour son propre compte payées à B, lorsque B s'est enrichi sans cause par suite du paiement et que les sommes versées appartenaient à A. [Notes en bas de page omises; p. 90-91.]

I note that *Royal Insurance* is a case involving the overpayment of taxes, but in my view the principle is equally applicable to the present case. As mentioned earlier, restitutionary principles provide for restoration of "what has been taken or received from the plaintiff without justification" (*Royal Insurance*, at p. 71). Restitution law is not concerned by the possibility of the plaintiff obtaining

47 Je constate que *Royal Insurance* porte sur des taxes versées en trop, mais, à mon avis, le principe est également applicable à la présente espèce. Comme nous l'avons vu, les principes applicables en matière de restitution pourvoient à la restitution au demandeur de [TRADUCTION] « ce qui lui a été pris ou a été reçu de lui sans justification » (*Royal Insurance*, p. 71). La possibilité que le demandeur

a windfall precisely because it is not founded on the concept of compensation for loss.

48 In addition to being contrary to the basic principles of restitution law, the defence of passing on has also been criticized for being economically misconceived and for creating serious difficulties of proof. In *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 S.C.R. 74, 2004 SCC 38, LeBel J., writing in dissent but not on this point, commented on the inherent difficulties in a commercial marketplace of proving that the loss was not passed on to consumers. LeBel J. noted that every commercial entity could be accused of passing on all or part of any damages suffered by it, by its own rates or charges to its customer. This is because it is difficult to determine what effect a change in a company's prices will have on its total sales. Unless the elasticity of demand is very low, the plaintiff is bound to suffer a loss, either because of reduced sales or because of reduced profit per sale. Where elasticity is low, and it can be demonstrated that the tax was passed on through higher prices that did not affect profits per sale or the volume of sales, it would be impossible to demonstrate that the plaintiff could not or would not have raised its prices had the tax not been imposed, thereby increasing its profits even further. LeBel J. referred to these various figures as "virtually unascertainable" (para. 205, citing White J. in *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968), at p. 493). LeBel J. ultimately concluded that "[t]he passing on defence would, in effect, result in an argument that no damages are ever recoverable in commercial litigation because anyone who claimed to have suffered damages but was still solvent had obviously found a way to pass the loss on" (para. 206, citing Ground J. in *Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214 (S.C.J.), at para. 40).

obtienne un profit fortuit n'a pas d'importance du point de vue du droit de la restitution, précisément parce que celui-ci ne repose pas sur le concept de l'indemnisation d'une perte.

En plus d'être contraire aux principes fondamentaux du droit de la restitution, on a reproché au moyen de défense fondé sur le transfert de la perte de ne pas être judicieux sur le plan économique et de soulever d'importantes difficultés d'application en ce qui concerne la preuve. Dans *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, [2004] 2 R.C.S. 74, 2004 CSC 38, le juge LeBel, qui était dissident mais non sur cette question, a évoqué les difficultés inhérentes qui se posent lorsqu'il s'agit de prouver, dans un marché commercial, que la perte n'a pas été transférée aux consommateurs. Il a souligné que toutes les entreprises pourraient être accusées de transférer tout ou partie du préjudice qu'elles ont subi, par leur tarification ou les frais qu'elles exigent des clients. Il est en effet difficile de déterminer quel effet une modification de la politique de prix d'une société aura sur son chiffre de ventes total. À moins que l'élasticité de la demande soit très faible, le demandeur subira une perte soit en raison de la diminution des ventes, soit en raison de la diminution du profit réalisé sur chaque vente. Lorsque l'élasticité est faible, et qu'il peut être démontré que la taxe a été transférée au moyen d'une hausse des prix qui n'a eu aucune incidence sur les profits réalisés sur chaque vente ou sur le volume des ventes, il serait impossible de démontrer que, n'eût été la taxe, le demandeur n'aurait pas pu augmenter ses prix ou ne l'aurait pas fait, augmentant ainsi encore plus ses profits. Le juge LeBel a indiqué que ces diverses données étaient « pratiquement impossibles à établir » (par. 205, citant le juge White dans *Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.*, 392 U.S. 481 (1968), p. 493). Il a finalement conclu que [TRADUCTION] « [l]e moyen de défense fondé sur le transfert de la perte permettrait, en fait, de prétendre qu'il ne sera jamais possible d'obtenir d'indemnité dans un litige commercial, parce que toute personne qui demande des dommages-intérêts mais qui est restée solvable a manifestement trouvé un moyen de transférer la perte » (par. 206, citant le juge Ground dans *Law Society of Upper Canada c. Ernst & Young* (2002), 59 O.R. (3d) 214 (C.S.J.), par. 40).

Although LeBel J. was criticizing the application of the passing-on defence in tort law, his criticisms are equally appropriate, if perhaps not more so, in the context of restitution law. This is because, unlike restitution law, tort law is premised on the concept of compensation for loss, such that concerns about potential windfalls are appropriate.

Même si le juge LeBel critiquait alors l'application du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle, ses critiques sont tout aussi pertinentes dans le contexte du droit de la restitution. Elles le sont peut-être même encore davantage, car, contrairement au droit de la restitution, le droit de la responsabilité civile délictuelle repose sur le concept de l'indemnisation des pertes, de sorte que les profits fortuits éventuels doivent être pris en compte. 49

Recognition of the defence in *Air Canada* has also led to uncertainty in its application. In *Canadian Pacific Air Lines*, released contemporaneously with *Air Canada*, the defence was applied to the claim for recovery of a beverage tax, which the Court noted was imposed on passengers, not on the airline. The airline was simply a collector of the tax. This holding is uncontentious insofar as the airline was merely collecting the tax as an agent of the Crown. In my view, the defence of passing on was not necessary to arrive at that conclusion. In the same case, the airline was allowed to recover the social services tax paid on the value of the aircraft and aircraft parts with no discussion of the defence. However, La Forest J. in *Air Canada* found the defence to be applicable to the tax on fuel so as to deny recovery. The holdings in these cases with respect to the application of the passing-on defence are difficult to reconcile.

La reconnaissance, dans l'arrêt *Air Canada*, du moyen de défense fondé sur le transfert de la perte a créé une incertitude quant à l'application de ce moyen. Dans *Lignes aériennes Canadien Pacifique*, arrêt rendu en même temps que *Air Canada*, ce moyen de défense a été appliqué à l'action en recouvrement d'une taxe sur les boissons alcooliques qui, comme l'a souligné la Cour, avait été imposée aux passagers et non à la ligne aérienne. Cette dernière était simplement le percepteur de la taxe. Cette décision ne donne pas matière à débat dans la mesure où la ligne aérienne percevait la taxe simplement en sa qualité de mandataire de l'État. À mon avis, il n'était pas nécessaire de recourir à la défense fondée sur le transfert de la perte pour arriver à cette conclusion. Dans le même arrêt, la ligne aérienne a obtenu le remboursement de la taxe sur les services sociaux payée sur la valeur des aéronefs et pièces d'aéronefs sans que soit examiné ce moyen de défense. Dans *Air Canada*, le juge La Forest a toutefois conclu que le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte était applicable à la taxe sur le carburant et empêchait donc le remboursement. Il est difficile de concilier les décisions rendues dans ces deux affaires au sujet de l'application de ce moyen de défense. 50

For the above reasons, I would reject the passing-on defence in its entirety.

Pour les motifs susmentionnés, je rejetterais intégralement le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. 51

6. Application of the Doctrine of Protest and Compulsion

6. L'application de la doctrine du paiement fait sous toutes réserves et sous la contrainte

Robertson J.A. granted recovery of the illegal user charge on the basis that it was paid under protest. This is another issue that had posed problems

Le juge d'appel Robertson a accordé le recouvrement de la redevance d'exploitation imposée illégalement, parce qu'elle avait été payée sous toutes 52

in the context of recovery of money paid under an *ultra vires* tax. The doctrine of protest and compulsion functions as an exception to the passing-on defence. As Professors Maddaugh and McCamus explain, "the defence [of passing on] would no longer be available once the taxpayer signaled, through protest, that the unlawfulness of the taxation measure was being challenged" (pp. 11-44 and 11-45). Thus, even though Robertson J.A. accepted the Province's argument that the appellants had passed on the cost of the tax, he found that the payments made under protest and compulsion were recoverable. Because I have rejected the passing-on defence as generally inapplicable in the context of *ultra vires* taxes, it is not necessary to deal with the doctrine of protest and compulsion. I think some general comments will, however, be useful.

53 In my view, the doctrine of protest and compulsion is simply not applicable to cases such as the present. This flows from the constitutional basis for the right of restitution in this case: that the Crown should not be able to retain taxes that lack legal authority. It therefore matters little whether the taxpayer paid under protest and compulsion. If the law proves to be invalid, then there should be no burden on the taxpayer to prove that they were paying under protest. Such a finding would be inconsistent with the nature of the cause of action in this case. As Lord Goff said in *Woolwich*, at p. 172, "full effect can only be given to that principle [that taxes should not be levied without proper authority] if the return of taxes exacted under an unlawful demand can be enforced as a matter of right". The right of the party to obtain restitution for taxes paid under *ultra vires* legislation does not depend on the behaviour of each party but on the objective consideration of whether the tax was exacted without proper legal authority.

réserves. Il s'agit d'une autre question qui avait suscité des difficultés dans le contexte du recouvrement de sommes payées en vertu d'une taxe *ultra vires*. La doctrine du paiement fait sous toutes réserves et sous la contrainte joue le rôle d'une exception au moyen de défense fondé sur le transfert de la perte. Comme l'expliquent les professeurs Maddaugh et McCamus, [TRADUCTION] « le moyen de défense [fondé sur le transfert de la perte] ne pourrait plus être invoqué une fois que le contribuable a indiqué, en faisant le paiement sous toutes réserves, qu'il conteste la taxe pour cause d'illégalité » (p. 11-44 et 11-45). En conséquence, même s'il a accepté l'argument de la Province suivant lequel les appelantes avaient transféré à des tiers le coût de la taxe, le juge Robertson a conclu que les paiements faits sous toutes réserves et sous la contrainte étaient recouvrables. Comme j'ai rejeté le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte, le jugeant d'une manière générale inapplicable dans le contexte de taxes *ultra vires*, je n'ai pas à traiter de la doctrine du paiement fait sous toutes réserves et sous la contrainte. Je pense néanmoins que quelques observations de nature générale seront utiles.

À mon avis, la doctrine du paiement fait sous toutes réserves et sous la contrainte est tout simplement inapplicable dans des causes comme celle-ci. Cela découle du fondement constitutionnel du droit à la restitution en l'espèce : la Couronne ne devrait pas avoir la possibilité de conserver des taxes qui ne sont pas valides. Il importe peu, par conséquent, que le contribuable les ait ou non payées sous toutes réserves et sous la contrainte. Si la loi s'avère invalide, le contribuable ne devrait pas être tenu de prouver qu'il a fait ses paiements sous toutes réserves, car une telle exigence serait inconciliable avec la nature de la cause d'action en l'espèce. Comme l'a dit lord Goff, à la p. 172 de l'arrêt *Woolwich*, [TRADUCTION] « pour donner pleinement effet à ce principe [aucune taxe ne devrait être levée sans autorisation légale] il faut que la restitution des taxes illégalement exigées puisse être ordonnée à titre de droit ». Le droit d'obtenir la restitution de taxes payées en vertu de dispositions *ultra vires* ne dépend pas des actes accomplis par chaque partie, mais bien du fait que la taxe a été exigée sans l'autorisation requise, ce qui est une considération objective.

I also have concerns about the applicability of the doctrine of protest and compulsion to cases where the tax, although collected pursuant to valid legislation, was misapplied in relation to the taxpayer. The tax is valid, but the taxpayer should never have had to pay it. The problem, in my view, stems from the notion of compulsion in the context of payments made pursuant to law. Duress first found recognition as a limited ground for the recovery of damages against an intimidating party in tort. A contract entered into under duress was held to be voidable at the instance of the coerced party (see Maddaugh and McCamus, at pp. 26-2 and 26-3). The recovery of benefits conferred under duress is achieved via an action in restitution (*ibid.*, at p. 26-6.1). Duress vitiates the voluntary nature of the payment.

54 J'ai aussi des doutes quant à l'applicabilité de la doctrine du paiement fait sous toutes réserves et sous la contrainte dans les affaires où la taxe, quoique perçue en vertu de dispositions valides, n'a pas été appliquée correctement à l'égard du contribuable. La taxe est valide, mais le contribuable n'aurait jamais dû avoir à la payer. Le problème, selon moi, tient à la notion de contrainte dans le contexte de paiements effectués en vertu d'une loi. C'est en matière de responsabilité civile délictuelle que la contrainte a tout d'abord été reconnue comme moyen limité d'obtenir des dommages-intérêts contre une partie usant d'intimidation. Il a été jugé qu'un contrat conclu sous la contrainte pouvait être annulé à la demande de la personne l'ayant signé contre son gré (voir Maddaugh et McCamus, p. 26-2 et 26-3). C'est l'action en restitution qui permet de recouvrer des avantages accordés sous la contrainte (*ibid.*, p. 26-6.1). La contrainte vicie le caractère volontaire du paiement.

Professors Maddaugh and McCamus explain, at p. 11-20, that "if one is mistaken about the law, one pays because one believes one is obliged to do so by law. If one is responding to duress, it must be that the individual believes or strongly suspects that there is no legal requirement to pay." However, in my opinion, the absence of duress on the part of the taxpayer should not be an important factor. It is not up to the taxpayer but rather to the party that makes and administers the law to bear the responsibility of ensuring the validity and applicability of the law (see also *Ontario (Liquor Control Board)*). I agree with Wilson J. in *Air Canada* that

55 Les professeurs Maddaugh et McCamus expliquent à la p. 11-20 que, [TRADUCTION] « si on fait une erreur au sujet de la loi, on paie parce qu'on s'y croit tenu par la loi. Si on agit sous l'empire de la contrainte, en revanche, c'est que l'on croit ou soupçonne fortement qu'il n'y a aucune obligation légale de payer. » À mon avis, cependant, l'absence de contrainte pour le contribuable ne devrait pas constituer un facteur important. Il n'incombe pas au contribuable, mais bien à la partie qui adopte et applique la loi, de veiller à ce que celle-ci soit valide et applicable (voir aussi *Ontario (Régie des alcools)*). Je suis d'accord avec ces observations de la juge Wilson dans *Air Canada* :

> payments made under unconstitutional legislation are not "voluntary" in a sense which should prejudice the taxpayer. The taxpayer, assuming the validity of the statute as I believe it is entitled to do, considers itself obligated to pay. Citizens are expected to be law-abiding. They are expected to pay their taxes. Pay first and object later is the general rule. The payments are made pursuant to a perceived obligation to pay which results from the combined presumption of constitutional validity of duly enacted legislation and the holding out of such validity by the legislature. In such circumstances I consider it quite unrealistic to expect the taxpayer to make its payments "under protest". Any taxpayer paying taxes exigible under a statute which it has no reason to

> [D]es paiements effectués en vertu d'une loi inconstitutionnelle ne sont pas « volontaires » dans un sens qui devrait préjudicier au contribuable. Celui-ci, supposant la loi valide, comme il est selon moi en droit de le faire, se considère comme tenu de payer. On s'attend des citoyens qu'ils soient respectueux des lois. On s'attend qu'ils acquittent leurs impôts. Payez d'abord, contestez après, telle est la règle générale. Les paiements sont faits par suite de ce que le contribuable conçoit comme une obligation de payer, obligation qui découle à la fois de la présomption de constitutionnalité d'une loi dûment adoptée et du fait que le législateur la présente comme valide. Dans de telles circonstances, je crois qu'il est tout à fait irréaliste de s'attendre que le contribuable

believe or suspect is other than valid should be viewed as having paid pursuant to the statutory obligation to do so. [pp. 1214-15]

fasse ses paiements « sous réserve ». Tout contribuable qui acquitte des impôts exigés par une loi, quand il n'a aucune raison de douter de sa validité, devrait être considéré comme ayant payé en raison d'une obligation légale de le faire. [p. 1214-1215]

Although made in the context of *ultra vires* legislation, Wilson J.'s comments are equally applicable to the situation where a taxpayer is required to pay a levy because of an incorrect application of the law. In either case, the protest requirement is inappropriate.

Bien que faites dans le contexte d'une loi *ultra vires*, les observations de la juge Wilson s'appliquent tout autant à la situation dans laquelle un contribuable est tenu de payer une charge en raison d'une application incorrecte de la loi. Dans les deux cas, il n'y a pas lieu d'exiger que le paiement ait été fait sous toutes réserves.

56 There is a second concern which arises in cases where monies have been paid to public authorities pursuant to unconstitutional legislation or as a result of the misapplication of an otherwise valid law. In *Eurig*, for example, payment under protest and the commencement of legal proceedings was held to be sufficient to trigger the exception allowing recovery. The end result is that whenever a tax is declared *ultra vires*, only the successful litigants will be granted recovery of the unconstitutional charges. All other similarly situated persons will not benefit from the Court's holding. This raises concerns about horizontal equity that are similar to those raised by the doctrine of constitutional exemption. This Court has alluded to such concerns in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, and in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418. In my view, constitutional law should apply fairly and evenly, so that all similarly situated persons are treated the same.

Un autre problème se pose dans les cas où des sommes ont été payées à des autorités publiques en vertu d'une loi inconstitutionnelle ou par suite de l'application erronée d'une loi par ailleurs valide. Dans *Eurig*, par exemple, il a été jugé qu'un paiement fait sous toutes réserves et l'introduction d'une action en justice suffisaient pour donner lieu à l'exception permettant le recouvrement. Cela signifie que, chaque fois qu'une taxe est déclarée *ultra vires*, seules les parties qui ont eu gain de cause devant les tribunaux obtiendront le recouvrement des charges inconstitutionnelles. Aucune autre personne se trouvant dans une situation analogue ne pourra bénéficier de la décision rendue par la Cour. Cela soulève, du point de vue de l'équité horizontale, des préoccupations similaires à celles qui résultent de la doctrine de l'exemption constitutionnelle. Notre Cour a fait allusion à ces préoccupations dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418. À mon avis, le droit constitutionnel devrait être appliqué équitablement et uniformément, de sorte que toutes les personnes se trouvant dans une situation analogue soient traitées de la même manière.

57 I would therefore discard the doctrine of protest and compulsion insofar as it applies to payments made to public authorities, whether pursuant to unconstitutional legislation or as the result of a misapplication of otherwise valid legislation. Once the immunity rule is rejected, there is no need to distinguish between cases involving unconstitutional legislation and cases where delegated legislation is merely *ultra vires* in the administrative law

J'écarterais donc la doctrine du paiement fait sous la contrainte et sous toutes réserves dans le cas des paiements faits à des autorités publiques, que ce soit en vertu d'une loi inconstitutionnelle ou par suite de l'application erronée d'une loi par ailleurs valide. Une fois la règle d'immunité rejetée, il n'est pas nécessaire d'établir une distinction entre les cas relatifs à une loi inconstitutionnelle et ceux où une disposition de nature réglementaire est

sense. In all such cases, the payment of the charge should not be viewed as voluntary in a sense that would prejudice the taxpayer. Rather, the plaintiff is entitled to rely on the presumption of validity of the legislation, and on the representation as to its applicability by the public authority in charge of administering it.

In cases not involving payments made to public authorities pursuant to unconstitutional legislation or the misapplication of an otherwise valid law, my view is that courts should insist on proof of compulsion in fact. The mere fact that the payment was made in protest should be neither necessary nor sufficient to establish compulsion. Protest may accompany a voluntary payment (in order to protect a hypothetical restitutionary entitlement), and compulsion may occur without any evidence of formal protest. Insisting on compulsion in fact is more principled and ensures that all similarly situated persons will be treated equally, regardless of protest.

simplement *ultra vires* au sens du droit administratif. Dans tous ces cas, le paiement ne devrait pas être considéré comme volontaire dans un sens qui porterait préjudice au contribuable. Au contraire, le demandeur a le droit de se fonder sur la présomption de validité des dispositions en cause et sur le fait que l'autorité publique chargée de les administrer les a présentées comme applicables.

58 Dans les affaires ne portant pas sur des paiements faits à des autorités publiques en vertu d'une loi inconstitutionnelle ou par suite de l'application erronée d'une loi par ailleurs valide, j'estime que les tribunaux devraient exiger la preuve d'une contrainte véritable. Le simple fait que le paiement a été fait sous toutes réserves ne devrait être ni suffisant ni nécessaire pour établir la contrainte. Car d'une part un paiement volontaire peut être fait sous réserve (afin de protéger un droit hypothétique à la restitution), et d'autre part il peut y avoir contrainte sans aucune indication que des réserves ont été officiellement exprimées. En exigeant l'existence d'une contrainte véritable, on fait en sorte que la question soit davantage jugée en fonction de principes, et que toutes les personnes se trouvant dans une situation analogue soient traitées également, peu importe que le paiement ait été ou non fait sous toutes réserves.

7. Application of Limitations Law

My view is that claims such as the present may be subject to an applicable limitation period. The New Brunswick *Limitation of Actions Act* provides that:

9 No other action shall be commenced but within six years after the cause of action arose.

Section 9 was clearly intended to cover all other actions not specifically provided for in the legislation. There is no reason why modern restitutionary claims ought not to be subject to s. 9. I agree with Robertson J.A. that such a result does not run afoul of the principles developed by this Court in *Amax Potash*:

7. L'application du droit de la prescription des actions

59 Je suis d'avis que les actions comme celle qui fait l'objet du présent pourvoi peuvent être soumises à un délai de prescription. La *Loi sur la prescription* du Nouveau-Brunswick prévoit ce qui suit :

9 Toute autre action se prescrit par six ans à compter de la naissance de la cause d'action.

60 Il est clair que l'art. 9 de la *Loi sur la prescription* vise toutes les actions à l'égard desquelles rien n'est expressément prévu par cette loi. Rien ne justifierait que les actions en restitution intentées de nos jours ne soient pas régies par l'art. 9. À l'instar du juge d'appel Robertson, j'estime qu'un tel résultat ne contrevient pas aux principes élaborés par notre Cour dans *Amax Potash* :

In my view, the reasoning adopted in *Amax Potash* has no application to cases in which the provinces are relying on a pre-existing statutory prescription period. There is a substantive difference between existing legislation that bars potential claims, unless brought within a fixed period, and legislation enacted for the specific purpose of barring restitutionary claims based on an invalid or unconstitutional tax. A prescription statute is adopted for purposes of providing a defendant with "peace of mind"; to be secure in the knowledge that he or she is no longer at risk from a stale claim accompanied by stale testimony. It is not adopted for the purpose of barring claims outright. A *Limitation of Actions Act* is valid legislation adopted for a valid purpose. It does not seek to achieve indirectly what cannot be achieved directly. [para. 42]

61 Finally, the point at which time will begin to run must be determined. The cause of action was complete at the moment the Province illegally received the payment. For this reason, the appellants can only recover the user charges paid during the six years preceding the filing date of their Notice of Application (May 25, 2001).

8. Conclusion

62 For the above reasons, I would allow the appeal in part and dismiss the cross-appeal. The appellants are entitled to recover all user charges paid on or after May 25, 1995, with interest. However, I conclude that this is not an appropriate case for the awarding of compound interest as the appellants did not allege any wrongful conduct on behalf of the Province that might warrant moral sanction (see *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, [2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43). The appellants are entitled to their costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed, with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Mockler Peters Oley Rouse, Fredericton.

À mon avis, le raisonnement adopté dans l'arrêt *Amax Potash* ne s'applique pas dans les cas où les provinces invoquent un délai de prescription préexistant. Il y a une différence substantielle entre une loi existante qui interdit les demandes éventuelles, sauf si elles sont introduites dans un délai précis, et une loi adoptée à seule fin de faire obstacle aux demandes de restitution fondée[s] sur une taxe invalide ou inconstitutionnelle. L'adoption d'une loi sur la prescription a pour but d'apporter la « tranquillité d'esprit » à la partie défenderesse; afin qu'elle ait la certitude qu'elle n'est plus exposée à une demande tardive accompagnée de témoignages qui ne sont plus très frais. Son adoption n'a pas pour but de faire complètement obstacle aux demandes. La *Loi sur la prescription* est une loi valide adoptée à des fins valables. Elle ne cherche pas à accomplir indirectement ce qui ne peut l'être directement. [par. 42]

Enfin, il faut déterminer le point de départ de la prescription. La cause d'action était complète à partir du moment où la Province a illégalement reçu le paiement. Pour ce motif, les appelantes ne peuvent recouvrer que les redevances d'exploitation payées au cours des six années qui ont précédé le dépôt de leur avis de requête (25 mai 2001).

8. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rejeter le pourvoi incident. Les appelantes ont le droit de recouvrer toutes les redevances d'exploitation payées depuis le 25 mai 1995, avec les intérêts. Toutefois, je conclus qu'il n'est pas opportun en l'espèce d'attribuer des intérêts composés, puisque les appelantes n'ont allégué aucun comportement fautif de la Province susceptible de justifier une sanction exprimant la réprobation morale (voir *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, [2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43). Les appelantes ont droit aux dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté, avec dépens.

Procureurs des appelantes/intimées au pourvoi incident : Mockler Peters Oley Rouse, Fredericton.

Solicitor for the respondents/appellants on cross-appeal: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Procureur des intimées/appelantes au pourvoi incident : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Consumers' Association of Canada: Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des consommateurs du Canada : Arvay Finlay, Vancouver.

Little Sisters Book and Art Emporium *Appellant*

v.

Commissioner of Customs and Revenue and Minister of National Revenue *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Canadian Bar Association, Egale Canada Inc., Sierra Legal Defence Fund and Environmental Law Centre *Interveners*

INDEXED AS: LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM *v.* CANADA (COMMISSIONER OF CUSTOMS AND REVENUE)

Neutral citation: 2007 SCC 2.

File No.: 30894.

2006: April 19; 2007: January 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Civil procedure — Costs — Advance costs — Whether requirements to award advance costs met.

L is a small corporation that operates a bookstore catering to the lesbian and gay community. Book sales represent 30 to 40 percent of its business. L, which still struggles to make a profit, is engaged in litigation to gain the release of four books prohibited by Customs on the basis that they were obscene. Frustrated after years of court battles with Customs over similar issues, L chose to enlarge the scope of the litigation and to pursue a broad inquiry into Customs' practices. When this litigation began, L had already fought a protracted legal battle against Customs, which culminated in this Court's decision in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ("*Little Sisters No. 1*"), where it held that Customs' practices at the time infringed ss. 2(*b*) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. L

Little Sisters Book and Art Emporium *Appelante*

c.

Commissaire des Douanes et du Revenu et ministre du Revenu national *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, Association du Barreau canadien, Egale Canada Inc., Sierra Legal Defence Fund et Environmental Law Centre *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM *c.* CANADA (COMMISSAIRE DES DOUANES ET DU REVENU)

Référence neutre : 2007 CSC 2.

N° du greffe : 30894.

2006 : 19 avril; 2007 : 19 janvier.

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

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

Procédure civile — Dépens — Provisions pour frais — Les conditions requises pour accorder une provision pour frais sont-elles remplies?

L est une petite société qui exploite une librairie desservant la communauté gaie et lesbienne. Les ventes de livres représentent 30 à 40 pour 100 de ses activités. L, qui parvient encore mal à réaliser un bénéfice, a engagé des procédures pour obtenir le dédouanement de quatre livres que les Douanes ont interdits pour le motif qu'ils étaient obscènes. Irritée après avoir passé des années à affronter les Douanes devant les tribunaux relativement à des questions similaires, L a décidé d'élargir la portée du litige et de procéder à une vaste enquête sur les pratiques des Douanes. Lorsque le présent litige a pris naissance, L avait déjà livré aux Douanes une longue bataille judiciaire qui a abouti à l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (« *Little Sisters n° 1* »), dans lequel notre Cour a décidé que les

now seeks to have Customs bear the financial burden of its fresh complaint. It applied for advance costs to cover the four books appeal as well as a systemic review of Customs' practices. In its appeal, L asks for a reversal of Customs' obscenity determinations and a declaration that Customs has been construing and applying the relevant legislation in an unconstitutional manner. The chambers judge granted an advance costs order for the appeal and the systemic review, concluding that the three requirements of the *Okanagan* test were satisfied. The Court of Appeal set aside the order.

Held (Binnie and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: Bringing an issue of public importance to the courts will not automatically entitle a litigant to preferential costs treatment. Public interest advance costs orders must be granted with caution, as a last resort, in circumstances where their necessity is clearly established. The standard is a high one: only the "rare and exceptional" case is special enough to warrant an advance costs award. Accordingly, when applying the three requirements set out in *Okanagan*, a court must decide, with a view to all the circumstances, whether the case is sufficiently special that it would be contrary to the interests of justice to deny the advance costs application. The injustice that would arise if the application is not granted must relate both to the individual applicant and to the public at large. Since an advance costs award is an exceptional measure, the applicant must explore all other possible funding options, including costs immunities. If the applicant cannot afford the litigation as a whole, but is not completely impecunious, the applicant must commit to making a contribution to the litigation. No injustice can arise if the matter at issue could be settled, or the public interest could be satisfied, without an advance costs award. Likewise, courts should consider whether other litigation is pending and may be conducted for the same purpose, without requiring an interim order of costs. If advance costs are granted, the litigant must relinquish some manner of control over how the litigation proceeds. An advance costs award is meant to provide a basic level of assistance necessary for the case to proceed. Accordingly, courts should set limits on the rates and hours of legal work chargeable and cap advance costs awards at an appropriate global amount. The possibility of setting the advance costs award off against damages actually

pratiques des Douanes à l'époque contrevenaient à l'al. 2*b*) et à l'art 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L cherche maintenant à faire supporter par les Douanes le fardeau financier de sa nouvelle plainte. Elle a demandé une provision pour frais qui couvrirait l'appel concernant les quatre livres ainsi qu'une révision systémique des pratiques des Douanes. Dans son appel, L sollicite l'infirmation des décisions en matière d'obscénité rendues par les Douanes, ainsi qu'un jugement déclarant que les Douanes ont interprété et appliqué d'une manière inconstitutionnelle les dispositions législatives pertinentes. La juge en chambre a ordonné le versement d'une provision pour frais pour l'appel et la révision systémique, après avoir conclu que les trois volets du critère de l'arrêt *Okanagan* étaient respectés. La Cour d'appel a annulé cette ordonnance.

Arrêt (les juges Binnie et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : Le fait de saisir les tribunaux d'une question d'importance pour le public ne signifie pas que le plaideur a automatiquement droit à un traitement préférentiel en matière de dépens. Les ordonnances accordant une provision pour frais pour des raisons d'intérêt public doivent être rendues avec circonspection, en dernier recours et dans des circonstances où leur nécessité est clairement établie. La norme est élevée : seule l'affaire « rare et exceptionnelle », qui est suffisamment particulière, peut justifier l'attribution d'une provision pour frais. Par conséquent, en appliquant les trois conditions énoncées dans l'arrêt *Okanagan*, un tribunal doit décider, eu égard à toutes les circonstances, si l'affaire est si particulière qu'il serait contraire aux intérêts de la justice de rejeter la demande de provision pour frais. L'injustice qui découlerait du rejet de la demande doit concerner à la fois le demandeur personnellement et le public en général. Étant donné que la provision pour frais est une mesure exceptionnelle, le demandeur doit étudier toutes les autres possibilités de financement, y compris l'exemption de dépens. Le demandeur qui n'a pas les moyens de payer tous les frais du litige, mais qui n'est pas totalement dépourvu de ressources, doit s'engager à fournir une contribution. Aucune injustice ne sera créée s'il est possible de régler l'affaire en cause ou de tenir compte de l'intérêt public sans accorder une provision pour frais. De même, les tribunaux devraient vérifier si une autre affaire visant les mêmes fins est en instance et peut se dérouler sans qu'il soit nécessaire de rendre une ordonnance accordant une provision pour frais. Dans le cas où une provision pour frais est accordée, le plaideur doit renoncer à exercer un certain contrôle sur la façon dont se déroule l'instance. La provision pour frais vise à fournir l'aide

collected at the end of the trial should also be contemplated. [35-43]

L's claim is insufficient to support a finding that the requirement of special circumstances is met. The context in which merit is considered is conditioned by the need to show that the case is exceptional. The four books appeal, in which L alleges a discriminatory attitude on the part of Customs to some of its merchandise, is extremely limited in scope. L has advanced no evidence suggesting that these four books are integral, or even important, to its operations. In this context, it is impossible to conclude that L is in the extraordinary position that would justify an award of advance costs. With the systemic review, L is essentially attempting to expand the scope of the litigation in the hope of bolstering its legal rights in individual cases. This approach does not bring the case within the scope of the advance costs remedy. Specifically, the systemic review is not necessarily based on the prohibition, detention, or even delay of any books belonging to L. [51-53]

While L's constitutional rights should not be understated, it has not provided *prima facie* evidence that it remains the victim of unfair targeting. The fact that Customs continues to detain large quantities of imported material, including high proportions of gay and lesbian material, is not, in itself, *prima facie* evidence that Customs officials are performing their task improperly, much less unconstitutionally. With respect to the systemic review, the efficacy of Customs' changes to its practices in the wake of *Little Sisters No. 1* cannot be determined to be insufficient on the basis of the number of decisions that have been unfavourable to L. [54-56]

The history of L's relations with Customs should not be understated either, but it does not justify the advance costs application. This history cannot be used to establish that an injustice will result if insufficient funds preclude L from arguing the systemic review. The battle L seeks to fight through the systemic review is, strictly speaking, unnecessary. It is the four books appeal that lies at the heart of L's claim against Customs; the systemic review is simply an attempt by L to investigate

minimale nécessaire pour que l'affaire suive son cours. En conséquence, les tribunaux devraient limiter les tarifs et les heures de travail juridique pouvant être facturés et plafonner la provision pour frais à un montant global convenable. Ils devraient aussi envisager la possibilité de déduire le montant de la provision pour frais des dommages-intérêts obtenus à l'issue du procès. [35-43]

La demande de L est insuffisante pour autoriser la conclusion que l'exigence des circonstances particulières est remplie. Le contexte dans lequel le bien-fondé est examiné est coloré par la nécessité d'établir le caractère exceptionnel de l'affaire. L'appel concernant les quatre livres, dans lequel L allègue que les Douanes adoptent une attitude discriminatoire à l'égard d'une partie de ses marchandises, conserve une portée extrêmement limitée. L n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces quatre livres font partie intégrante de ses activités ou même qu'ils sont importants pour celles-ci. Dans ce contexte, il est impossible de conclure que L se trouve dans la situation extraordinaire qui justifierait l'attribution d'une provision pour frais. Essentiellement, L recourt à la révision systémique pour tenter d'élargir la portée du litige de manière à renforcer les droits que lui reconnaît la loi dans chaque cas particulier. Cette démarche ne justifie pas, en l'espèce, l'attribution d'une réparation consistant en une provision pour frais. Plus précisément, la révision systémique n'est pas nécessairement fondée sur le fait que des livres appartenant à L sont interdits, retenus ou tardent même à lui parvenir. [51-53]

Bien qu'il ne faille pas sous-estimer les droits constitutionnels de L, cette dernière n'a présenté aucune preuve *prima facie* qu'elle continue d'être injustement ciblée. Le fait que les Douanes continuent de retenir une grande quantité de matériel importé, dont une grande part de matériel gai et lesbien, ne constitue pas en soi une preuve *prima facie* que les fonctionnaires des Douanes s'acquittent de leur tâche de manière irrégulière et encore moins de manière inconstitutionnelle. En ce qui concerne la révision systémique, l'efficacité des changements que les Douanes ont apportés à leurs pratiques à la suite de l'arrêt *Little Sisters n^{o} 1* ne peut pas être qualifiée d'insuffisante en raison du nombre de décisions défavorables à L. [54-56]

Bien qu'ils ne doivent pas être sous-estimés non plus, les rapports antérieurs de L avec les Douanes ne justifient pas sa demande de provision pour frais. Ces rapports antérieurs ne peuvent pas être invoqués pour établir qu'une injustice résultera si L ne peut pas débattre la question de la révision systémique parce qu'elle dispose de fonds insuffisants. La bataille que L veut livrer au moyen de la révision systémique est, à proprement parler, inutile. C'est l'appel concernant les quatre livres qui se situe au

Customs' practices independently of this context. [57-58]

In the present case, the issues raised do not transcend the litigant's individual interests. Because L has chosen to investigate Customs' general operations under the systemic review, the four books appeal concerns no interest beyond that of L itself and, as a consequence, is not special enough to justify an award of advance costs. The legal issues being raised by L in the four books appeal were already considered, and ruled upon, in *Little Sisters No. 1*. At most, the four books appeal deals with the application of *Little Sisters No. 1* to a specific set of facts. Moreover, the constitutional issues underlying L's claim do not satisfy the public importance criterion. The four books appeal does not address the issue of whether Customs is, in general, correctly applying the legal test for obscenity; rather, it is limited to the question of whether Customs reached the right result in prohibiting four specific titles. While evidence about Customs' general practices may arise incidentally in the course of the four books appeal, the broader issues raised by L are being considered separately, as part of the systemic review. Under the systemic review, L has sought to demonstrate the far-reaching importance of this litigation by arguing that proof that Customs has disobeyed a court order would have great ramifications. However, short of imputing bad faith to Customs, a finding that its present practices do not meet this Court's dictates would not impugn the integrity of the government at large. Such a finding does not rise to the level of general public importance simply because it concerns a public body. Finally, not all *Charter* litigation is of exceptional public importance, even if it involves allegations of infringements of freedom of expression. What must be proved is that the alleged *Charter* breach begs to be resolved in the public interest. Where, as here, only one of the possible results on the merits could render the case publicly important, the court should not conclude that the public importance requirement is met. It is in general only when the public importance of a case can be established regardless of the ultimate holding on the merits that a court should consider the public importance requirement satisfied. [60-66]

cœur de l'action que L a intentée contre les Douanes; la révision systémique ne représente qu'une simple tentative de L d'enquêter sur les pratiques des Douanes indépendamment du présent contexte. [57-58]

En l'espèce, les questions soulevées ne dépassent pas le cadre des intérêts du plaideur. Du fait que L a choisi d'enquêter sur les activités générales des Douanes dans le cadre de la révision systémique, l'appel concernant les quatre livres ne vise aucun autre intérêt que celui de L elle-même et n'est donc pas suffisamment particulier pour justifier l'attribution d'une provision pour frais. Les questions juridiques que L soulève dans le cadre de l'appel concernant les quatre livres ont déjà été examinées et tranchées dans l'arrêt *Little Sisters n^{o} 1*. Au mieux, l'appel concernant les quatre livres porte sur l'application de l'arrêt *Little Sisters n^{o} 1* à un ensemble particulier de faits. De plus, les questions constitutionnelles qui sous-tendent la demande de L ne satisfont pas au critère de l'importance pour le public. L'appel concernant les quatre livres ne porte pas sur la question de savoir si, en général, les Douanes appliquent correctement le critère juridique d'obscénité; il se limite plutôt à la question de savoir si les Douanes sont arrivées au bon résultat en interdisant quatre titres particuliers. Même si des éléments de preuve sur les pratiques générales des Douanes peuvent surgir de manière incidente dans le cadre de l'appel concernant les quatre livres, les questions générales soulevées par L sont examinées séparément dans le cadre de la révision systémique. Dans le cadre de la révision systémique, L a tenté de démontrer que la présente instance revêt une importance considérable, en soutenant que la preuve que les Douanes ne se sont pas conformées à une ordonnance judiciaire aurait des répercussions majeures. Toutefois, sans aller jusqu'à imputer de la mauvaise foi aux Douanes, conclure que leurs pratiques actuelles ne respectent pas les prescriptions de notre Cour ne compromettrait pas l'intégrité du gouvernement en général. Une telle conclusion ne revêt pas une importance générale pour le public du seul fait qu'elle vise un organisme public. Enfin, les poursuites fondées sur la *Charte* ne revêtent pas toutes une importance exceptionnelle pour le public, même dans le cas où elles comportent des allégations d'atteinte à la liberté d'expression. Il faut prouver qu'il est dans l'intérêt public de déterminer si l'allégation de violation de la *Charte* est fondée. Dans le cas où, comme en l'espèce, un seul des résultats possibles quant au fond pourrait rendre l'affaire importante pour le public, le tribunal ne devrait pas conclure que l'exigence de l'importance pour le public est remplie. En général, un tribunal devrait considérer que cette exigence est remplie uniquement dans le cas où l'importance d'une affaire pour le public peut être établie sans égard à la décision qui sera rendue en définitive sur le fond. [60-66]

Absent exceptional circumstances, it is not necessary to address L's impecuniosity. Had the three parts of the *Okanagan* test been met, the court would still have to exercise its discretion to decide whether advance costs ought to be awarded or whether another type of order is justified. In exercising its discretion, the court must remain sensitive to any concerns that did not arise in its analysis of the test. In the case at bar, these concerns would have prompted the chambers judge to exercise her discretion against an advance costs award in respect of the systemic review since the possibility of hearing the four books appeal before conducting the systemic review was an alternative to her advance costs award. [67] [72] [75]

Per McLachlin C.J. and Charron J.: In certain cases raising special circumstances, judges, invoking their equitable jurisdiction, may order one party to pay the other's interim costs where it is necessary to avoid unfairness or injustice. When interim costs are ordered in public interest cases, the issues raised must transcend the individual interests of the particular litigant and have special interest for the broader community. However, even in public interest litigation, the common law requirement for special circumstances must still be established as a pre-condition of interim costs. The three criteria for an order for advance costs therefore are: (1) impecuniosity; (2) a meritorious case; and (3) special circumstances making this extraordinary exercise of the court's power appropriate. The order is in the court's discretion, provided the conditions are made out. [83] [86-88]

Here, the chambers judge failed to consider whether the case displayed special circumstances and the Court of Appeal correctly set aside the interim costs order. While the chambers judge's findings concerning L's inability to finance the litigation and the merit of the case should not be disturbed, the third pre-condition for an order of interim costs is not met, not because the case entirely lacks public interest, but because it does not rise to the level of the special circumstances required to give the court jurisdiction to make the order. At stake in this case is the prospect of not learning how Customs proceeded on the four books appeal. The possible insight into Customs' practices and the limited potential remedy do not rise to the level of compelling

À défaut de circonstances exceptionnelles, il n'est pas nécessaire d'aborder la question du manque de ressources de L. Si les trois volets du critère de l'arrêt *Okanagan* avaient été respectés, le tribunal devrait encore exercer son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient d'accorder une provision pour frais ou de rendre un autre type d'ordonnance. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit demeurer attentif à toute préoccupation qui n'a pas été soulevée dans son analyse du critère. En l'espèce, ces préoccupations auraient incité la juge en chambre à exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser la provision pour frais à l'égard de la révision systémique, étant donné que la possibilité d'entendre l'appel concernant les quatre livres avant de passer à la révision systémique était une solution de rechange à la provision pour frais qu'elle a consentie. [67] [72] [75]

La juge en chef McLachlin et la juge Charron : Dans certaines affaires qui présentent des circonstances particulières, un juge peut invoquer sa compétence d'equity pour ordonner à une partie de verser à l'autre partie une provision pour frais si c'est nécessaire pour éviter une iniquité ou injustice. Lorsqu'une provision pour frais est ordonnée dans une affaire d'intérêt public, les questions soulevées doivent dépasser le cadre des intérêts du plaideur et présenter un intérêt spécial pour la collectivité en général. Cependant, même dans le cadre d'une instance d'intérêt public, il faut tout de même établir que la condition de common law des circonstances particulières est remplie pour que la provision pour frais puisse être ordonnée. Les trois conditions qui doivent être réunies pour qu'une ordonnance accordant une provision pour frais soit rendue sont donc les suivantes : (1) le manque de ressources, (2) l'affaire vaut d'être instruite et (3) l'existence de circonstances particulières justifiant l'exercice exceptionnel de ce pouvoir judiciaire. Cette ordonnance relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui peut la rendre seulement s'il est établi que les conditions sont remplies. [83] [86-88]

En l'espèce, la juge en chambre ne s'est pas demandé si l'affaire présentait des circonstances particulières, et la Cour d'appel a annulé à juste titre l'ordonnance accordant une provision pour frais. Bien qu'il n'y ait pas lieu de modifier les conclusions de la juge en chambre relatives à l'incapacité de L de financer l'instance et au bien-fondé de l'affaire, la troisième condition préalable de l'ordonnance accordant une provision pour frais n'est pas remplie, non pas en raison de l'absence totale d'intérêt public, mais parce que l'affaire ne présente pas les circonstances particulières requises pour qu'un tribunal soit fondé à rendre cette ordonnance. En l'espèce, l'enjeu est le risque qu'on n'apprenne pas comment les Douanes ont agi relativement à l'appel concernant les

public importance or demonstrate systemic injustice. This case does not fall into the narrow class of cases where one party may be ordered to pay the interim costs of the other party. [89-90] [94] [99] [101] [109]

Per Binnie and Fish JJ. (dissenting): The ramifications of *Little Sisters No. 1* go to the heart and soul of L's present application. Systemic discrimination by Customs officials and unlawful interference with free expression were clearly established in the earlier case, and numerous *Charter* violations and systemic problems in the administration of Customs legislation were found. In its application for advance costs in this case, L contended that the systemic abuses established in the earlier litigation have continued, and that Customs has shown itself to be unwilling to administer the Customs legislation fairly and without discrimination. The question of public importance is this: was the Minister as good as his word in 2000 when his counsel assured the Court that the appropriate reforms had been implemented? The chambers judge, from whose decision the present appeal has been taken, concluded that L had established a *prima facie* case that the promised reforms had not been implemented. Having listened to evidence and argument, she ordered interim funding subject to a stringent costs control order, the terms of which have now been agreed to. The present proceeding is not the beginning of a litigation journey. It is 12 years into it. [114] [116] [120]

If shown to be true, L's allegations mean that it has suffered special damage as a result of a systemic failure of Customs to respect the constitutional rights of readers and writers as well as importers. The public has an interest in whether its government respects the law and operates in relation to its citizens in a non-discriminatory fashion. That is where the interest of this litigation transcends L's private interest. [130]

In this case, the pre-conditions set out in *Okanagan* for an order of advance costs are satisfied. First, as found by the chambers judge, and as accepted by the Chief Justice, the impecuniosity requirement is met. Alternate sources of funding were explored, and a finding of impecuniosity should not depend on the existence of other parties able to bring a similar claim. Second, as the Chief Justice also agrees, the claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious. Third, the issues raised are

quatre livres. Les indications possibles sur les pratiques des Douanes et la réparation limitée qui pourrait résulter n'atteignent pas un niveau déterminant d'importance pour le public et ne démontrent pas non plus l'existence d'une injustice systémique. La présente affaire n'entre pas dans la catégorie restreinte des cas où une partie peut se voir ordonner de payer une provision pour frais à l'autre partie. [89-90] [94] [99] [101] [109]

Les juges Binnie et Fish (dissidents) : Les ramifications de l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1* sont cruciales en ce qui concerne la présente demande de L. L'existence de discrimination systémique de la part des fonctionnaires des douanes et d'atteinte illégale à la liberté d'expression a été clairement établie dans l'instance antérieure, et de nombreuses violations de la *Charte* et des problèmes systémiques d'application de la législation douanière ont été constatés. Dans la demande de provision pour frais qu'elle présente en l'espèce, L soutient que les abus systémiques dont l'existence a été établie dans l'instance antérieure se sont poursuivis et que les Douanes ne se sont pas montrées disposées à appliquer la législation douanière de manière équitable et non discriminatoire. La question d'importance pour le public est la suivante : le ministre donnait-il l'heure juste en 2000 lorsque son avocat a assuré la Cour que les réformes appropriées avaient été mises en œuvre? La juge en chambre, dont la décision est à l'origine du présent pourvoi, a conclu que L avait établi une preuve *prima facie* que les réformes promises n'avaient pas été mises en œuvre. Après avoir entendu la preuve et l'argumentation, la juge en chambre a accordé une provision pour frais sous réserve d'une ordonnance prescrivant un contrôle rigoureux des coûts, dont les modalités sont maintenant l'objet d'un commun accord. La présente affaire ne fait pas que débuter, elle dure depuis 12 ans. [114] [116] [120]

Si elles s'avèrent, les allégations de L signifieront que le défaut systémique des Douanes de respecter les droits constitutionnels des lecteurs, des écrivains et des importateurs lui a causé un préjudice particulier. La population a le droit de savoir si son gouvernement respecte la loi et traite ses citoyens d'une manière non-discriminatoire. C'est là que l'intérêt du présent litige dépasse le cadre des intérêts de L. [130]

En l'espèce, les conditions qui, selon l'arrêt *Okanagan*, doivent être réunies pour qu'une provision pour frais soit accordée sont remplies. Premièrement, comme l'a conclu la juge en chambre et l'a accepté la Juge en chef, la condition du manque de ressources est remplie. D'autres possibilités de financement ont été examinées et une conclusion d'impécuniosité ne devrait pas dépendre du fait que d'autres parties sont en mesure d'intenter une action semblable. Deuxièmement, comme en convient

of public importance and transcend individual interests. Given that 70 percent of Customs detentions are of gay and lesbian material, there is unfinished business of high public importance left over from *Little Sisters No. 1*. While the proposed systemic review would be an impermissible expansion of the four books appeal, the four books appeal permits L to explore, within a limited context, the process under which the importation of these books was banned, and to that extent provides an opportunity for the systemic issues to be canvassed. Whether the chambers judge's discretion is formulated in terms of "rare and exceptional" circumstances (as held in *Okanagan*), or the "special circumstances" formulated by the Chief Justice in this case, the test is satisfied. Although the chambers judge erred in principle in ordering advance costs for the so-called systemic review (because there is no such action pending), she properly exercised her discretion in awarding advance costs with respect to the four books appeal. There is no basis on which to interfere with the exercise of her discretion that this is an exceptional case of special public importance that should not be defeated by L's lack of funds. [131] [133] [141] [145] [148] [153] [156-158]

It is appropriate to cap the maximum potential public contribution to the four books appeal at $300,000, subject to further order of the case management judge. To the extent that L can make a contribution to the costs, it should also be required to do so. If L is successful and substantial damages are awarded, it should be obligated to repay the entire amount of the advance costs plus interest at the usual prejudgment rate as a first charge on any such award of damages. [159-161]

Cases Cited

By Bastarache and LeBel JJ.

Applied: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71; **referred to:** *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Office and Professional Employees'*

également la Juge en chef, la demande vaut *prima facie* d'être instruite. Troisièmement, les questions soulevées revêtent une importance pour le public et dépassent le cadre d'intérêts individuels. Étant donné que 70 pour 100 des retenues effectuées par les Douanes portent sur du matériel gai et lesbien, l'arrêt *Little Sisters nº 1* n'a pas tout réglé et il reste à trancher un aspect d'une grande importance pour le public. La révision systémique proposée élargirait de manière inacceptable la portée de l'appel concernant les quatre livres, mais cet appel donne à L la possibilité d'étudier, dans un contexte limité, le processus en vertu duquel l'importation de ces livres a été interdite et permet, dans cette mesure, d'examiner les questions systémiques. Peu importe que le pouvoir discrétionnaire de la juge en chambre soit formulé sous l'angle des circonstances « rares et exceptionnelles » (comme dans l'arrêt *Okanagan*) ou sous celui des « circonstances spéciales ou particulières » mentionnées par la Juge en chef en l'espèce, le critère est respecté. Bien qu'elle ait commis une erreur de principe en ordonnant le versement d'une provision pour frais pour la soi-disant révision systémique (du fait qu'aucune action de cette nature n'est en cours), la juge en chambre a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en accordant une provision pour frais relativement à l'appel concernant les quatre livres. Il n'y a aucune raison de modifier sa décision, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, selon laquelle il s'agit d'un cas exceptionnel d'une importance particulière pour le public où L ne devrait pas se voir forcée de renoncer à agir en justice à cause d'un manque de fonds. [131] [133] [141] [145] [148] [153] [156-158]

Il convient de plafonner à 300 000 $ la contribution publique à l'appel concernant les quatre livres, sous réserve d'une autre ordonnance de la juge responsable de la gestion de l'instance. Dans la mesure où L peut contribuer aux coûts, elle devrait être tenue de le faire. Si elle a gain de cause et obtient des dommages-intérêts substantiels, L devrait être tenue de rembourser en priorité sur ceux-ci le montant total de la provision pour frais, majoré des intérêts au taux habituel des intérêts avant jugement. [159-161]

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et LeBel

Arrêt appliqué : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71; **arrêts mentionnés :** *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Office and*

International Union, Local 378 v. British Columbia (Hydro and Power Authority), [2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8; *MacDonald v. University of British Columbia* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *Valhalla Wilderness Society v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 120; *Sierra Club of Western Canada v. British Columbia (Chief Forester)* (1994), 117 D.L.R. (4th) 395, aff'd (1995), 126 D.L.R. (4th) 437; *R. (Corner House Research) v. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9; *R. v. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357.

By McLachlin C.J.

Referred to: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71, aff'g (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642; *Organ v. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, aff'g (1992), 10 O.R. (3d) 321.

By Binnie J. (dissenting)

Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice), [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241; *R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(*b*), 15(1), 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163(8).
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 67, 71.
Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, Sch. VII, Code 9956.
Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, r. 57(9).

Authors Cited

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, vol. I, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2005).

Professional Employees' International Union, Local 378 c. British Columbia (Hydro and Power Authority), [2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8; *MacDonald c. University of British Columbia* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Valhalla Wilderness Society c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 120; *Sierra Club of Western Canada c. British Columbia (Chief Forester)* (1994), 117 D.L.R. (4th) 395, conf. par (1995), 126 D.L.R. (4th) 437; *R. (Corner House Research) c. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9; *R. c. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, conf. (2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642; *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, conf. (1992), 10 O.R. (3d) 321.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Minister of Justice)* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241; *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*b*), 15(1), 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163(8).
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^{e} suppl.), art. 67, 71.
Rules of Court, B.C. Reg. 221/90, art. 57(9).
Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, ann. VII, code 9956.
Tarif des douanes, L.C. 1997, ch. 36.

Doctrine citée

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, vol. I, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2005).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Thackray and Oppal JJ.A.) (2005), 249 D.L.R. (4th) 695, 208 B.C.A.C. 246, 344 W.A.C. 246, 38 B.C.L.R. (4th) 288, 193 C.C.C. (3d) 491, 7 C.P.C. (6th) 333, 127 C.R.R. (2d) 165, [2005] B.C.J. No. 291 (QL), 2005 BCCA 94, setting aside a decision of Bennett J. (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, [2004] B.C.J. No. 1241 (QL), 2004 BCSC 823. Appeal dismissed, Binnie and Fish JJ. dissenting.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Irene Faulkner*, for the appellant.

Cheryl J. Tobias and *Brian McLaughlin*, for the respondents.

Janet E. Minor and *Mark Crow*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

J. J. Camp, Q.C., and *Melina Buckley*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Cynthia Petersen, for the intervener Egale Canada Inc.

Chris Tollefson and *Robert V. Wright*, for the interveners the Sierra Legal Defence Fund and the Environmental Law Centre.

The judgment of Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

BASTARACHE AND LEBEL JJ. —

1. Introduction

1 The appellant, Little Sisters Book and Art Emporium, is a corporation that operates a bookstore serving the gay and lesbian community in Vancouver. The issue in this appeal is whether it is proper for the appellant to have the costs of its court battle against the respondents (collectively referred to as "Customs") funded by the public purse by means of the exceptional advance (or interim) costs

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Thackray et Oppal) (2005), 249 D.L.R. (4th) 695, 208 B.C.A.C. 246, 344 W.A.C. 246, 38 B.C.L.R. (4th) 288, 193 C.C.C. (3d) 491, 7 C.P.C. (6th) 333, 127 C.R.R. (2d) 165, [2005] B.C.J. No. 291 (QL), 2005 BCCA 94, qui a infirmé une décision de la juge Bennett (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, [2004] B.C.J. No. 1241 (QL), 2004 BCSC 823. Pourvoi rejeté, les juges Binnie et Fish sont dissidents.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Irene Faulkner*, pour l'appelante.

Cheryl J. Tobias et *Brian McLaughlin*, pour les intimés.

Janet E. Minor et *Mark Crow*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

J. J. Camp, c.r., et *Melina Buckley*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Cynthia Petersen, pour l'intervenante Egale Canada Inc.

Chris Tollefson et *Robert V. Wright*, pour les intervenants Sierra Legal Defence Fund et Environmental Law Centre.

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein rendu par

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL —

1. Introduction

L'appelante Little Sisters Book and Art Emporium est une société qui exploite une librairie desservant la communauté gaie et lesbienne de Vancouver. Il s'agit, en l'espèce, de déterminer si l'appelante peut à bon droit obtenir que sa bataille judiciaire contre les intimés (collectivement appelés les « Douanes ») soit financée par les deniers publics au moyen de l'ordonnance exceptionnelle

order contemplated in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71. In our view, the appellant cannot succeed.

The situation in *Okanagan* was clearly out of the ordinary. The bands had been thrust into complex litigation against the government that they could not pay for, and the case raised issues vital both to their survival and to the government's approach to aboriginal rights. The issue before the Court in that case was whether the bands' inability to pay should have the effect of leaving constitutional rights unenforceable and public interest issues unresolved. Mindful of the serious consequences to the bands and of the contours of the anticipated litigation, this Court decided that a real injustice would result if the courts refused to exercise their equitable jurisdiction in respect of costs and if, as a consequence, the bands' impecuniosity prevented the trial from proceeding.

The situation in the present case differs from that in *Okanagan*. A small business corporation is in particular engaging in litigation to gain the release of merchandise that was stopped at the border. On its face, this dispute is no different from any other one that could be initiated by the many Canadians whose shipments may be detained and scrutinized by Customs before they are allowed to receive them. But the history of this case reveals more. Understandably frustrated after years of court battles with Customs over similar issues, this corporation has chosen to enlarge the scope of the litigation and to pursue a broad inquiry into Customs' practices. The appellant wants its present interests, as well as its (and other importers') future interests, settled for good, and it wants to stop Customs from prohibiting any more imports until its complaints are resolved.

The question in this appeal is not whether the appellant has a good cause of action, but whether the cost of the corporation's attempt to get Customs

accordant une provision pour frais, prévue dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71. À notre avis, elle ne saurait avoir gain de cause.

2 La situation dans l'affaire *Okanagan* était clairement inhabituelle. Les bandes avaient été plongées dans un litige complexe qui les opposait au gouvernement et qu'elles étaient incapables de financer, alors que l'affaire soulevait des questions d'une importance cruciale à la fois pour leur survie et pour l'approche du gouvernement en matière de droits ancestraux. La question soumise à la Cour dans cette affaire était de savoir si l'incapacité de payer des bandes devrait avoir pour effet d'empêcher l'application de droits constitutionnels et de laisser en suspens des questions d'intérêt public. Consciente de la gravité des conséquences pour les bandes et des limites du litige présagé, la Cour a décidé que le refus des tribunaux d'exercer leur compétence d'equity en matière de dépens entraînerait une véritable injustice si le manque de ressources des bandes empêchait le procès de suivre son cours.

3 La situation en l'espèce diffère de celle qui se présentait dans l'affaire *Okanagan*. Une société exploitant une petite entreprise engage notamment des procédures pour obtenir le dédouanement de marchandises retenues à la frontière. À première vue, ce conflit ne diffère pas de ceux que pourraient déclencher les nombreux Canadiens dont les commandes seraient retenues ou examinées par les Douanes avant qu'elles leur soient remises. Mais il y a plus. Naturellement irritée après avoir passé des années à affronter les Douanes devant les tribunaux relativement à des questions similaires, cette société a décidé d'élargir la portée du litige et de procéder à une vaste enquête sur les pratiques des Douanes. L'appelante tient à ce que la question de ses droits présents et de ses droits (et ceux des autres importateurs) futurs soit tranchée définitivement, et elle veut empêcher les Douanes de prohiber d'autres importations jusqu'à ce que ses plaintes soient réglées.

4 La question en l'espèce est non pas de savoir si l'appelante a une cause d'action valable, mais plutôt si les contribuables canadiens devraient supporter

to release its merchandise, or the costs of its broad inquiry into Customs' practices, should be borne by the Canadian taxpayer. An exceptional order such as this can be made only in special circumstances, like those in *Okanagan*, subject to stringent conditions and to the appropriate procedural controls. In our opinion, the appellant's application meets none of the requirements developed by the Court in that decision.

5 The fact that the appellant's claim would not be summarily dismissed does not suffice to establish that interim costs should be granted to allow it to proceed. That is not the proper test. Quite unfortunately, financial constraints put potentially meritorious claims at risk every day. Faced with this dilemma, legislatures have offered some responses, although these may not address every situation. Legal aid programs remain underfunded and overwhelmed. Self-representation in courts is a growing phenomenon. *Okanagan* was not intended to resolve all these difficulties. The Court did not seek to create a parallel system of legal aid or a court-managed comprehensive program to supplement any of the other programs designed to assist various groups in taking legal action, and its decision should not be used to do so. The decision did not introduce a new financing method for self-appointed representatives of the public interest. This Court's *ratio* in *Okanagan* applies only to those few situations where a court would be participating in an injustice — against the litigant personally and against the public generally — if it did not order advance costs to allow the litigant to proceed.

2. Facts

6 The appellant is a business corporation that operates the Little Sisters Book and Art Emporium, an establishment that caters to the lesbian and gay community of Vancouver. Book sales represent 30 to 40 percent of the appellant's business. Although

les frais qu'elle a engagés pour amener les Douanes à dédouaner ses marchandises ou pour procéder à sa vaste enquête sur les pratiques des Douanes. Une telle ordonnance exceptionnelle ne peut être rendue que dans des circonstances particulières, comme celles de l'affaire *Okanagan*, et sous réserve de conditions strictes et des contrôles procéduraux indiqués. À notre avis, la demande de l'appelante ne satisfait à aucune des exigences que la Cour a établies dans cet arrêt.

Le fait que la demande de l'appelante ne serait pas rejetée sommairement ne suffit pas pour établir qu'il y a lieu d'accorder une provision pour frais pour en permettre l'instruction. Tel n'est pas le critère applicable. Fort malheureusement, des contraintes financières compromettent, chaque jour, l'examen de demandes qui peuvent être fondées. Placées devant ce dilemme, les législatures ont proposé des réponses qui ne remédient pas nécessairement à toutes les situations. Les programmes d'aide juridique demeurent sous-capitalisés et débordés. La non-représentation par un avocat devient de plus en plus fréquente devant les tribunaux. L'arrêt *Okanagan* n'était pas censé résoudre toutes ces difficultés. La Cour n'a pas cherché à établir un système parallèle d'aide juridique ou un vaste programme géré par les tribunaux, afin de compléter tout autre programme destiné à aider divers groupes à ester en justice, et sa décision ne doit pas servir à le faire. Cette décision n'a pas créé une nouvelle méthode de financement pour les plaideurs qui s'autoproclament représentants de l'intérêt public. Le raisonnement de notre Cour dans l'arrêt *Okanagan* ne s'applique qu'aux rares cas où un tribunal contribuerait à une injustice — envers le plaideur personnellement et envers le public en général — s'il n'accordait pas la provision pour frais requise pour que le plaideur puisse aller de l'avant.

2. Les faits

L'appelante est une société commerciale qui exploite l'entreprise Little Sisters Book and Art Emporium desservant la communauté gaie et lesbienne de Vancouver. Les ventes de livres représentent 30 à 40 pour 100 des activités de

the appellant's asset value has grown significantly in recent years, from $218,446 in 2000 to $324,618 in 2003, it still struggles to make a profit. It has never netted more than $25,000 in one year, and in 2003 it lost almost $60,000. Recent losses are at least partly attributable to an embezzlement of $85,000.

l'appelante. Bien que la valeur de son actif ait augmenté considérablement au cours des dernières années, passant de 218 446 $ en 2000 à 324 618 $ en 2003, l'appelante parvient encore mal à réaliser un bénéfice. Son bénéfice net n'a jamais dépassé 25 000 $ par année et, en 2003, ses pertes ont atteint presque 60 000 $. Des pertes récentes sont dues, tout au moins en partie, à un détournement de 85 000 $.

The appellant's claim for advance costs must be considered in the context of the history of litigation between these two parties. When the present litigation began, the appellant had already fought a protracted legal battle against Customs, which culminated in this Court's decision in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ("*Little Sisters No. 1*"). In that case, the appellant, along with its shareholders, James Eaton Deva and Guy Bruce Smyth, challenged the constitutionality of Customs' procedures for detaining obscene material and of the legislative foundation for those procedures. Writing for the majority of this Court, Binnie J. agreed that Customs' practices at the time infringed ss. 2(*b*) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He also determined that the burden of proving obscenity rested with the person alleging it. However, Binnie J. held that the provisions of the *Customs Act* themselves were constitutional. 7

Il faut examiner la demande de provision pour frais de l'appelante en fonction des poursuites qui ont opposé ces deux parties dans le passé. Lorsque le présent litige a pris naissance, l'appelante avait déjà livré aux Douanes une longue bataille judiciaire qui a abouti à l'arrêt de notre Cour *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (« *Little Sisters n^o 1* »). Dans cette affaire, l'appelante, ainsi que ses actionnaires James Eaton Deva et Guy Bruce Smyth, contestaient la constitutionnalité des méthodes utilisées par les Douanes pour retenir le matériel obscène, ainsi que du fondement législatif de ces méthodes. S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, le juge Binnie a convenu que les pratiques des Douanes à l'époque contrevenaient à l'al. 2*b*) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a aussi décidé que la charge de prouver l'obscénité incombait à la partie qui invoquait ce moyen. Le juge Binnie a toutefois conclu que les dispositions mêmes de la *Loi sur les douanes* étaient constitutionnelles.

The remedy sought by the appellant and its shareholders in *Little Sisters No. 1* was an injunction whose terms were generally the same as those of the injunction requested by the appellant in the case at bar. Binnie J. felt that a remedy of this nature was not warranted. He wrote the following, at para. 157: 8

Dans l'affaire *Little Sisters n^o 1*, la réparation sollicitée par l'appelante et ses actionnaires était une injonction identique, dans l'ensemble, à celle que l'appelante demande en l'espèce. Le juge Binnie a estimé qu'une réparation de cette nature n'était pas justifiée. Il a écrit ceci, au par. 157 :

I conclude, with some hesitation, that it is not practicable to [offer a structured s. 24(1) remedy]. The trial concluded on December 20, 1994. We are told that in the past six years, Customs has addressed the institutional and administrative problems encountered by the appellants. In the absence of more detailed information as to what precisely has been done, and the extent to which (if at all) it has remedied the situation, I am not prepared to

C'est avec une certaine réticence que je conclus [qu'une réparation structurée en vertu du par. 24(1)] n'est pas réalisable. Le procès s'est terminé le 20 décembre 1994. On nous dit qu'au cours des six dernières années, les Douanes ont corrigé les problèmes institutionnels et administratifs éprouvés par les appelants. En l'absence de données plus précises sur ce qui a été fait exactement et sur la mesure dans laquelle on a ainsi remédié à la

endorse my colleague's conclusion that these measures are "not sufficient" (para. 262) and have offered "little comfort" (para. 265). Equally, however, we have not been informed by the appellants of the specific measures (short of declaring the legislation invalid or inoperative) that in the appellants' view would remedy any continuing problems.

He added that the "findings [in that case] should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme Court of British Columbia should they consider that further action is necessary" (para. 158). Costs were awarded to the appellant and its shareholders on a party-and-party basis.

9 The present litigation, the appellant suggests, is the "further action" that Binnie J. anticipated. Counsel for the appellant drew a direct line tracing his client's current legal battle to this Court's refusal to offer injunctive relief back in 2000. Still arguing that it was denied the appropriate remedy nearly six years ago, the appellant seeks to have Customs bear the financial burden of its fresh complaint on these new facts.

10 This dispute over costs is related to litigation spawned by Customs' July 5, 2001 detention of books destined for the appellant. On that date, eight titles — comprising 34 books — were detained by Customs on the basis that they were obscene. The appellant was able to obtain the release of four of these titles within a month. With four titles still being detained, the appellant chose to request a redetermination for only two: *Meatmen*, vol. 18, *Special S&M Comics Edition* and *Meatmen*, vol. 24, *Special SM Comics Edition* (the "Meatmen comics"). Customs again determined that these two titles were obscene. Arguing that they were incorrectly classified, on February 14, 2002, the appellant appealed the redetermination to the British Columbia Supreme Court, as it was entitled to do pursuant to ss. 67 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.).

situation (si tant est qu'on l'a fait), je ne suis pas prêt à souscrire à la conclusion de mon collègue selon laquelle ces mesures ne sont « pas suffisantes » (par. 262) et ne sont pas d'un « grand secours » (par. 265). Dans le même ordre d'idées, toutefois, les appelants ne nous ont pas indiqué quelles sont, à leur avis, les mesures précises (à défaut de déclarer les dispositions législatives invalides ou inopérantes) qui permettraient de corriger tout problème qui subsisterait.

Il a ajouté que les « constatations [dans cette affaire] devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient nécessaire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique » (par. 158). Des dépens comme entre parties ont été accordés à l'appelante et à ses actionnaires.

Selon l'appelante, le présent litige constitue l'« autre action » envisagée par le juge Binnie. L'avocat de l'appelante a établi un lien direct entre la présente bataille judiciaire de sa cliente et le refus de notre Cour d'accorder une injonction en 2000. Continuant d'alléguer qu'elle n'a pas eu droit à une réparation convenable il y a près de six ans, l'appelante cherche à faire supporter par les Douanes le fardeau financier de sa nouvelle plainte compte tenu de ces faits nouveaux.

Le présent litige relatif aux dépens est lié aux poursuites émanant de la décision des Douanes, le 5 juillet 2001, de retenir des livres destinés à l'appelante. Ce jour-là, les Douanes ont retenu huit titres — comprenant 34 livres — pour le motif qu'ils étaient obscènes. L'appelante a pu obtenir le dédouanement de quatre de ces titres dans un délai d'un mois. Quant aux quatre titres encore retenus, l'appelante a décidé de demander une révision concernant deux d'entre eux seulement : *Meatmen*, vol. 18, *Special S&M Comics Edition* et *Meatmen*, vol. 24, *Special SM Comics Edition* (les « bandes dessinées Meatmen »). Les Douanes ont de nouveau décidé que ces deux titres étaient obscènes. Prétendant que ces titres avaient été mal classés, l'appelante a, le 14 février 2002, porté cette révision en appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, comme elle en avait le droit en vertu des art. 67 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^{e} suppl.).

While the litigation with respect to the Meatmen comics proceeded, Customs detained another shipment of books destined for the appellant. Once again, some of the titles detained by Customs were released without the need for a redetermination. But after a redetermination, Customs still found two titles to be obscene: *Of Men, Ropes & Remembrance — The Stories from Bound & Gagged Magazine* and *Of Slaves & Ropes & Lovers* (the "Townsend books"). On September 26, 2003, the appellant appealed this decision to the British Columbia Supreme Court, seeking the same relief it was seeking with respect to the Meatmen comics.

The parties have agreed to have the appeals relating to the Meatmen comics and the Townsend books heard together. The prohibition of these four titles provides the factual basis for the appellant's claim on the merits.

In its appeals, the appellant asks for a reversal of the Customs' obscenity determinations, as well as a declaration that Customs has been construing and applying the relevant legislation in an unconstitutional manner. As a remedy, it seeks an injunction restraining Customs from applying certain sections of the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36, and the *Customs Act* to its goods. The appellant also requests damages and "[s]pecial or increased costs".

On August 14, 2002, the appellant also filed a Notice of Constitutional Question. Alleging a breach of s. 2(*b*) of the *Charter*, it is seeking the same remedies as specified above, but is using the constitutional question to broaden the scope of the injunction it seeks. In its Notice of Constitutional Question, the appellant states that it wants an order preventing Customs from applying the relevant sections of the *Customs Tariff* and the *Customs Act* to "anyone or, in the alternative, to the Appellant, until such time as the Court is satisfied that the unconstitutional administration will cease".

Pendant que se déroulait l'instance relative aux bandes dessinées Meatmen, les Douanes ont retenu un autre envoi de livres destiné à l'appelante. Là encore, certains titres retenus par les Douanes ont été dédouanés sans qu'une révision ait été nécessaire. Cependant, après une révision, les Douanes estimaient encore que deux titres étaient obscènes : *Of Men, Ropes & Remembrance — The Stories from Bound & Gagged Magazine* et *Of Slaves & Ropes & Lovers* (les « livres Townsend »). Le 26 septembre 2003, l'appelante a porté cette décision en appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, sollicitant la même réparation que pour les bandes dessinées Meatmen. 11

Les parties ont consenti à ce que les appels relatifs aux bandes dessinées Meatmen et aux livres Townsend soient entendus ensemble. L'interdiction de ces quatre titres constitue le fondement factuel de la demande au fond de l'appelante. 12

Dans ses appels, l'appelante sollicite l'infirmation des décisions en matière d'obscénité rendues par les Douanes, ainsi qu'un jugement déclarant que les Douanes ont interprété et appliqué d'une manière inconstitutionnelle les dispositions législatives pertinentes. À titre de réparation, elle sollicite une injonction interdisant aux Douanes d'appliquer à ses marchandises certaines dispositions du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36, et de la *Loi sur les douanes*. L'appelante réclame également des dommages-intérêts et des [TRADUCTION] « [d]épens spéciaux ou majorés ». 13

Le 14 août 2002, l'appelante a aussi déposé un avis de question constitutionnelle. Alléguant une violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*, elle demande les mêmes réparations que celles mentionnées plus haut, mais elle se sert de la question constitutionnelle pour élargir la portée de l'injonction demandée. Dans son avis de question constitutionnelle, l'appelante affirme qu'elle veut obtenir une ordonnance empêchant les Douanes d'appliquer les dispositions pertinentes du *Tarif des douanes* et de la *Loi sur les douanes* à [TRADUCTION] « qui que ce soit ou, subsidiairement, à l'appelante jusqu'à ce que la Cour soit convaincue que l'application inconstitutionnelle cessera ». 14

15 Bennett J. of the British Columbia Supreme Court, who is both the presiding judge in this case and the case management judge, defined the scope of the litigation in her ruling of February 6, 2003 ((2003), 105 C.R.R. (2d) 119, 2003 BCSC 148). Specifically, she approved the appellant's constitutional question and found that the appeal of Customs' decision to prohibit the appellant's books "gives a factual context to the issues raised by Little Sisters" (para. 24). That decision was not appealed.

16 On January 22, 2004, about a month after this Court released its decision in *Okanagan*, the appellant applied for advance costs, claiming, in the words of Bennett J., that it had "run out of money to pursue the litigation" (para. 6). As James Eaton Deva, a shareholder in the appellant, stated in his affidavit:

> After hearing [the testimony of Anne Kline, the official of Canada Customs who is responsible for making the final determination of obscenity], we were convinced that if her testimony reflected the way Canada Customs approached this issue, then it still had deep systemic problems. If true, then our ten-year battle, and partial victory in the Supreme Court of Canada, had failed to effect any significant change. In that case, a court determination that the *Meatmen* comics were not obscene would not be sufficient. Instead, we became convinced that the only way to rectify the problems in Canada Customs was a systemic remedy, not simply a ruling on individual books. We decided that we had an obligation to seek that remedy.

3. Judicial History

3.1 *British Columbia Supreme Court* (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823

17 On the application for advance costs in the British Columbia Supreme Court, Bennett J. ruled in favour of the appellant. She identified three "discrete, yet

La juge Bennett de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui préside la présente affaire et qui est responsable de la gestion de l'instance, a défini la portée du litige dans sa décision du 6 février 2003 ((2003), 105 C.R.R. (2d) 119, 2003 BCSC 148). Plus particulièrement, elle a approuvé la question constitutionnelle de l'appelante et a conclu que l'appel interjeté à l'encontre de la décision des Douanes d'interdire les livres de l'appelante [TRADUCTION] « confère un contexte factuel aux questions soulevées par Little Sisters » (par. 24). Cette décision n'a pas été portée en appel.

Le 22 janvier 2004, soit environ un mois après que notre Cour eut rendu l'arrêt *Okanagan*, l'appelante a demandé une provision pour frais en alléguant, pour reprendre les propos de la juge Bennett, qu'elle avait [TRADUCTION] « manqué d'argent pour poursuivre l'instance » (par. 6). Comme l'a indiqué dans son affidavit James Eaton Deva, un actionnaire de l'appelante :

> [TRADUCTION] Après avoir entendu [le témoignage d'Anne Kline, la fonctionnaire de Douanes Canada chargée de rendre la décision définitive en matière d'obscénité], nous étions convaincus que si son témoignage reflétait la façon dont Douanes Canada a abordé cette question, il y avait encore de graves problèmes systémiques. En l'occurrence, nos dix années de bataille et notre victoire partielle en Cour suprême du Canada n'avaient donné lieu à aucun changement significatif. Dans ce cas, une décision judiciaire que les bandes dessinées *Meatmen* n'étaient pas obscènes ne serait pas suffisante. Nous avons acquis la conviction que le seul moyen de remédier aux problèmes de Douanes Canada est d'obtenir une réparation systémique et non une simple décision concernant certains livres. Nous avons décidé que nous avions l'obligation de solliciter cette réparation.

3. Historique des procédures judiciaires

3.1 *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823

À propos de la demande de provision pour frais présentée en Cour suprême de la Colombie-Britannique, la juge Bennett a statué en faveur

linked, arguments" being advanced by the appellant (para. 15). The first issue for which the appellant sought an advance costs award was whether Customs had properly prohibited four titles that the appellant wanted to import (the "Four Books Appeal"). The second issue was whether Customs had addressed the systemic problems identified in *Little Sisters No. 1* (the "Systemic Review"). The third issue was whether the definition of obscenity established by this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, is unconstitutional (the "Constitutional Question").

de l'appelante. Elle a dégagé trois [TRADUCTION] « arguments distincts mais néanmoins connexes » avancés par l'appelante (par. 15). La première question que l'appelante a soulevée dans sa demande de provision pour frais était de savoir si les Douanes avaient interdit à bon droit quatre titres que l'appelante voulait importer (l'« appel concernant les quatre livres »). La deuxième question consistait à déterminer si les Douanes avaient résolu les problèmes systémiques relevés dans l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1* (la « révision systémique »). La troisième question était de savoir si la définition d'obscénité établie par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, est inconstitutionnelle (la « question constitutionnelle »).

Focussing first on the question of financial capacity, Bennett J. linked the "prohibitive" cost of appealing prohibition decisions to the fact that so few of them are brought to court (para. 19). In her brief analysis on this point, she applied a test of whether the litigant "genuinely cannot afford to pay for the litigation" and concluded that the appellant could not (paras. 21-22). Bennett J. also found that replacing the appellant's current counsel was not a "realistic option" (para. 24).

18 Examinant d'abord la question de la capacité financière, la juge Bennett a établi un lien entre le coût « prohibitif » d'un appel interjeté contre des interdictions et le fait qu'il y ait si peu de ces décisions qui sont soumises aux tribunaux (par. 19). Dans sa brève analyse de cette question, elle a appliqué un critère consistant à déterminer si le plaideur [TRADUCTION] « n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige », et a conclu que l'appelante n'en avait pas les moyens (par. 21-22). La juge Bennett a également conclu que remplacer l'avocat qui représentait alors l'appelante n'était pas une « option réaliste » (par. 24).

Bennett J. then turned to apply this Court's analysis from *Okanagan* separately to each of the three issues raised by the appellant. On the *prima facie* merit requirement, Bennett J. found that there was *prima facie* evidence that Customs was not applying the obscenity test from *Butler* correctly (para. 29). She also gave some credence to the argument that Customs' procedures, under which the decision maker in the internal appeal did not look at the materials presented to the adjudicators at first instance, were flawed (para. 30). This convinced her that the Four Books Appeal satisfied the *prima facie* merit prong of the *Okanagan* test. Bennett J. then disposed of this requirement in respect of the Systemic Review and the Constitutional Question, referring, on the former, to her holding on public importance and,

19 La juge Bennett a alors appliqué séparément à chacune des trois questions soulevées par l'appelante la grille d'analyse adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Okanagan*. Quant à l'exigence de bien-fondé à première vue, elle a conclu qu'il existait une preuve *prima facie* que les Douanes n'appliquaient pas correctement le critère d'obscénité établi dans l'arrêt *Butler* (par. 29). Elle a également ajouté foi, dans une certaine mesure, à l'argument voulant que les méthodes des Douanes, en vertu desquelles la personne chargée de statuer sur l'appel interne n'avait pas examiné les documents présentés aux décideurs en première instance, aient comporté des lacunes (par. 30). Cet argument l'a persuadée que l'appel concernant les quatre livres satisfaisait au volet du bien-fondé à première vue du critère de l'arrêt *Okanagan*. La juge Bennett a ensuite tranché la

on the latter, to changes in the decade since *Butler* (paras. 32-33).

20 Bennett J. turned next to the question of whether the issues raised "[go] beyond individual interests, are of public importance and have not been decided in other cases" (para. 34). For the Four Books Appeal, she concentrated on the detentions that continue to affect the appellant, the "dearth of case law in this area" and the importance of freedom of expression in a democracy (paras. 35-43). She concluded that, if Customs is indeed applying the legal test for obscenity incorrectly, the issue affects all book importers and is therefore of public importance.

21 On the public importance of the Systemic Review, Bennett J. began her analysis by noting the "large magnitude of detentions" by Customs (para. 48). She found that there was "some evidence" of continual targeting of gay and lesbian material, noted that the time requirements for review were not being met, and expressed her concern about some alleged inconsistencies in Customs' detention practices (paras. 49-52). Based on the past litigation between the parties, Bennett J. was sceptical of Customs' claim that it had recently changed its practices (paras. 53-58). In fact, she stated that there was a *prima facie* case that the problems in *Little Sisters No. 1* had not been "sufficiently addressed" (para. 59). Moving from this finding, Bennett J. held that the third requirement of *Okanagan* was satisfied, based on the constitutional issues at stake and the public's interest in knowing whether the government had failed to comply with a court order (para. 61).

question de cette exigence à l'égard de la révision systémique et de la question constitutionnelle, en mentionnant, dans le premier cas, sa conclusion sur l'importance pour le public et, dans le dernier cas, les changements survenus au cours de la décennie ayant suivi l'arrêt *Butler* (par. 32-33).

La juge Bennett s'est ensuite demandé si les questions soulevées [TRADUCTION] « transcend[ent] les intérêts individuels, si elles revêtent une importance pour le public et si elles n'ont pas été tranchées dans d'autres affaires » (par. 34). Quant à l'appel concernant les quatre livres, elle s'est concentrée sur les retenues qui continuent de toucher l'appelante, la « rareté de la jurisprudence dans ce domaine » et l'importance de la liberté d'expression dans une démocratie (par. 35-43). Elle a conclu que, si les Douanes appliquent effectivement mal le critère juridique d'obscénité, la question touche alors tous les importateurs de livres et revêt donc une importance pour le public.

Au sujet de l'importance de la révision systémique pour le public, la juge Bennett a commencé son analyse en soulignant [TRADUCTION] « l'ampleur considérable des retenues » effectuées par les Douanes (par. 48). Elle a décidé que « certains éléments de preuve » indiquaient que le matériel destiné aux gais et aux lesbiennes était constamment ciblé, en plus de noter que le délai imparti pour procéder à une révision n'était pas respecté, et de se dire préoccupée par de présumées incohérences dans les pratiques de retenue des Douanes (par. 49-52). En raison des poursuites qui avaient opposé les parties dans le passé, la juge Bennett mettait en doute la valeur de l'argument des Douanes voulant qu'elles aient récemment modifié leurs pratiques (par. 53-58). En fait, elle a affirmé qu'il existait une preuve *prima facie* qu'on ne s'était pas « suffisamment employé » à régler les problèmes relevés dans l'arrêt *Little Sisters n^{o} 1* (par. 59). Forte de cette conclusion, la juge Bennett a décidé que la troisième exigence de l'arrêt *Okanagan* était remplie compte tenu des enjeux constitutionnels et du fait qu'il était dans l'intérêt du public de savoir si le gouvernement avait omis de se conformer à une ordonnance judiciaire (par. 61).

However, Bennett J. did not find that the public importance requirement had been met with respect to the Constitutional Question. Referring to this Court's decisions in *Butler, R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, and *Little Sisters No. 1*, she held that the Constitutional Question did not raise an issue of public importance that had not been resolved in a previous case, as required by *Okanagan* (paras. 75-87). This holding has not been appealed.

Having determined that the three requirements in *Okanagan* were satisfied in respect of the Four Books Appeal and the Systemic Review, Bennett J. exercised her discretion in favour of ordering advance costs (paras. 44 and 63). She left the determination of the structure of the advance costs order and the quantum of the award to a later date (para. 94).

3.2 *British Columbia Court of Appeal* (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94

Leave to appeal Bennett J.'s advance costs decision to the British Columbia Court of Appeal was initially denied by Prowse J.A., in chambers. Two months later, a three-member panel of the Court of Appeal varied Prowse J.A.'s order and granted leave.

Writing for a unanimous court, Thackray J.A. allowed Customs' appeal. He began by commenting upon what he considered to be an "incompleteness" in the process (para. 25). Specifically, he felt that Bennett J.'s failure to consider the structure of the advance costs order and the quantum of the award undermined her order. After Bennett J.'s original order, the parties themselves had reached an agreement on structure and quantum.

Turning to the *Okanagan* criteria, Thackray J.A. focussed his attention on the impecuniosity and public importance requirements. On the *prima*

22 Toutefois, la juge Bennett a estimé que l'exigence de l'importance pour le public n'avait pas été remplie à l'égard de la question constitutionnelle. Mentionnant les arrêts de notre Cour *Butler, R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, et *Little Sisters n^{o} 1*, elle a décidé que la question constitutionnelle ne soulevait pas une question d'importance pour le public qui n'avait pas encore été tranchée, comme l'exige l'arrêt *Okanagan* (par. 75-87). Cette décision n'a pas été portée en appel.

23 Après avoir décidé que les trois conditions de l'arrêt *Okanagan* étaient remplies dans le cas de l'appel concernant les quatre livres et celui de la révision systémique, la juge Bennett a exercé son pouvoir discrétionnaire et a ordonné le versement d'une provision pour frais (par. 44 et 63). Elle a reporté à une autre date la détermination de la structure et du montant de la provision pour frais (par. 94).

3.2 *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94

24 La juge Prowse, siégeant en chambre, a d'abord rejeté la demande d'autorisation de porter en appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique la décision de la juge Bennett d'accorder une provision pour frais. Deux mois plus tard, une formation de trois juges de la Cour d'appel a modifié l'ordonnance de la juge Prowse et accueilli la demande d'autorisation.

25 S'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, le juge Thackray a accueilli l'appel des Douanes. Il a d'abord commenté ce qu'il considérait comme un [TRADUCTION] « aspect incomplet » du processus (par. 25). Plus précisément, il estimait que l'omission de la juge Bennett d'examiner la structure et le montant de la provision pour frais compromettait son ordonnance. Après l'ordonnance initiale de la juge Bennett, les parties elles-mêmes s'étaient entendues sur la structure et le montant.

26 Examinant ensuite le critère de l'arrêt *Okanagan*, le juge Thackray s'est attaché à l'étude des exigences de manque de ressources et d'importance pour

facie merit requirement, he simply held that it was satisfied because the "case has attained a status above that of being merely frivolous" (para. 28).

27 Considering the appellant's impecuniosity, Thackray J.A. asked whether it might be possible for the court to hear the Four Books Appeal before the Systemic Review. The effect of doing so would be potentially large cost savings for the public purse, insofar as the result on the Four Books Appeal might shed light on whether the Systemic Review needed to be heard at all and, if so, whether it should be publicly funded (paras. 29 and 45). To the Court of Appeal, the inclusion of the Systemic Review in the litigation represented "an enormous escalation from [the case's] original purpose", making it proper to consider whether an advance costs award — if necessary — could be confined to the Four Books Appeal, at least at first (paras. 36-39 and 44). The Court of Appeal was also reticent to extend this Court's decision in *Okanagan* to a for-profit corporation (para. 41).

28 Thackray J.A. then turned to the public importance requirement. He noted that the Four Books Appeal was a narrow matter that was confined to four specific titles (para. 49). It did not involve broad issues that would affect all book importers.

29 On the Systemic Review, Thackray J.A. canvassed Bennett J.'s reasons in detail. He took issue with the latter's conclusions based on the fact that Customs continues to detain a large number of books, noting that this fact does not indicate that Customs' practices are in any way improper (para. 55). He also observed that the appellant was relying on evidence collected before Customs had purportedly changed its system; at most, such evidence could be relied upon to show how quickly Customs had reacted to *Little Sisters No. 1*, but it could not serve to determine whether all the problems in *Little Sisters No. 1* had eventually been addressed. This

le public. En ce qui concerne l'exigence de bien-fondé à première vue, il a simplement conclu qu'elle était remplie parce que [TRADUCTION] « l'affaire n'est plus simplement frivole » (par. 28).

Passant à la discussion du manque de ressources de l'appelante, le juge Thackray s'est demandé si le tribunal pourrait entendre l'appel concernant les quatre livres avant d'examiner la question de la révision systémique. Une telle procédure pourrait permettre de réaliser une économie considérable de deniers publics, dans la mesure où l'issue de l'appel concernant les quatre livres pourrait aider à déterminer la nécessité de l'examen de la question de la révision systémique et, dans l'affirmative, s'il devrait être financé par les deniers publics (par. 29 et 45). Selon la Cour d'appel, l'inclusion de la question de la révision systémique dans le litige représentait [TRADUCTION] « un saut énorme par rapport à l'objet initial [de l'affaire] », de sorte qu'il convenait de se demander si l'attribution d'une provision pour frais — dans le cas où elle se révélerait nécessaire — pourrait, dans un premier temps tout au moins, être limitée à l'appel concernant les quatre livres (par. 36-39 et 44). La Cour d'appel hésitait également à appliquer à une société à but lucratif l'arrêt *Okanagan* de notre Cour (par. 41).

Le juge Thackray a ensuite examiné l'exigence de l'importance pour le public. Il a fait remarquer que l'appel concernant les quatre livres portait strictement sur quatre titres précis (par. 49). Il ne portait pas sur des questions générales qui toucheraient tous les importateurs de livres.

Quant à la révision systémique, le juge Thackray a examiné attentivement les motifs de la juge Bennett. Il s'est dit en désaccord avec ses conclusions fondées sur le fait que les Douanes continuent de retenir un grand nombre de livres, soulignant que ce fait n'indique pas que les pratiques des Douanes sont irrégulières à quelque égard que ce soit (par. 55). Il a ajouté que l'appelante se fondait sur une preuve recueillie avant que les Douanes aient prétendument modifié leur système; au mieux, cette preuve pouvait être utilisée pour démontrer la célérité avec laquelle les Douanes avaient réagi à l'arrêt *Little Sisters n^{o} 1*, mais non pour déterminer si

"efficiency" question was significantly less important to the public than the question of whether the problems were addressed at all (para. 57).

Finally, Thackray J.A. pointed out that Bennett J. had not considered whether the present litigation could be defined as "special" enough to merit advance costs, as opposed to simply being important (para. 60). Freedom of expression, he stated, is always of public interest, but not every freedom of expression case can satisfy the public importance requirement. In the present case, it was worth considering the fact that the communities on which the appellant's claim would have the greatest impact did not view this case as sufficiently important to undertake funding it (para. 63). What is more, Thackray J.A. was hesitant about spending public funds on litigation that could result in a significant award for the applicant (para. 62).

In all, the Court of Appeal concluded that the appellant's claim was not of sufficient significance that the public purse should be obligated to help it move forward. Thackray J.A. concluded that "the public has not appointed Little Sisters to this role" as a watchdog, and he was "not satisfied that it is necessary for Little Sisters to be the instrument of reform of Customs" (paras. 72 and 74). Although recognizing the deference owed to Bennett J., the court nonetheless felt that this was an appropriate circumstance to find that the trial judge had erred (para. 66). Accordingly, it set aside her order for advance costs.

4. Analysis

4.1 *Rule in Okanagan*

Okanagan concerned logging rights of four Indian bands on Crown land in British Columbia. These bands had begun logging in order to raise funds for housing and desperately needed social

les problèmes relevés dans l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1* avaient tous éventuellement été résolus. La question de « l'efficacité » était beaucoup moins importante pour le public que celle de savoir si les problèmes étaient un tant soit peu résolus (par. 57).

30 Enfin, le juge Thackray a souligné que la juge Bennett ne s'était pas demandé si le présent litige pouvait être qualifié de suffisamment « particulier » pour justifier une provision pour frais, au lieu de simplement important (par. 60). La liberté d'expression, a-t-il rappelé, est toujours d'intérêt public, mais les affaires où il est question de liberté d'expression ne peuvent pas toutes satisfaire à l'exigence d'importance pour le public. En l'espèce, il convenait de tenir compte du fait que les communautés qui seraient les plus touchées par la demande de l'appelante ne considéraient pas que la présente affaire était suffisamment importante pour qu'elles contribuent à son financement (par. 63). Qui plus est, le juge Thackray hésitait à affecter des deniers publics à un litige à l'issue duquel le demandeur pourrait se voir accorder un montant considérable (par. 62).

31 Dans l'ensemble, la Cour d'appel a statué que la demande de l'appelante ne revêtait pas une importance suffisante pour que le trésor public soit tenu de l'aider à suivre son cours. Le juge Thackray a conclu que [TRADUCTION] « le public n'a pas confié à Little Sisters ce rôle » de surveillance, et il n'était pas « convaincu que Little Sisters doit être l'instrument de réforme des Douanes » (par. 72 et 74). Tout en reconnaissant la nécessité de faire montre de déférence envers la juge Bennett, la cour a néanmoins estimé qu'il convenait, en l'espèce, de conclure que la juge de première instance avait commis erreur (par. 66). La cour a donc annulé son ordonnance accordant une provision pour frais.

4. Analyse

4.1 *La règle de l'arrêt Okanagan*

32 L'affaire *Okanagan* portait sur le droit de quatre bandes indiennes à l'exercice d'activités d'exploitation forestière sur des terres publiques en Colombie-Britannique. Ces bandes avaient

services. Contending that they had no right to do so, the Minister of Forests served them with stop-work orders and then commenced proceedings to enforce the orders. The bands tried to prevent the matter from going to trial, seeking to have it determined summarily by arguing that it would be impossible for them to finance a full trial.

commencé l'exploitation forestière dans le but de financer la construction de maisons ainsi que des services sociaux dont elles avaient désespérément besoin. Prétendant qu'elles n'avaient aucun droit à cet égard, le ministre des Forêts leur a signifié des ordonnances de cessation des travaux et a ensuite introduit une instance afin de les faire respecter. Les bandes ont tenté d'éviter que l'affaire fasse l'objet d'un procès et ont demandé qu'elle soit tranchée par procédure sommaire pour le motif qu'il leur serait impossible de financer un procès complet.

33 An exceptional convergence of factors occurred in *Okanagan*. At the individual level, the case was of the utmost importance to the bands. They were caught in a grave predicament: the costs of the litigation were more than they could afford, especially given pressing needs like housing; yet a failure to assert their logging rights would seriously compromise those same needs. On a broader level, the case raised aboriginal rights issues of great public importance. There was evidence that the land claim advanced by the bands had *prima facie* merit, but the courts had yet to decide on the precise mechanism for advancing such claims — the fundamental issue of general importance had not been resolved by the courts in other litigation. However the case was ultimately decided, it was in the public interest to have the matter resolved. For both the bands themselves and the public at large, the litigation could not, therefore, simply be abandoned. In these exceptional circumstances, this Court held that the public's interest in the litigation justified a structured advance costs order insofar as it was necessary to have the case move forward.

L'affaire *Okanagan* réunissait un ensemble exceptionnel de facteurs. D'un point de vue individuel, elle revêtait une importance capitale pour les bandes, qui se trouvaient dans une situation très difficile : les coûts du litige dépassaient ce qu'elles pouvaient se permettre, compte tenu surtout de leurs besoins urgents, notamment en matière de logement; l'omission de faire valoir leurs droits d'exercer des activités d'exploitation forestière compromettrait d'ailleurs gravement leurs chances de répondre à ces mêmes besoins. D'un point de vue général, l'affaire soulevait des questions de droits ancestraux d'une grande importance pour le public. Des éléments de preuve indiquaient que la revendication territoriale présentée par les bandes était fondée à première vue, mais les tribunaux n'avaient encore établi aucun mécanisme précis de présentation de ces revendications — la question fondamentale d'importance générale n'avait pas été tranchée par les tribunaux dans le cadre d'une autre instance. Sans égard à l'issue de l'affaire, il était dans l'intérêt du public qu'elle soit tranchée. Donc, tant pour les bandes elles-mêmes que pour le public en général, il n'était simplement pas possible d'abandonner l'instance. Dans ces circonstances exceptionnelles, notre Cour a jugé que l'intérêt du public dans le litige justifiait une ordonnance structurée de provision pour frais dans la mesure où il était nécessaire de permettre à l'affaire de suivre son cours.

34 In essence, *Okanagan* was an evolutionary step, but not a revolution, in the exercise of the courts' discretion regarding costs. As was explained in that case, the idea that costs awards can be used as a powerful tool for ensuring that the justice system functions fairly and efficiently was not a

Essentiellement, l'arrêt *Okanagan* constituait une phase d'évolution — et non une révolution — de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que les tribunaux possèdent en matière de dépens. Comme l'a expliqué cet arrêt, on savait depuis longtemps que l'attribution de dépens peut constituer un

novel one. Policy goals, like discouraging — and thus sanctioning — misconduct by a litigant, are often reflected in costs awards: see M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. I, at § 205.2(2). Nevertheless, the general rule based on principles of indemnity, i.e., that costs follow the cause, has not been displaced. This suggests that policy and indemnity rationales can co-exist as principles underlying appropriate costs awards, even if "[t]he principle that a successful party is entitled to his or her costs is of long standing, and should not be departed from except for very good reasons": Orkin, at p. 2-39. This framework has been adopted in the law of British Columbia by establishing the "costs follow the cause" rule as a default proposition, while leaving judges room to exercise their discretion by ordering otherwise: see r. 57(9) of the Supreme Court of British Columbia *Rules of Court*, B.C. Reg. 221/90.

Okanagan did not establish the access to justice rationale as the paramount consideration in awarding costs. Concerns about access to justice must be considered with and weighed against other important factors. Bringing an issue of public importance to the courts will not automatically entitle a litigant to preferential treatment with respect to costs: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69; *Office and Professional Employees' International Union, Local 378 v. British Columbia (Hydro and Power Authority)*, [2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8; *MacDonald v. University of British Columbia* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412. By the same token, however, a losing party that raises a serious legal issue of public importance will not necessarily bear the other party's costs: see, e.g., *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 69; *Valhalla Wilderness Society v. British Columbia (Ministry of Forests)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d)

moyen puissant d'assurer le fonctionnement équitable et efficace du système de justice. L'attribution de dépens est souvent liée à des objectifs d'intérêt général, comme ceux visant à décourager — et, partant, à punir — l'inconduite de la part d'un plaideur : voir M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2e éd. (feuilles mobiles)), vol. I, § 205.2(2). Néanmoins, la règle générale fondée sur les principes d'indemnisation, selon laquelle les dépens suivent l'issue de la cause, n'a pas été abrogée. Cela indique que les justifications d'intérêt général et en matière d'indemnisation peuvent coexister en tant que principes sous-jacents d'une attribution convenable de dépens, même si [TRADUCTION] « [l]e principe voulant que la partie qui obtient gain de cause ait droit à ses dépens existe depuis longtemps et ne devrait faire l'objet d'une dérogation que pour de très bonnes raisons » (Orkin, p. 2-39). Le droit de la Colombie-Britannique a repris ce cadre en adoptant comme solution par défaut la règle selon laquelle « les dépens suivent l'issue de la cause », tout en permettant aux juges d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance différente : voir par. 57(9) des *Rules of Court* de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, B.C. Reg. 221/90.

35 L'arrêt *Okanagan* n'a pas établi que le principe d'accès à la justice constitue désormais la considération primordiale en matière d'attribution de dépens. Les préoccupations concernant l'accès à la justice doivent être examinées et soupesées en fonction d'autres facteurs importants. Le fait de saisir les tribunaux d'une question d'importance pour le public ne signifie pas que le plaideur a automatiquement droit à un traitement préférentiel en matière de dépens : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69; *Office and Professional Employees' International Union, Local 378 c. British Columbia (Hydro and Power Authority)*, [2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8; *MacDonald c. University of British Columbia* (2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412. Du même coup, cependant, la partie déboutée qui soulève une question de droit sérieuse et importante pour le public ne doit pas toujours supporter les dépens de l'autre partie : voir, par exemple, *Canadian Foundation for Children,*

120 (B.C.S.C.). Each case must be considered on its merits, and the consequences of an award for each party must be weighed seriously: see *Sierra Club of Western Canada v. British Columbia (Chief Forester)* (1994), 117 D.L.R. (4th) 395 (B.C.S.C.), at pp. 406-7, aff'd (1995), 126 D.L.R. (4th) 437 (B.C.C.A.).

36 *Okanagan* was a step forward in the jurisprudence on advance costs — restricted until then to family, corporate and trust matters — as it made it possible, in a public law case, to secure an advance costs order in special circumstances related to the public importance of the issues of the case (*Okanagan*, at para. 38). In other words, though now permissible, public interest advance costs orders are to remain special and, as a result, exceptional. These orders must be granted with caution, as a last resort, in circumstances where the need for them is clearly established. The foregoing principles could not yield any other result. If litigants raising public interest issues will not always avoid adverse costs awards at the conclusion of their trials, it can only be rarer still that they could benefit from advance costs awards. An application for advance costs may be entertained only if a litigant establishes that it is impossible to proceed with the trial and await its conclusion, and if the court is in a position to allocate the financial burden of the litigation fairly between the parties.

37 The nature of the *Okanagan* approach should be apparent from the analysis it prescribes for advance costs in public interest cases. A litigant must convince the court that three absolute requirements are met (at para. 40):

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other

Youth and the Law c. Canada (Procureur général), [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 69; *Valhalla Wilderness Society c. British Columbia (Ministry of Forests)* (1997), 4 Admin. L.R. (3d) 120 (C.S.C.-B.). Chaque cas est un cas d'espèce où il faut soupeser sérieusement les conséquences d'une attribution de dépens pour chacune des parties : voir *Sierra Club of Western Canada c. British Columbia (Chief Forester)* (1994), 117 D.L.R. (4th) 395 (C.S.C.-B.), p. 406-407, conf. par (1995), 126 D.L.R. (4th) 437 (C.A.C.-B.).

L'arrêt *Okanagan* a fait évoluer la jurisprudence relative aux provisions pour frais — jusqu'alors limitée aux affaires concernant la famille, les sociétés et les fiducies — puisqu'il a permis, dans une affaire de droit public, d'obtenir une ordonnance accordant une provision pour frais dans des circonstances particulières tenant à l'importance des questions en jeu pour le public (*Okanagan*, par. 38). En d'autres termes, bien qu'elles soient maintenant permises, les ordonnances accordant une provision pour frais pour des raisons d'intérêt public doivent demeurer spéciales et, de ce fait, exceptionnelles. Elles doivent être rendues avec circonspection, en dernier recours et dans des circonstances où leur nécessité est clairement établie. Les principes qui précèdent ne sauraient donner lieu à un résultat différent. Les plaideurs qui soulèvent des questions d'intérêt public n'échappent pas toujours à une attribution de dépens défavorable à l'issue de leur procès, mais il est encore plus rare qu'ils puissent bénéficier d'une provision pour frais. Une demande de provision pour frais ne peut être accordée que si le plaideur établit l'impossibilité d'ester en justice et d'attendre l'issue du procès, et si le tribunal est en mesure de répartir équitablement entre les parties le fardeau financier de l'instance.

La nature de la démarche suivie dans l'arrêt *Okanagan* devrait se dégager de l'analyse qu'il prescrit relativement à la provision pour frais dans les affaires d'intérêt public. Le plaideur doit convaincre le tribunal que trois conditions absolues sont remplies (par. 40) :

1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais

realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.

2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.

3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

In analysing these requirements, the court must decide, with a view to all the circumstances, whether the case is sufficiently special that it would be contrary to the interests of justice to deny the advance costs application, or whether it should consider other methods to facilitate the hearing of the case. The discretion enjoyed by the court affords it an opportunity to consider all relevant factors that arise on the facts.

It is only a "rare and exceptional" case that is special enough to warrant an advance costs award: *Okanagan*, at para. 1. The standard was indeed intended to be a high one, and although no rigid test can be applied systematically to determine whether a case is "special enough", some observations can be made. As Thackray J.A. pointed out, it was in failing to verify whether the circumstances of this case were "exceptional" enough that the trial judge committed an error in law.

First, the injustice that would arise if the application is not granted must relate both to the individual applicant and to the public at large. This means that a litigant whose case, however compelling it may be, is of interest only to the litigant will be denied an advance costs award. It does not mean, however, that every case of interest to the public will satisfy the test. The justice system must not become a proxy for the public inquiry process, swamped with actions launched by test plaintiffs

occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance.

2. La demande vaut *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers.

3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées.

En analysant ces conditions, le tribunal doit décider, eu égard à toutes les circonstances, si l'affaire est si particulière qu'il serait contraire aux intérêts de la justice de rejeter la demande de provision pour frais, ou s'il devrait envisager d'autres moyens de faciliter l'audition de l'affaire. Le pouvoir discrétionnaire du tribunal lui permet de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui émanent des faits.

38 Seule une affaire « rar[e] et exceptionell[e] », qui est suffisamment particulière, peut justifier l'attribution d'une provision pour frais (*Okanagan*, par. 1). Cette norme se voulait sûrement élevée et, bien qu'aucun critère rigide ne puisse être appliqué systématiquement pour décider si une affaire est « suffisamment particulière », il est possible de formuler certaines observations. Comme l'a souligné le juge Thackray, c'est en omettant de vérifier si les circonstances de la présente affaire étaient suffisamment « exceptionnelles » que la juge de première instance a commis une erreur de droit.

39 Premièrement, l'injustice qui découlerait du rejet de la demande doit concerner à la fois le demandeur personnellement et le public en général. Cela signifie que le plaideur dont l'affaire, aussi impérieuse qu'elle puisse être, n'intéresse que lui se verra refuser la provision pour frais. Toutefois, cela ne signifie pas que toute affaire d'intérêt public satisfera à ce critère. Le système de justice ne doit pas tenir lieu de processus d'enquête publique et être inondé d'actions intentées par des demandeurs et des groupes

and public interest groups. As compelling as access to justice concerns may be, they cannot justify this Court unilaterally authorizing a revolution in how litigation is conceived and conducted.

40 Second, the advance costs award must be an exceptional measure; it must be in the interests of justice that it be awarded. Therefore, the applicant must explore all other possible funding options. These include, but are not limited to, public funding options like legal aid and other programs designed to assist various groups in taking legal action. An advance costs award is neither a substitute for, nor a supplement to, these programs. An applicant must also be able to demonstrate that an attempt, albeit unsuccessful, has been made to obtain private funding through fundraising campaigns, loan applications, contingency fee agreements and any other available options. If the applicant cannot afford all costs of the litigation, but is not impecunious, the applicant must commit to making a contribution to the litigation. Finally, different kinds of costs mechanisms, like adverse costs immunity, should also be considered. In doing so, courts must be careful not to assume that a creative costs award is merited in every case; such an award is an exceptional one, to be granted in special circumstances. Courts should remain mindful of all options when they are called upon to craft appropriate orders in such circumstances. Also, they should not assume that the litigants who qualify for these awards must benefit from them absolutely. In the United Kingdom, where costs immunity (or "protective orders") can be ordered in specified circumstances, the order may be given with the caveat that the successful applicant cannot collect anything more than modest costs from the other party at the end of the trial: see *R. (Corner House Research) v. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192, at para. 76. We agree with this nuanced approach.

de défense de l'intérêt public qui souhaitent établir un précédent. Aussi impérieuses qu'elles puissent être, les préoccupations concernant l'accès à la justice ne sauraient justifier notre Cour d'autoriser unilatéralement une révolution dans la planification et le déroulement d'une action en justice.

Deuxièmement, il importe que la provision pour frais demeure une mesure exceptionnelle; il doit être conforme aux intérêts de la justice de l'accorder. Par conséquent, le demandeur doit étudier toutes les autres possibilités de financement, ce qui inclut, sans y être limité, les sources de financement public telles que l'aide juridique et les autres programmes destinés à aider divers groupes à ester en justice. Une provision pour frais ne représente ni un substitut ni un complément de ces programmes. Le demandeur doit également pouvoir démontrer qu'il a tenté, mais en vain, d'obtenir du financement privé au moyen d'une levée de fonds, d'une demande de prêt, d'une convention d'honoraires conditionnels et de toute autre source disponible. Le demandeur qui n'a pas les moyens de payer tous les frais du litige, mais qui n'est pas dépourvu de ressources, doit s'engager à fournir une contribution. Enfin, il y a également lieu d'envisager divers types de mécanismes en matière de dépens, telle l'exemption de dépens en faveur de la partie adverse. Ce faisant, les tribunaux doivent se garder de présumer que l'exercice de créativité dans l'attribution de dépens se justifie toujours; cette mesure reste exceptionnelle et doit être prise dans des circonstances particulières. Les tribunaux devraient garder à l'esprit toutes les possibilités lorsqu'ils sont appelés à concevoir les ordonnances appropriées dans ces circonstances. Ils ne devraient pas non plus présumer que les plaideurs qui remplissent les conditions requises pour se voir attribuer ces sommes doivent absolument en bénéficier. Au Royaume-Uni, où il est possible d'accorder une exemption de dépens (ou des « ordonnances préventives ») dans des circonstances précises, l'ordonnance peut être assortie de la condition que la partie qui l'obtient ne pourra obtenir de l'adversaire que des dépens modestes à l'issue du procès : voir *R. (Corner House Research) c. Secretary of State for Trade and Industry*, [2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192, par. 76. Nous souscrivons à cette interprétation nuancée.

Third, no injustice can arise if the matter at issue could be settled, or the public interest could be satisfied, without an advance costs award. Again, we must stress that advance costs orders are appropriate only as a last resort. In *Okanagan*, the bands tried, before seeking an advance costs order, to resolve their disputes by avoiding a trial altogether. Likewise, courts should consider whether other litigation is pending and may be conducted for the same purpose, without requiring an interim order of costs. Courts should also be mindful to avoid using these orders in such a way that they encourage purely artificial litigation contrary to the public interest.

Finally, the granting of an advance costs order does not mean that the litigant has free rein. On the contrary, when the public purse — or another private party — takes on the burden of an advance costs award, the litigant must relinquish some manner of control over how the litigation proceeds. The litigant cannot spend the opposing party's money without scrutiny. The benefit of such funding does not imply that a party can, at will, multiply hours of preparation, add expert witnesses, engage in every available proceeding, or lodge every conceivable argument. A definite structure must be imposed or approved by the court itself, as it alone bears the responsibility for ensuring that the award is workable.

For example, the court should set limits on the chargeable rates and hours of legal work, closely monitor the parties' adherence to its dictates, and cap the advance costs award at an appropriate global amount. It should also be sensitive to the reality that work often expands to fit the available resources and that the "maximum" amounts contemplated by a court will almost certainly be reached. As well, the possibility of setting the advance costs award off against damages actually collected at the end of the trial should be contemplated. In determining the quantum of the award, the court should remain aware that the purpose of

41 Troisièmement, aucune injustice ne sera créée s'il est possible de régler l'affaire en cause ou de tenir compte de l'intérêt public sans accorder une provision pour frais. Là encore, nous devons souligner que les ordonnances de provision pour frais ne sont indiquées qu'en dernier recours. Dans l'affaire *Okanagan*, les bandes avaient tenté, avant de solliciter une provision pour frais, de résoudre leurs différends en évitant purement et simplement la tenue d'un procès. De même, les tribunaux devraient vérifier si une autre affaire visant les mêmes fins est en instance et peut se dérouler sans qu'il soit nécessaire de rendre une ordonnance accordant une provision pour frais. Ils devraient aussi se garder de recourir à ces ordonnances de manière à encourager les litiges purement artificiels qui sont contraires à l'intérêt public.

42 Enfin, l'attribution d'une provision pour frais ne donne pas pour autant carte blanche au plaideur. Au contraire, lorsque le trésor public — ou une autre partie privée — supporte une provision pour frais, le plaideur doit renoncer à exercer un certain contrôle sur la façon dont se déroule l'instance. Il ne peut dépenser l'argent de la partie adverse de manière incontrôlée. Ce type de financement ne signifie pas que la partie qui en bénéficie peut, à son gré, multiplier les heures de préparation, ajouter des témoins experts, recourir à toute procédure disponible ou avancer n'importe quel argument imaginable. Le tribunal lui-même doit prescrire ou approuver une structure précise, puisqu'il assume la responsabilité de vérifier le caractère réaliste du montant accordé.

43 Par exemple, le tribunal devrait limiter les tarifs et les heures de travail juridique pouvant être facturés, surveiller de près le respect de ses prescriptions par les parties et plafonner la provision pour frais à un montant global convenable. Il devrait également tenir compte du fait que la somme de travail s'ajuste souvent aux ressources disponibles et qu'il est presque certain que le montant « maximal » prévu par le tribunal sera atteint. De même, il devrait envisager la possibilité de déduire le montant de la provision pour frais des dommages-intérêts obtenus à l'issue du procès. Lorsqu'il détermine le montant de la provision pour frais, le tribunal ne doit pas

these orders is to restore some balance between litigants, not to create perfect equality between the parties. Legislated schemes like legal aid and other programs designed to assist various groups in taking legal action do not purport to create equality among litigants, and there is no justification for advance costs awards placing successful applicants in a more favourable position. An advance costs award is meant to provide a basic level of assistance necessary for the case to proceed.

44 A court awarding advance costs must be guided by the condition of necessity. For parties with unequal financial resources to face each other in court is a regular occurrence. People with limited means all too often find themselves discouraged from pursuing litigation because of the cost involved. Problems like this are troubling, but they do not normally trigger advance costs awards. We do not mean to minimize their unfairness. On the contrary, we believe they are sufficiently serious that this Court cannot purport to solve them all through the mechanism of advance costs awards. Courts should not seek on their own to bring an alternative and extensive legal aid system into being. That would amount to imprudent and inappropriate judicial overreach.

4.2 *Applying the Rule in Okanagan to the Facts of This Appeal*

45 The appellant has asked this Court to award it advance costs with respect to two separate issues it raises in its litigation against Customs. The Four Books Appeal concerns Customs' prohibition of four books imported by the appellant for sale in its store. The Systemic Review, on the other hand, involves a broad investigation of Customs' practices relating to obscenity prohibitions.

46 We will first consider the merit of these claims, and will then discuss their public importance. We

oublier que ces ordonnances visent à rétablir un certain équilibre entre les parties et non à créer une égalité parfaite entre elles. Les mécanismes établis par voie législative comme l'aide juridique et les autres programmes destinés à aider divers groupes à ester en justice ne sont d'ailleurs pas de nature à mettre les parties sur un pied d'égalité, et rien ne justifie que l'attribution d'une provision pour frais place la partie qui l'obtient dans une situation plus favorable. La provision pour frais vise à fournir l'aide minimale nécessaire pour que l'affaire suive son cours.

L'état de nécessité doit guider le tribunal qui accorde une provision pour frais. Il arrive régulièrement que des parties ne disposant pas des mêmes ressources financières s'affrontent devant un tribunal. Des personnes aux moyens limités se voient trop souvent dissuadées de poursuivre l'instance en raison des coûts qui s'y rattachent. De tels problèmes sont préoccupants, mais ils ne donnent pas normalement lieu à l'attribution d'une provision pour frais. Nous ne voulons pas minimiser l'iniquité qu'ils créent. Au contraire, nous croyons que ces problèmes sont trop graves pour que notre Cour puisse prétendre les résoudre tous au moyen de la provision pour frais. Les tribunaux ne devraient pas chercher, de leur propre initiative, à mettre sur pied un autre système complet d'aide juridique. Cela constituerait un exemple d'activisme judiciaire imprudent et malencontreux.

4.2 *Application de la règle de l'arrêt Okanagan aux faits du présent pourvoi*

L'appelante a demandé à notre Cour de lui accorder une provision pour frais relativement à deux questions distinctes qu'elle soulève dans son action contre les Douanes. L'appel concernant les quatre livres porte sur l'interdiction des Douanes visant les quatre livres que l'appelante a importés pour les vendre dans son magasin. Par contre, la révision systémique met en cause une vaste enquête menée sur les pratiques des Douanes en matière d'interdiction pour cause d'obscénité.

Nous examinerons d'abord le bien-fondé de ces demandes et nous analyserons ensuite l'importance

want to emphasize that the impecuniosity requirement, though listed first in *Okanagan*, cannot be used to give impecunious litigants a *prima facie* right to advance costs, as some interveners before this Court have suggested. Accordingly, we will consider it last. The question of impecuniosity will not even arise where a case is not otherwise special enough to merit this exceptional award.

qu'elles revêtent pour le public. Nous tenons à souligner que, bien qu'elle constitue la première condition énumérée dans l'arrêt *Okanagan*, l'exigence du manque de ressources ne saurait servir à reconnaître aux plaideurs impécunieux un droit *prima facie* à la provision pour frais, comme l'ont laissé entendre certains intervenants devant notre Cour. Nous l'examinerons donc en dernier. La question du manque de ressources ne se pose même pas lorsque l'affaire n'est pas par ailleurs suffisamment particulière pour justifier cette mesure exceptionnelle.

4.2.1 Standard of Review

A trial judge enjoys considerable discretion in fashioning a costs award. This discretion has two corollaries.

4.2.1 Norme de contrôle

47 Le juge de première instance jouit d'un pouvoir discrétionnaire considérable en matière de dépens. Ce pouvoir discrétionnaire comporte deux corollaires.

First, a plethora of options are available to a judge when rendering a decision on costs. While the general rule is that costs follow the cause, as we have seen, this need not always be the case.

48 Premièrement, un juge dispose d'une variété considérable d'options lorsqu'il se prononce sur les dépens. Bien que, comme nous l'avons vu, la règle générale veuille que les dépens suivent l'issue de la cause, ce principe ne s'applique pas toujours automatiquement.

Second, a judge's decision on costs will generally be insulated from appellate review. In the past, this Court has established that costs awards should not be interfered with lightly: see *Odhavji Estate*, at para. 77. But this does not mean that no decision on costs should ever be interfered with. For instance, in *Okanagan*, advance costs were granted on appeal after having been denied by the trial judge. A costs award can be set aside if it is based on an error in principle or is plainly wrong: *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9, at para. 27. In exercising their discretion regarding costs, trial judges must, especially in making an order as exceptional as one awarding advance costs, be careful to stay within recognized boundaries.

49 Deuxièmement, la décision d'un juge relative aux dépens échappe généralement à l'examen en appel. Dans le passé, notre Cour a établi que les attributions de dépens ne doivent pas être modifiées à la légère : voir l'arrêt *Succession Odhavji*, par. 77. Toutefois, cela ne signifie pas qu'une décision relative aux dépens ne doit jamais être révisée. Par exemple, dans l'arrêt *Okanagan*, la provision pour frais a été accordée en appel après avoir été refusée par le juge de première instance. L'attribution de dépens peut être annulée si elle repose sur une erreur de principe ou si elle est nettement erronée : *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9, par. 27. En exerçant son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens et plus particulièrement en rendant une ordonnance aussi exceptionnelle que celle accordant une provision pour frais, le juge de première instance doit prendre soin de respecter les limites reconnues.

Despite the deference owed to the exercise of a discretion by a trial judge, we conclude that, in the

50 Malgré la déférence dont il faut faire montre à l'égard de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire

present case, Bennett J. went beyond the boundaries this Court set in *Okanagan*.

d'un juge de première instance, nous concluons qu'en l'espèce la juge Bennett a outrepassé les limites que notre Cour a établies dans l'arrêt *Okanagan*.

4.2.2 *Prima Facie* Merit and Public Importance

4.2.2 Le bien-fondé à première vue et l'importance pour le public

51 As was explained in *Okanagan*, the merit requirement involves the following consideration:

> 2. The claim to be adjudicated [must be] *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means. [Emphasis added; para. 40.]

Comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Okanagan*, l'exigence de bien-fondé comporte l'examen de la condition suivante :

> 2. La demande [doit valoir] *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers. [Nous soulignons; par. 40.]

The explicit reference in this passage to the interests of justice suggests that the test requires something more than mere proof that one's case has sufficient merit not to be dismissed summarily. Rather, an applicant must prove that the interests of justice would not be served if a lack of resources made it necessary to abort the litigation. The very wording of the requirement confirms that the interests of justice will not be jeopardized every time a litigant is forced to withdraw from litigation for financial reasons. The reason for this is that the context in which merit is considered is conditioned by the need to show that the case is exceptional. This does not mean that the case must be shown to have exceptional merit; rather, it must be shown to have sufficient merit to satisfy the court that proceeding with it is in the interests of justice. In the case at bar, as found by Bennett J., there is obviously a serious issue justifying a decision to have the matter proceed to trial. The question is whether a claim such as the one made by the appellant is sufficient to support a finding that the requirement of special circumstances is met. It is difficult to dissociate one from the other. We think there is no need to do so and will proceed accordingly.

La mention explicite des intérêts de la justice dans cet extrait indique que cette condition exige plus que la simple preuve que l'affaire est suffisamment fondée pour ne pas être rejetée sommairement. Le demandeur doit plutôt prouver qu'il ne serait pas conforme aux intérêts de la justice qu'un manque de ressources l'oblige à mettre fin à l'affaire. Le libellé même de la condition confirme que les intérêts de la justice ne sont pas compromis dans tous les cas où un plaideur est forcé de se désister pour des raisons financières. En effet, le contexte dans lequel le bien-fondé est examiné est coloré par la nécessité d'établir le caractère exceptionnel de l'affaire. Cela signifie non pas qu'il faut démontrer que l'affaire a un bien-fondé exceptionnel, mais plutôt qu'elle est suffisamment fondée pour convaincre le tribunal qu'il est conforme aux intérêts de la justice de l'instruire. En l'espèce, comme l'a conclu la juge Bennett, il existe de toute évidence une question sérieuse justifiant une décision d'instruire l'affaire. Cette question est de savoir si une demande comme celle de l'appelante suffit pour autoriser la conclusion que l'exigence des circonstances particulières est remplie. La dissociation des deux questions demeure difficile. Nous croyons qu'il n'est pas nécessaire de les dissocier et nous poursuivrons notre analyse sur cette base.

52 Operating a business with some dependence on imports, the appellant is right to be concerned

L'appelante, dont les activités commerciales dépendent en partie d'importations, a raison de

about what it alleges to be a discriminatory attitude by Customs towards its merchandise. Yet, the Four Books Appeal is extremely limited in scope. The appellant has advanced no evidence suggesting that these four books are integral, or even important, to its operations; furthermore, as mentioned above, book sales represent only 30 to 40 percent of its operations. In this context, we find it impossible to conclude that the appellant is in the extraordinary position that would justify an award of advance costs in the Four Books Appeal.

s'inquiéter de l'attitude discriminatoire, selon elle, que les Douanes adoptent à l'égard de ses marchandises. Pourtant, l'appel concernant les quatre livres conserve une portée extrêmement limitée. L'appelante n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces quatre livres font partie intégrante de ses activités ou même qu'ils sont importants pour celles-ci; de plus, comme nous l'avons vu, les ventes de livres ne représentent que 30 à 40 pour 100 de ses activités. Dans ce contexte, nous estimons qu'il est impossible de conclure que l'appelante se trouve dans la situation extraordinaire qui justifierait l'attribution d'une provision pour frais relativement à l'appel concernant les quatre livres.

The same can be said of the Systemic Review. What the appellant is essentially attempting to achieve with the Systemic Review is to expand the scope of the litigation in the hope of bolstering its legal rights in individual cases; as a frequent importer, it will ultimately benefit more from a general investigation now than it would if it were left to challenge each and every detention and prohibition when it happened. This is an efficient and commendable approach, and one that Bennett J. approved. However, it is not one that would bring the case within the scope of the advance costs remedy. Specifically, the Systemic Review is not necessarily based on the prohibition, detention, or even delay of any books belonging to the appellant.

53 On peut en dire autant de la révision systémique. Essentiellement, l'appelante recourt à la révision systémique pour tenter d'élargir la portée du litige de manière à renforcer les droits que lui reconnaît la loi dans chaque cas particulier; comme elle importe fréquemment des marchandises, une enquête générale effectuée maintenant lui sera, en fin de compte, plus profitable que si elle avait à contester chaque retenue et interdiction au moment où elles surviennent. Il s'agit d'une démarche efficace et louable que la juge Bennett a approuvée. Toutefois, ce n'est pas une démarche qui justifie, en l'espèce, l'attribution d'une réparation consistant en une provision pour frais. Plus précisément, la révision systémique n'est pas nécessairement fondée sur le fait que des livres appartenant à l'appelante sont interdits, retenus ou tardent même à lui parvenir.

We do not wish to understate the appellant's constitutional rights or the history of its relations with Customs. In fact, we agree that the appellant's history of litigation against Customs provides important context for the present dispute. From the appellant's perspective, this history represents the height of frustration with the government: the appellant already took Customs to court years ago, argued all the way to this Court that it was the victim of unconstitutional practices, and succeeded in securing an important victory that stopped just shy of providing it with the remedy it sought. The appellant says that any institutional changes made since then are insufficient, and that Customs may still be

54 Nous ne voulons pas sous-estimer les droits constitutionnels de l'appelante ni ses rapports antérieurs avec les Douanes. En fait, nous reconnaissons que les poursuites qu'elle a engagées auparavant contre les Douanes situent le présent litige dans un contexte important. Du point de vue de l'appelante, ces poursuites représentent le summum de la frustration pouvant être éprouvée envers le gouvernement : l'appelante a déjà poursuivi les Douanes en justice il y a plusieurs années, elle a prétendu jusque devant notre Cour qu'elle était victime de pratiques inconstitutionnelles et elle a réussi à remporter une importante victoire qui ne lui a cependant pas permis d'obtenir la réparation qu'elle

victimizing it in the exact same way. It wants this investigated. Why, it demands to know, must it now abandon its quest of so many years simply because it lacks the funds to do so?

55 The answer, we submit, is not as frustrating as the appellant implies. First of all, the appellant has not provided *prima facie* evidence that it continues to be targeted. On the contrary, when probed on this issue, counsel for the appellant simply suggested that Customs was cunning enough to stop its targeting once litigation had commenced. The appellant relies mainly on the fact that Customs continues to detain large quantities of imported material generally, including high proportions of gay and lesbian material; it then concludes that a significant percentage of these detentions must be improper. With respect, we cannot agree that this is *prima facie* evidence of targeting. Customs' own decisions, on which the appellant relies, to overturn a high percentage of its detentions only lend credence to Customs' argument that it has tried to scrutinize fairly those titles — like the appellant's — that remain detained. The fact that Customs continues to detain a number of titles is not, in itself, *prima facie* evidence of anything. There is no *prima facie* evidence that Customs is performing its task improperly, much less unconstitutionally.

56 Since there is insufficient *prima facie* evidence to conclude that the appellant remains the victim of unfair targeting, the Court's focus for the Systemic Review must turn to the more general question of the efficacy of Customs' changes to its practices in the wake of *Little Sisters No. 1*, and how the effect of those changes on the appellant may still be such as to make individual challenges pointless. In fact, if one accepts that the Systemic Review is merely

sollicitait. Selon l'appelante, les changements institutionnels qui auraient été apportés depuis lors sont insuffisants, et il se peut que les Douanes continuent de s'en prendre à elle exactement de la même manière. Elle sollicite une enquête à ce propos. Pourquoi, veut-elle savoir, devrait-elle abandonner maintenant la démarche qu'elle a entreprise depuis tant d'années simplement parce qu'elle manque de ressources pour la poursuivre?

À notre avis, la réponse à cette question n'est pas aussi frustrante que le laisse entendre l'appelante. D'abord, l'appelante n'a présenté aucune preuve *prima facie* qu'elle continue d'être ciblée. Au contraire, lorsqu'on l'a interrogé à ce sujet, l'avocat de l'appelante a simplement indiqué que les Douanes ont été suffisamment astucieuses pour cesser leur ciblage dès qu'une action était intentée. L'appelante invoque principalement le fait que les Douanes continuent généralement de retenir une grande quantité de matériel importé, dont une grande part de matériel gai et lesbien; elle en déduit qu'il doit survenir un fort pourcentage de retenues irrégulières. En toute déférence, nous ne pouvons pas accepter que cela constitue une preuve *prima facie* de ciblage. Les décisions — invoquées par l'appelante — que les Douanes ont elles-mêmes prises d'annuler un pourcentage élevé de leurs retenues ne font que renforcer l'argument des Douanes selon lequel elles ont tenté d'examiner de manière équitable les titres, comme ceux de l'appelante, qui sont encore retenus. Le fait que les Douanes continuent de retenir un certain nombre de titres ne constitue pas en soi une preuve *prima facie* de quoi que ce soit. Il n'existe aucune preuve *prima facie* que les Douanes s'acquittent de leur tâche de manière irrégulière et encore moins de manière inconstitutionnelle.

En l'absence d'une preuve *prima facie* suffisante pour conclure que l'appelante continue d'être injustement ciblée, l'examen de la Cour relatif à la révision systémique doit être axé sur la question plus générale de l'efficacité des changements que les Douanes ont apportés à leurs pratiques à la suite de l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1*, et sur celle de savoir comment ces changements rendraient inutiles les contestations individuelles en raison de l'incidence

about the speed with which Customs reacted to *Little Sisters No. 1* in the past, it must be concluded that the appellant is at present enjoying the very outcome it sought in that first series of court battles. Customs' changes cannot be determined to be insufficient on the basis of the number of decisions that have been unfavourable to the appellant.

qu'ils auraient encore sur l'appelante. En réalité, si l'on accepte que la révision systémique ne concerne que la célérité avec laquelle les Douanes ont réagi à l'arrêt *Little Sisters n^o 1* dans le passé, il faut conclure que l'appelante bénéficie actuellement du résultat même qu'elle sollicitait lors de la première série de batailles judiciaires. Les changements apportés par les Douanes ne peuvent pas être qualifiés d'insuffisants en raison du nombre de décisions défavorables à l'appelante.

The appellant is wrong to suggest that the history of its relations with Customs justifies its advance costs application. Binnie J.'s anticipation, at the conclusion of his majority reasons in *Little Sisters No. 1*, of subsequent litigation between the parties did not give the appellant the right to proceed by drawing on the public purse or even suggest that this was a possibility. Nor can this history be used to establish that an injustice will result if insufficient funds preclude the appellant from arguing the Systemic Review. In making the comment in question, Binnie J. merely recognized that the appellant, like any other importer, could rely on this Court's decision should any further disputes with Customs arise. What is more, his comments were clearly premised on the expectation that Customs would change — and was already changing — its practices to accord with the Court's ruling. None of the evidence that has been presented has convinced us that this premise should now be rejected.

57 L'appelante a tort de laisser entendre que ses rapports antérieurs avec les Douanes justifient sa demande de provision pour frais. Le fait que le juge Binnie ait prévu, à la fin de ses motifs majoritaires dans l'arrêt *Little Sisters n^o 1*, que les parties pourraient recourir de nouveau aux tribunaux ne donne pas à l'appelante le droit de faire appel aux deniers publics et n'indique même pas qu'il s'agissait là d'une possibilité. Ces rapports antérieurs ne peuvent pas non plus être invoqués pour établir qu'une injustice résultera si l'appelante ne peut pas débattre la question de la révision systémique parce qu'elle dispose de fonds insuffisants. En formulant les commentaires en question, le juge Binnie a simplement reconnu que l'appelante, comme tout autre importateur, pourrait se fonder sur l'arrêt de notre Cour si d'autres différends avec les Douanes survenaient. Qui plus est, ses commentaires étaient clairement fondés sur le fait qu'il s'attendait à ce que les Douanes modifient — ce qu'elles avaient déjà entrepris de faire — leurs pratiques de manière à les rendre conformes à la décision de la Cour. Aucun des éléments de preuve présentés ne nous a convaincus qu'il faille écarter cette prémisse.

But even if the appellant had provided more convincing evidence on this point, and even if the Systemic Review had been framed with more pressing concerns in mind, we still believe that the requirement of exceptional circumstances has not been met. The reason for this is that the battle the appellant seeks to fight through the Systemic Review is, strictly speaking, unnecessary. It is the Four Books Appeal that lies at the heart of the appellant's claim against Customs; the Systemic Review is simply an attempt by the appellant to investigate Customs' practices independently of this context.

58 Cependant, même si l'appelante avait fourni une preuve plus convaincante à cet égard, et même si la révision systémique avait pu être formulée en fonction de préoccupations plus urgentes, nous continuerions de croire que l'exigence des circonstances exceptionnelles n'est pas remplie. Cette conclusion s'infère du fait que la bataille que l'appelante veut livrer au moyen de la révision systémique est, à proprement parler, inutile. C'est l'appel concernant les quatre livres qui se situe au cœur de l'action que l'appelante a intentée contre les Douanes; la révision systémique ne représente qu'une simple

This observation is underscored by the fact that the appellant initially did not even intend to pursue the Systemic Review, but changed its strategy once it began to believe that systemic problems remained after *Little Sisters No. 1*. Simply put, the appellant's direct interest in this litigation disappears if its books are released — something that it seeks to achieve uniquely through the Four Books Appeal.

59 The nature of the injustice at stake in the case at bar can be contrasted with the one that was at stake in *Okanagan*. In that case, the bands, having been thrust into a situation requiring litigation, could not afford to pay for the litigation themselves, but could not afford the costs of forfeiting it either. The appellant in the instant case, on the other hand, has taken the Systemic Review upon itself even though it characterizes the fight as one that "makes no business sense".

60 The requirement that the issues raised transcend the litigant's individual interests and that it be profoundly important that they be resolved in the interests of justice (*Okanagan*, at para. 46) can be disposed of with little difficulty where the Four Books Appeal is concerned. Because the appellant has chosen to investigate Customs' general operations under the Systemic Review, it is clear that the Four Books Appeal concerns no interest beyond that of the appellant itself and, as a consequence, is not special enough to justify an award of advance costs. This is especially so given that all the legal issues the appellant has canvassed in that appeal were already considered, and ruled upon, by this Court in *Little Sisters No. 1*. As the appellant itself observes at para. 10 of its factum, Binnie J. left the door open to further actions by the appellant with the words, "[t]hese findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme Court of British Columbia should they consider that further action is necessary" (*Little Sisters No. 1*, at para.

tentative de l'appelante d'enquêter sur les pratiques des Douanes indépendamment du présent contexte. Cette conclusion est d'ailleurs confrontée au fait qu'au départ l'appelante n'avait même pas l'intention de tenter d'obtenir la révision systémique, mais qu'elle s'est ravisée lorsqu'elle a commencé à croire que des problèmes systémiques persistaient après l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1*. Bref, l'appelante n'aura plus d'intérêt direct dans la présente instance si ses livres sont dédouanés — ce qu'elle cherche à obtenir uniquement au moyen de l'appel concernant les quatre livres.

Il convient de comparer la nature de l'injustice en cause en l'espèce avec celle dont il était question dans l'affaire *Okanagan*. Dans cette affaire, les bandes qui avaient été placées dans une situation requérant la tenue d'un procès n'avaient pas les moyens de payer elles-mêmes les frais occasionnés par le procès et ne pouvaient pas non plus se permettre de renoncer à ester en justice. Par contre, en l'espèce, l'appelante a pris l'initiative de la révision systémique bien qu'elle qualifie la bataille [TRADUCTION] « d'illogique sur le plan commercial ».

Dans le cas de l'appel concernant les quatre livres, il est possible de déterminer sans trop de difficulté si on satisfait à l'exigence que les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur et qu'il soit profondément important qu'elles soient réglées d'une manière conforme aux intérêts de la justice (*Okanagan*, par. 46). Comme l'appelante a choisi d'enquêter sur les activités générales des Douanes dans le cadre de la révision systémique, il est clair que l'appel concernant les quatre livres ne vise aucun autre intérêt que celui de l'appelante elle-même et qu'il n'est donc pas suffisamment particulier pour justifier l'attribution d'une provision pour frais. Un tel constat est d'autant plus exact du fait que les questions juridiques que l'appelante a débattues dans le cadre de cet appel ont déjà été examinées et tranchées par notre Cour dans l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1*. L'appelante elle-même fait remarquer, au par. 10 de son mémoire, que le juge Binnie a laissé le champ libre à d'autres recours de l'appelante lorsqu'il a précisé que « [c]es constatations devraient fournir aux appelants des assises

158). At most, the Four Books Appeal deals with the application of *Little Sisters No. 1* to a specific set of facts.

Bennett J. held that the public importance of the constitutional issues underlying the appellant's claim and the broad impact of Customs' procedures sufficed to satisfy the public importance criterion. As mentioned above, she failed to address the special circumstances criterion. Yet, the Four Books Appeal does not address the issue of whether Customs is, in general, correctly applying the legal test for obscenity (para. 43). It is limited to the question of whether Customs reached the right result in prohibiting four specific titles. While evidence about Customs' general practices may arise incidentally in the course of the Four Books Appeal, and while some of those concerns may have been addressed in the course of the discovery of one witness for Customs, the broader issues raised by the appellant are being considered separately, as part of the Systemic Review. The appellant has defined the Four Books Appeal in a narrow, fact-specific manner such that this appeal cannot meet the requirements for public importance set out above that would have brought it within the category of special cases discussed by the Court in *Okanagan*.

Following the same reasoning, the Systemic Review offers greater promise on the public importance prong, however. To the extent that the narrowness of the Four Books Appeal discounts any potential for public importance, the breadth of the Systemic Review should satisfy this prong of the test. Because the review was framed so expansively, the appellant argues that a court's decision on this point will be of great interest both to importers and to Canada's lesbian, gay, bisexual and transidentified communities.

solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient nécessaire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique » (*Little Sisters n^o^ 1*, par. 158). Au mieux, l'appel concernant les quatre livres porte sur l'application de l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1* à un ensemble particulier de faits.

61 La juge Bennett a conclu que l'importance pour le public des questions constitutionnelles qui sous-tendent la demande de l'appelante et l'incidence générale des méthodes des Douanes suffisaient pour satisfaire au critère de l'importance pour le public. Comme nous l'avons mentionné, elle n'a pas abordé le critère des circonstances particulières. L'appel concernant les quatre livres ne porte toutefois pas sur la question de savoir si, en général, les Douanes appliquent correctement le critère juridique d'obscénité (par. 43). Il est limité à la question de savoir si les Douanes sont arrivées au bon résultat en interdisant quatre titres particuliers. Même si des éléments de preuve sur les pratiques générales des Douanes peuvent surgir de manière incidente dans le cadre de l'appel concernant les quatre livres et que certaines de ces préoccupations peuvent avoir été abordées lors de l'interrogatoire préalable d'un témoin des Douanes, les questions générales soulevées par l'appelante sont examinées séparément dans le cadre de la révision systémique. L'appelante a défini l'appel concernant les quatre livres d'une manière si étroite et axée sur les faits que le présent pourvoi ne peut satisfaire à l'exigence mentionnée plus haut de l'importance pour le public qui l'aurait fait entrer dans la catégorie des cas particuliers que la Cour a analysée dans l'arrêt *Okanagan*.

62 Toutefois, suivant le même raisonnement, la révision systémique s'avère plus prometteuse à l'égard du volet de l'importance pour le public. Dans la mesure où le caractère étroit de l'appel concernant les quatre livres écarte toute possibilité d'importance pour le public, l'ampleur de la révision systémique devrait satisfaire à ce volet du critère. Selon l'appelante, parce que la révision a été conçue de manière si large, une décision judiciaire à cet égard présentera un grand intérêt à la fois pour les importateurs et pour les communautés lesbienne, gaie, bisexuelle et transidentifiée du Canada.

63 The appellant has sought to demonstrate the far-reaching importance of this litigation by arguing that proof that Customs has disobeyed a court order would have great ramifications. To the appellant, it seems, the integrity of Customs, if not of the entire government, is at stake in this appeal. And indeed, we would surmise that a finding that Customs had deliberately misled the court would be shocking to most Canadians. This country boasts a proud history of compliance by the executive with orders of the judiciary, and we should be loath to take it for granted. However, short of imputing bad faith to Customs, a finding that its present practices do not meet this Court's dictates would not impugn the integrity of the government at large. This would merely indicate that Customs has not met its specific obligations as defined by this Court. The appropriate remedy in such a situation could range from an award of damages to injunctive relief. But a finding such as this, even if supported by the kind of evidence this Court found lacking in *Little Sisters No. 1*, does not rise to the level of general public importance simply because it concerns a public body. If it did, the same logic would seem to imply that it is an exceptional matter every time a public actor is alleged to be acting illegally — from a Crown corporation involved in a labour dispute to an administrative agency acting beyond its jurisdiction.

64 The appellant also argues that this dispute is unique because of the constitutional rights involved, which engage the critical value of freedom of expression. It portrays itself as a champion of *Charter* values. But not all *Charter* litigation is of exceptional public importance, even if it involves allegations of infringements of freedom of expression. It is not enough to contend that the *Charter* breach, if proven, would have implications beyond the individual litigant. What must be proved is that the alleged *Charter* breach begs to be resolved in the public interest. In the context of *Okanagan*, this meant proving that there were issues that had to be

L'appelante a tenté de démontrer que la présente instance revêt une importance considérable, en soutenant que la preuve que les Douanes ne se sont pas conformées à une ordonnance judiciaire aurait des répercussions majeures. Aux yeux de l'appelante, semble-t-il, c'est l'intégrité des Douanes, voire de tout le gouvernement, qui est en jeu dans le présent pourvoi. En réalité, nous sommes d'avis de présumer qu'une conclusion selon laquelle les Douanes ont délibérément induit le tribunal en erreur consternerait la plupart des Canadiens. Notre pays s'enorgueillit d'une tradition de respect des ordonnances du pouvoir judiciaire par le pouvoir exécutif, mais nous devrions nous garder de tenir cela pour acquis. Toutefois, sans aller jusqu'à imputer de la mauvaise foi aux Douanes, conclure que leurs pratiques actuelles ne respectent pas les prescriptions de notre Cour ne compromettrait pas l'intégrité du gouvernement en général. Cela indiquerait simplement que les Douanes ne se sont pas acquittées des obligations particulières qui leur ont été prescrites par notre Cour. Dans un tel cas, la réparation convenable pourrait aller des dommages-intérêts à une injonction. Toutefois, même si elle est étayée par le type de preuve que notre Cour a jugé manquante dans l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1*, une telle conclusion ne revêt pas une importance générale pour le public du seul fait qu'elle vise un organisme public. Si tel était le cas, le même raisonnement semblerait indiquer qu'une affaire est exceptionnelle dans tous les cas où on allègue qu'une entité publique agit illégalement — ce qui peut aller de la société d'État qui est mêlée à un conflit de travail à l'organisme administratif qui outrepasse sa compétence.

L'appelante soutient également que le présent différend est exceptionnel du fait que les droits constitutionnels qui y sont en cause font intervenir la valeur cruciale de la liberté d'expression. Elle se décrit comme le défenseur des valeurs de la *Charte*. Toutefois, les poursuites fondées sur la *Charte* ne revêtent pas toutes une importance exceptionnelle pour le public, même dans le cas où elles comportent des allégations d'atteinte à la liberté d'expression. Il ne suffit pas de prétendre que la violation de la *Charte*, si elle est prouvée, aurait des répercussions non limitées au plaideur en question. Il faut prouver qu'il est dans l'intérêt public de déterminer

resolved one way or the other. The exceptional circumstances in that public interest case were related not so much to obtaining a certain result as to ensuring that the state's and bands' rights and obligations were defined properly — and definitively — in a context where it seemed important that the court develop a proper method for adjudicating land claims. Thus, not every case that could, once decided, be seen as being of public importance should be viewed as a special case within the meaning of *Okanagan*. Recognizing a case as special cannot be justified solely by reference to one particular desired or apprehended outcome of the litigation. It must be based on the nature of the litigation itself.

si l'allégation de violation de la *Charte* est fondée. Dans le contexte de l'affaire *Okanagan*, cela signifiait qu'il fallait prouver que certaines questions devaient être tranchées d'une manière ou de l'autre. Les circonstances exceptionnelles dans cette affaire d'intérêt public ne consistaient pas tant à obtenir un résultat déterminé qu'à assurer que les droits et obligations de l'État et des bandes soient définis correctement — et de manière définitive — dans un contexte où il paraissait important que le tribunal établisse une bonne méthode de règlement des revendications territoriales. Ainsi, les affaires qui, une fois tranchées, pouvaient être perçues comme étant d'importance pour le public ne devaient pas toutes être considérées comme étant un cas particulier au sens de l'arrêt *Okanagan*. La reconnaissance de la nature particulière d'une affaire ne saurait se justifier uniquement en fonction de l'issue souhaitée ou appréhendée du litige. Elle doit être fondée sur la nature du litige lui-même.

In the present appeal, the argument is that the litigation is of exceptional public importance because Customs might be shown to be acting unconstitutionally. The corollary to this statement is that the litigation would not be of exceptional public importance if Customs were shown to be acting in accordance with its constitutional duties. Thus, a valid claim that a case is of public importance would depend on the outcome of the case. But if, in a case like the one at bar, the exceptional importance criterion, as properly defined, is found to be met, there is a danger that this would amount to prejudging the case on its merits. If the appellant succeeds on the merits, one might then conclude, based on the *Charter* breach it has proved, that the case is at the appropriate level of public importance. But if the appellant does not succeed, the court endorses Customs' current system and no finding of unconstitutionality is made, nothing in this case will have implications beyond the appellant. For a court to hold, in this situation, that the exceptional public importance criterion is met could therefore imply that the court has already decided what its holding on the merits will be.

65 En l'espèce, on prétend que le litige revêt une importance exceptionnelle pour le public parce qu'il pourrait être démontré que les Douanes agissent de manière inconstitutionnelle. Le corollaire de cet argument est que le litige ne revêtirait pas une importance exceptionnelle pour le public s'il était démontré que les Douanes agissent conformément à leurs obligations constitutionnelles. La validité de l'argument voulant qu'une affaire revête de l'importance pour le public dépendrait donc de l'issue de cette affaire. Toutefois, si, dans un cas comme la présente affaire, on conclut que le critère — correctement défini — de l'importance exceptionnelle pour le public est respecté, on risque alors d'en venir à préjuger de l'affaire quant au fond. Si l'appelante a gain de cause sur le fond, on pourrait alors conclure, compte tenu de la violation de la *Charte* dont elle a prouvé l'existence, que l'affaire revêt l'importance voulue pour le public. Mais si l'appelante n'a pas gain de cause, si le tribunal entérine le système actuel des Douanes et si aucune conclusion d'inconstitutionnalité n'est tirée, l'affaire n'aura alors de répercussions que sur l'appelante. Par conséquent, si un tribunal concluait, dans ce cas, que le critère de l'importance exceptionnelle pour le public est respecté, cela pourrait signifier qu'il a déjà décidé quelle sera sa conclusion quant au fond.

66 Bennett J. was very sensitive to concerns about prejudging issues and approached her advance costs analysis with great caution. However, we respectfully believe that it was an error, in a case like this, to hold that the public importance requirement was satisfied. Where only one of the possible results on the merits could render the case publicly important, the court should not conclude that the public importance requirement is met. It is in general only when the public importance of a case can be established regardless of the ultimate holding on the merits, that a court should consider this requirement from *Okanagan* satisfied.

La juge Bennett, très soucieuse de ne pas préjuger des questions, a abordé avec beaucoup de circonspection son analyse de la provision pour frais. Toutefois, nous estimons en toute déférence qu'il était erroné, dans un cas comme la présente affaire, de conclure que l'exigence de l'importance pour le public était remplie. Dans le cas où un seul des résultats possibles quant au fond pourrait rendre l'affaire importante pour le public, le tribunal ne devrait pas conclure que l'exigence de l'importance pour le public est remplie. En général, un tribunal devrait considérer que cette exigence de l'arrêt *Okanagan* est remplie uniquement dans le cas où l'importance d'une affaire pour le public peut être établie sans égard à la décision qui sera rendue en définitive sur le fond.

4.2.3 Impecuniosity

4.2.3 Manque de ressources

67 In a case like the present one, it is not even necessary for a court to consider the applicant's impecuniosity. The access to justice purpose of advance costs cannot be triggered absent the kind of exceptional circumstances that the Court discussed in *Okanagan*.

Dans un cas comme la présente affaire, il n'est même pas nécessaire qu'un tribunal prenne en considération le manque de ressources du demandeur. L'objectif d'accès à la justice visé par la provision pour frais ne peut pas entrer en jeu en l'absence du type de circonstances exceptionnelles que la Cour a analysées dans l'arrêt *Okanagan*.

68 We agree that corporations are not barred from receiving advance costs awards. However, the judge should ask in every case whether the applicant has made the effort that is required to satisfy a court that all other funding options have been exhausted. In *Okanagan*, this requirement was described as follows:

> 1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made. [para. 40]

Nous convenons que les sociétés ne sont pas inadmissibles à la provision pour frais. Toutefois, le juge devrait se demander, dans chaque cas, si le demandeur a fait tout ce qui était nécessaire pour convaincre un tribunal qu'il a épuisé toutes les autres options en matière de financement. Cette exigence a été décrite ainsi dans l'arrêt *Okanagan* :

> 1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance. [par. 40]

69 In evaluating whether the impecuniosity requirement is met, a court should also consider the potential cost of the litigation. In the present appeal, the cost estimate for the trial is well over $1 million. The Four Books Appeal alone is somewhat more affordable according to the appellant's estimate:

Pour déterminer si l'exigence du manque de ressources est remplie, un tribunal devrait aussi prendre en compte le coût potentiel du litige. En l'espèce, le coût estimatif du procès s'élève à plus d'un million de dollars. Selon l'estimation effectuée par l'appelante, à lui seul l'appel concernant

approximately $300,000. Such cost estimates form an integral part of the evidence; the court should subject them to scrutiny, and then use them to consider whether the litigant is impecunious to the extent that an advance costs order is the only viable option.

A court should generally consider whether the applicant has tried to obtain a loan. In the criminal law context, financing litigation through credit is something that courts will look for before deciding that an accused's failure to obtain counsel merits a constitutional remedy: *R. v. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357 (C.A.). An application for advance costs should demand no less.

The impecuniosity requirement from *Okanagan* means that it must be proven to be impossible to proceed otherwise before advance costs will be ordered. Advance costs should not be used as a smart litigation strategy; they are the last resort before an injustice results for a litigant, and for the public at large.

5. Conclusion

Once the three-part test from *Okanagan* has been met, the court must exercise its discretion to decide whether advance costs ought to be awarded or whether another type of order is justified. In exercising its discretion, the court must remain sensitive to any concerns that did not arise in its analysis of the test. Although the appellant in the case at bar has failed to meet the *Okanagan* test, we believe that this case also raises issues that should in any event have prompted Bennett J. to exercise her discretion against an advance costs award in respect of the Systemic Review even if the *Okanagan* test had been satisfied.

As we have stressed, the *Okanagan* test requires that an advance costs award be used only as a last resort in order to protect the public interest. The

les quatre livres est un peu plus abordable : environ 300 000 $. Ces estimations de coûts font partie intégrante de la preuve; le tribunal devrait les examiner attentivement et s'en servir pour déterminer si le plaideur manque de ressources à tel point qu'une ordonnance accordant une provision pour frais est la seule option valable.

70 Un tribunal devrait généralement vérifier si le demandeur a tenté d'obtenir un prêt. En droit criminel, la possibilité de recourir au crédit pour financer un litige est quelque chose que les tribunaux vérifient avant de décider si l'omission d'un accusé d'obtenir l'assistance d'un avocat justifie une réparation constitutionnelle : *R. c. Keating* (1997), 159 N.S.R. (2d) 357 (C.A.). Une demande de provision pour frais ne devrait commander rien de moins.

71 L'exigence du manque de ressources prévue dans l'arrêt *Okanagan* signifie qu'une provision pour frais ne pourra être ordonnée que s'il s'avère impossible de procéder autrement. La provision pour frais ne saurait être utilisée comme une stratégie d'instance habile; elle constitue plutôt un dernier recours avant que soit commise une injustice pour un plaideur et pour le public en général.

5. Conclusion

72 Une fois respecté le critère à trois volets de l'arrêt *Okanagan*, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de décider s'il convient d'accorder une provision pour frais ou de rendre un autre type d'ordonnance. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit demeurer attentif à toute préoccupation qui n'a pas été soulevée dans son analyse du critère. Bien qu'en l'espèce l'appelante n'ait pas satisfait au critère de l'arrêt *Okanagan*, nous croyons que l'affaire soulève également des questions qui, de toute façon, auraient dû inciter la juge Bennett à exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser la provision pour frais à l'égard de la révision systémique même si le critère de l'arrêt *Okanagan* avait été respecté.

73 Comme nous l'avons souligné, le critère de l'arrêt *Okanagan* exige que la provision pour frais ne soit accordée qu'en dernier recours pour protéger

test prevents an applicant from succeeding in an advance costs application where legal action is unnecessary (the merit requirement) or where private funding has not been diligently sought (the impecuniosity requirement). But there will sometimes be other options that are not contemplated by the *Okanagan* analysis.

74 Before the appellant raised the advance costs issue, Bennett J. had decided that it could proceed with three issues before the British Columbia Supreme Court: the Four Books Appeal, the Systemic Review, and the Constitutional Question. In her ruling on advance costs, Bennett J. dealt with each of these issues separately. This was a proper approach to take. However, after finding that the three steps of the *Okanagan* test had been satisfied, Bennett J. should still have addressed the question of whether there was any way to prevent the injustice she had identified other than through an advance costs award.

75 There was in fact another possibility: to consider the Four Books Appeal before hearing the Systemic Review. Resolving — or at least hearing evidence on — the Four Books Appeal offered the hope of avoiding an advance costs award for the Systemic Review. Bennett J. should therefore have considered this approach as an alternative to her award. In these circumstances, it would be premature to award advance costs for the Systemic Review. Though her subsequent decision on advance costs in respect of the Systemic Review would still need to stop short of prejudging the issues raised therein, it is possible that the evidence and argument presented in the Four Books Appeal would be helpful in scrutinizing the Systemic Review for merit and exceptional public importance — and perhaps for determining whether it was even necessary.

76 On the other hand, we recognize that the possible advantages of pursuing the Four Books Appeal

l'intérêt public. Il empêche la partie qui demande la provision pour frais de l'obtenir lorsqu'une action en justice est inutile (l'exigence de bien-fondé) ou qu'un financement privé n'a pas été sollicité assidûment (l'exigence du manque de ressources). Cependant, des possibilités non envisagées dans l'analyse effectuée dans l'arrêt *Okanagan* sont susceptibles de se présenter.

Avant que l'appelante soulève la question de la provision pour frais, la juge Bennett avait décidé qu'elle pouvait soumettre trois questions à la Cour suprême de la Colombie-Britannique : l'appel concernant les quatre livres, la révision systémique et la question constitutionnelle. Dans sa décision relative à la provision pour frais, la juge Bennett a examiné chacune de ces questions séparément. C'était une bonne façon de procéder. Toutefois, après avoir conclu que les trois volets du critère de l'arrêt *Okanagan* avaient été respectés, la juge Bennett aurait tout de même dû se demander s'il y avait un autre moyen que la provision pour frais d'empêcher l'injustice qu'elle avait relevée.

En fait, une autre option existait : examiner l'appel concernant les quatre livres avant de passer à la révision systémique. En tranchant l'appel concernant les quatre livres — ou à tout le moins en entendant la preuve s'y rapportant — on pourrait espérer éviter l'attribution d'une provision pour frais à l'égard de la révision systémique. La juge Bennett aurait donc dû considérer cette démarche comme une solution de rechange à la provision pour frais qu'elle a consentie. Dans ces circonstances, il serait prématuré d'accorder une provision pour frais à l'égard de la révision systémique. Même si, dans sa décision ultérieure sur la provision pour frais relative à la révision systémique, elle devrait se garder de préjuger des questions qui y sont soulevées, la preuve et l'argumentation présentées dans le cadre de l'appel concernant les quatre livres pourraient se révéler utiles pour examiner le bien-fondé et l'importance exceptionnelle pour le public de la révision systémique — voire même pour statuer sur leur nécessité.

Par ailleurs, nous reconnaissons que procéder en premier lieu à l'audition de l'appel concernant

first could be outweighed by the disadvantages of doing so. When issues are segregated, the potential for inefficiency abounds. Witnesses examined on the first issue may need to be recalled to address the second. Redundant expert reports may be sought. The length of the trial itself may grow exponentially. If it were eventually determined that advance costs in respect of the Systemic Review were warranted, these additional costs would be borne by the public purse; this result should definitely be avoided.

To proceed in this way is consistent with the principle stated above that an applicant must be willing to relinquish some control over the litigation to benefit from an advance costs award. Since a litigant who has been awarded advance costs is proceeding with the aid of funds received from another party, the litigant must accept certain limitations. These may be strictly financial — e.g., caps on spending — but they may also go more directly to the litigant's litigation strategy. For instance, spending limits will mean that litigants proceeding with the aid of advance costs awards may be limited in their choice and in the number of counsel and experts. Also, the court awarding advance costs must consider whether the litigant's chosen method of proceeding at trial is compatible with the notion of advance costs being a last resort and may thus need to establish a framework for the conduct of the planned litigation. In the present appeal, while the appellant understandably wants to resolve the issues in the Systemic Review as quickly as possible, it may be preferable to proceed first with the Four Books Appeal before deciding the issues arising out of the Systemic Review. In response to an argument of this sort, an applicant must be able to prove either that modifying its litigation strategy would not be more efficient and would not lead to demonstrable savings, or that retaining its original litigation strategy is necessary to ensure that justice is done.

les quatre livres comporte des inconvénients susceptibles de l'emporter sur les avantages qu'il peut y avoir de le faire. Si les questions sont traitées séparément, les risques d'inefficacité demeurent nombreux. Les témoins interrogés relativement à la première question peuvent devoir être appelés de nouveau à déposer relativement à la deuxième question. Des rapports d'expertise redondants peuvent être sollicités. Le procès risque de se prolonger de façon exponentielle. Si on décidait, en fin de compte, qu'une provision pour frais était justifiée à l'égard de la révision systémique, ces frais supplémentaires seraient supportés par le trésor public; ce résultat doit assurément être évité.

77

Cette façon de procéder est conforme au principe énoncé précédemment, à savoir qu'un demandeur doit être disposé à renoncer à exercer un certain contrôle sur le déroulement de l'instance pour bénéficier d'une provision pour frais. Le plaideur qui a obtenu une provision pour frais doit consentir à certaines limites étant donné qu'il utilise alors les fonds reçus d'une autre partie. Ces limites peuvent être strictement financières — par exemple, plafonds en matière de dépenses — mais elles peuvent aussi toucher plus directement la stratégie d'instance du plaideur. Par exemple, le plafonnement des dépenses signifie que le plaideur bénéficiant d'une provision pour frais peut disposer d'une moins grande latitude quant au choix d'un avocat et d'experts, et quant à leur nombre. De même, le tribunal qui accorde une provision pour frais doit se demander si la façon dont le plaideur a choisi d'ester en justice est compatible avec le concept de l'attribution de la provision pour frais en dernier recours, et il peut ainsi devoir établir un cadre régissant le déroulement de l'instance projetée. En l'espèce, bien que l'appelante veuille naturellement résoudre le plus rapidement possible les questions soulevées dans la révision systémique, il peut se révéler préférable d'instruire préalablement l'appel concernant les quatre livres avant de trancher ces questions. Pour répondre à ce genre d'argument, un demandeur doit être en mesure de prouver soit qu'il ne gagnerait pas en efficacité et ne réaliserait pas des économies appréciables s'il modifiait sa stratégie d'instance, soit qu'il doit s'en tenir à sa stratégie d'instance initiale pour que justice puisse être rendue.

78 The rule in *Okanagan* arose on a very specific and compelling set of facts that created a situation that should hardly ever reoccur. As this Court held in *Okanagan*, an advance costs award should remain a last resort. The costs award in the instant case did not meet the required standards.

6. Disposition

79 The appeal is dismissed, with the parties to bear their own costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Charron J. were delivered by

80 THE CHIEF JUSTICE — I have read the joint reasons of my colleagues Justices Bastarache and LeBel to dismiss the appeal, as well as those of Justice Binnie to allow it.

81 I would dismiss the appeal, although for somewhat different reasons than Bastarache and LeBel JJ. I cannot, with respect, concur entirely in the statement of the test put forth in either the reasons of Bastarache and LeBel JJ., nor in the reasons of Binnie J. This disagreement leads me to a different formulation of the test and a different analysis.

I. Test for Awarding Interim Costs

82 The law does not require a party to provide advance financing of the claim of its opponent as a general rule. Litigation proceeds on the basis that each party must finance its own case, subject to post-litigation costs awards. Sometimes, the state provides assistance to an impecunious party, through legal aid. Sometimes, lawyers assist a needing party by offering *pro bono* services or by working on a contingency fee arrangement. These possibilities do not negate the general rule that each party must finance its own litigation.

La règle de l'arrêt *Okanagan* découlait d'un ensemble de faits très particuliers et déterminants qui engendraient une situation qui ne devrait guère se reproduire. Comme notre Cour l'a décidé dans l'arrêt *Okanagan*, la provision pour frais ne devrait être accordée qu'en dernier recours. En l'espèce, l'attribution de dépens ne respectait pas les normes requises.

6. Dispositif

Le pourvoi est rejeté, les parties devant supporter leurs propres frais.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et de la juge Charron rendus par

LA JUGE EN CHEF — J'ai pris connaissance des motifs conjoints de mes collègues les juges Bastarache et LeBel, qui sont d'avis de rejeter le pourvoi, ainsi que des motifs du juge Binnie, qui l'accueillerait.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, bien que ce soit pour des motifs différant quelque peu de ceux de mes collègues les juges Bastarache et LeBel. En toute déférence, je ne puis souscrire entièrement à leur formulation du critère, pas plus qu'à celle de mon collègue le juge Binnie, ce qui m'amène donc à le formuler autrement et à procéder à une analyse différente.

I. Le critère applicable en matière de provision pour frais

En règle générale, la loi n'oblige pas une partie à verser une provision pour frais destinée à financer l'action intentée par son adversaire. Dans un litige, chaque partie doit payer ses propres frais, sous réserve des dépens auxquels elle peut être condamnée à l'issue de l'instance. Parfois, l'État vient au secours d'une partie impécunieuse, au moyen de l'aide juridique. Il arrive aussi que des avocats aident une partie dans le besoin en lui offrant bénévolement leurs services ou en concluant avec elle une convention d'honoraires conditionnels. L'existence de ces possibilités n'écarte pas pour autant la règle générale voulant que chaque partie finance sa cause.

However, in certain cases raising special circumstances, judges, invoking their equitable jurisdiction, may order one party to pay the other's interim costs if "the poverty of the person will not allow her to carry on the cause, unless the court will direct the defendant to pay something to the plaintiff in the mean time": *Jones v. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.). Such an order is rare, and may be made only in "special circumstances", where necessary to avoid unfairness or injustice. Such orders have been made in certain trust, bankruptcy, corporate and family cases. In *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71, this Court held that the public interest in litigation could support a finding of exceptional circumstances sufficient to permit an award of interim costs. In such cases, policy interests often supersede the interest to the litigant, and the issues are of significance not only to the parties, but to the broader community. As LeBel J., for the Court, wrote:

> In both these respects, public law cases as a class can be distinguished from ordinary civil disputes. They may be viewed as a subcategory where the "special circumstances" that must be present to justify an award of interim costs are related to the public importance of the questions at issue in the case. . . . [para. 38]

In *Okanagan*, the third condition that must be met before a court can order interim costs is described in terms of "special interest", more particularly special interest established by the public importance of the litigation. The test for interim costs orders generally as set out in *Okanagan* reads as follows:

> There are several conditions that the case law identifies as relevant to the exercise of this power, all of which must be present for an interim costs order to be

83 Toutefois, dans certaines affaires qui présentent des circonstances particulières, un juge peut invoquer sa compétence d'equity pour ordonner à une partie de verser à l'autre partie une provision pour frais si [TRADUCTION] « en raison de sa pauvreté, la personne ne pourra pas faire entendre sa cause à moins que la cour n'ordonne au défendeur de payer entre-temps une certaine somme à la demanderesse » : *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.). Ces ordonnances sont rares et ne peuvent être rendues que dans des « circonstances particulières », lorsqu'elles sont nécessaires pour éviter une iniquité ou injustice. Elles ont été accordées dans certaines affaires concernant les fiducies, la faillite, les sociétés et la famille. Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, notre Cour a statué que l'intérêt public dans une instance pouvait justifier de conclure à l'existence de circonstances exceptionnelles suffisantes pour permettre l'attribution d'une provision pour frais. En pareil cas, des considérations d'intérêt général priment souvent l'intérêt du plaideur, et les questions soulevées revêtent de l'importance non seulement pour les parties au litige, mais encore pour la collectivité en général. Comme le juge LeBel l'a affirmé au nom de la Cour :

> Sous ces deux aspects, les causes de droit public en tant que catégorie se distinguent des litiges civils ordinaires. Elles peuvent être considérées comme une sous-catégorie dans laquelle les « circonstances particulières » qui sont nécessaires pour que l'on puisse justifier l'octroi de provisions pour frais tiennent à l'importance des questions en jeu pour le public. . . [par. 38]

84 Dans l'arrêt *Okanagan*, la troisième condition à remplir pour qu'un tribunal puisse ordonner le versement d'une provision pour frais fait état d'un « intérêt spécial » et, plus particulièrement, l'intérêt spécial tenant à l'importance de l'instance pour le public. Selon l'arrêt *Okanagan*, le critère généralement applicable en matière de provision pour frais est le suivant :

> La jurisprudence pose plusieurs conditions à l'exercice de ce pouvoir, toutes devant être présentes pour qu'une provision pour frais soit accordée. La partie qui

granted. The party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the opportunity to proceed with the case. The claimant must establish a *prima facie* case of sufficient merit to warrant pursuit. And there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate. . . . in the usual case, where the court exercises its equitable jurisdiction to make such costs orders as it concludes are in the interests of justice, the three criteria of impecuniosity, a meritorious case and special circumstances must be established on the evidence before the court. [Emphasis added; para. 36.]

85 Again, in applying the test, the Court, *per* LeBel J., stated:

> Applying the criteria I have set out to the evidence in this case as assessed by the chambers judge, it is my view that each of them is met. The respondents are impecunious and cannot proceed to trial without an order for interim costs. The case is of sufficient merit that it should go forward. The issues sought to be raised at trial are of profound importance to the people of British Columbia, both aboriginal and non-aboriginal, and their determination would be a major step towards settling the many unresolved problems in the Crown-aboriginal relationship in that province. In short, the circumstances of this case are indeed special, even extreme. [Emphasis added; para. 46.]

86 However, in setting out the test in the context of public interest litigation at para. 40 of *Okanagan*, the third condition of special circumstances was expressed in terms of public interest without express reference to special circumstances. The third branch is described there as follows: "3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases."

87 Notwithstanding the restricted formulation of the third requirement of the test at para. 40 of *Okanagan*, it is clear from the overall tenor of the reasons in *Okanagan* that the Court did not intend to depart from the common law requirement that

sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause. Elle doit prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal. De plus, il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs. [. . .] [N]ormalement, lorsque le tribunal exerce sa compétence en equity pour ordonner de telles provisions pour frais parce qu'il conclut qu'il y va de l'intérêt de la justice, il doit ressortir de la preuve que les trois conditions sont réunies : le manque de ressources nécessaires, une cause qui vaut d'être instruite et des circonstances spéciales. [Je souligne; par. 36.]

Là encore, en appliquant le critère, la Cour, s'exprimant sous la plume du juge LeBel, a affirmé :

> Si j'applique les conditions que j'ai énoncées à la preuve en l'espèce telle que le juge en chambre l'a appréciée, je suis d'avis qu'il est satisfait à chacune d'elles. Les intimés ne disposent pas de ressources suffisantes et ne peuvent faire entendre leur cause sans ordonnance de paiement d'une provision pour frais. L'affaire vaut d'être instruite. Les questions que l'on cherche à soulever au procès sont d'une importance cruciale pour la population de la Colombie-Britannique, tant autochtone que non autochtone, et une décision à leur égard constituerait un pas majeur vers le règlement des nombreux problèmes en suspens entre la Couronne et les Autochtones dans cette province. Bref, les circonstances de l'espèce sont effectivement particulières, voire exceptionnelles. [Je souligne; par. 46.]

Toutefois, en énonçant le critère dans le contexte d'une instance d'intérêt public, au par. 40 de l'arrêt *Okanagan*, la Cour a décrit la troisième condition des circonstances particulières ou spéciales sous l'angle de l'intérêt public, sans mentionner expressément les circonstances particulières ou spéciales. Le troisième volet du critère y est décrit ainsi : « 3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées. »

Malgré la formulation restrictive du troisième volet du critère figurant au par. 40 de l'arrêt *Okanagan*, il ressort clairement de la teneur globale des motifs de cet arrêt que la Cour n'entendait pas déroger à la condition de common law selon

special circumstances be established as a precondition of interim costs. The test for interim costs in public interest litigation should not be less exacting than the test for interim costs generally. Indeed, there is no reason why they should not be the same. In applying the test, as discussed, the Court confirmed that the search is not merely for a matter of public interest, but for the very special circumstances required to justify this extraordinary order.

I therefore proceed on the basis that the three criteria for an order for advance costs are: (1) impecuniosity; (2) a meritorious case; and (3) special circumstances making this extraordinary exercise of the court's power appropriate. This formulation differs from that used by my colleagues Bastarache and LeBel JJ. in that the third condition is not merely that the matter be one of public interest, but that it constitute special circumstances in the sense indicated. The third requirement of special circumstances has been found in cases involving trusts, family maintenance, corporate and bankruptcy matters, and, in *Okanagan*, in cases involving issues of public importance. However, public importance is not enough in itself to meet the third requirement. The ultimate question is whether the matter of public interest rises to the level of constituting special circumstances. As with all equitable orders, the order is in the court's discretion, provided the conditions are made out. However, absent these conditions, it cannot be made.

II. Application of the Test to This Case

How the third requirement of the test is formulated makes a difference in this case. Indeed, it makes a critical difference. The chambers judge applied the formulation of the test found at

laquelle la provision pour frais ne peut être ordonnée que si l'existence de circonstances particulières est préalablement établie. Le critère applicable à la provision pour frais dans une instance d'intérêt public ne devrait pas être moins exigeant que celui généralement applicable en matière de provision pour frais. En fait, rien ne justifie qu'ils diffèrent. Comme nous l'avons vu, la Cour a confirmé que, dans l'application du critère, il faut se demander non seulement si l'affaire est d'intérêt public, mais également si l'on est en présence des circonstances très particulières qui sont requises pour justifier cette ordonnance exceptionnelle.

88 Je tiens donc pour acquis que les trois conditions qui doivent être réunies pour qu'une ordonnance accordant une provision pour frais soit rendue sont les suivantes : (1) le manque de ressources, (2) l'affaire vaut d'être instruite et (3) l'existence de circonstances particulières justifiant l'exercice exceptionnel de ce pouvoir judiciaire. Cette formulation diffère de celle de mes collègues les juges Bastarache et LeBel en ce que la troisième condition veut non seulement que l'affaire soit d'intérêt public, mais qu'elle présente des circonstances particulières au sens indiqué. On a conclu que la troisième condition, celle des circonstances particulières, était remplie dans des affaires concernant les fiducies, le soutien familial, les sociétés et la faillite, et, dans l'arrêt *Okanagan*, dans des affaires soulevant des questions d'importance pour le public. Cependant, l'importance pour le public n'est pas suffisante en soi pour remplir la troisième condition. En définitive, il s'agit de savoir si l'affaire d'intérêt public présente des circonstances particulières. Comme pour toutes les ordonnances d'equity, cette ordonnance relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal, qui peut la rendre seulement s'il est établi que les conditions sont remplies. En l'absence de ces conditions, l'ordonnance ne peut pas être rendue.

II. Application du critère à la présente affaire

89 La façon de formuler la troisième condition n'est pas sans incidence en l'espèce. En fait, elle a une incidence cruciale. La juge en chambre a appliqué le critère tel qu'il est formulé au par. 40 de l'arrêt

para. 40 of *Okanagan* ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823). She found impecuniosity, merit and public interest. Having done so, she explained the exercise of her residual discretion in two short paragraphs. In all of this, she never discussed the critical condition that the case displayed "special circumstances".

90 The Court of Appeal, in setting aside the chambers judge's order for interim costs, relied on this error ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94). Thackray J.A. pointed out that the chambers judge did not consider whether the litigation could be defined as "special" enough — as opposed to simply being important — to merit advance costs (para. 60).

91 I agree with the Court of Appeal that this constituted a critical error, justifying disturbing the chambers judge's order for interim costs.

92 The standard for an appellate court setting aside an order for interim costs is stated succinctly by LeBel J. in *Okanagan* (at para. 43):

> An appellate court may and should intervene where it finds that the trial judge has misdirected himself as to the applicable law or made a palpable error in his assessment of the facts. As this Court held in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 814-15, the criteria for the exercise of a judicial discretion are legal criteria, and their definition as well as a failure to apply them or a misapplication of them raise questions of law which are subject to appellate review.

93 Major J., at para. 82, agreed and added:

> I also agree that a misapplication of the criteria relevant to an exercise of discretion constitutes an error of law.

Here, as the Court of Appeal held, the chambers judge misapplied the criteria relevant to the exercise of her discretion by failing to consider whether

Okanagan ((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823). Elle a conclu qu'il y avait un manque de ressources et que l'affaire valait d'être instruite et était d'intérêt public, puis elle a expliqué l'exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel dans deux courts paragraphes, le tout sans jamais analyser la condition cruciale que l'affaire présente des « circonstances particulières ».

La Cour d'appel invoque cette erreur pour annuler l'ordonnance de la juge en chambre accordant une provision pour frais ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94). Le juge Thackray a souligné que la juge en chambre ne s'était pas demandé si l'instance pouvait être qualifiée de suffisamment « particulière » — au lieu de simplement importante — pour justifier l'attribution d'une provision pour frais (par. 60).

Je conviens avec la Cour d'appel que cela constituait une erreur déterminante qui justifiait de modifier l'ordonnance de la juge en chambre accordant la provision pour frais.

Dans l'arrêt *Okanagan* (par. 43), le juge LeBel énonce brièvement la norme applicable à l'annulation en appel d'une ordonnance accordant une provision pour frais :

> Une cour d'appel peut et doit intervenir lorsqu'elle estime que le juge de première instance s'est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ou a commis une erreur manifeste dans son appréciation des faits. Comme la Cour l'a dit dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 814-815, les conditions d'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge constituent des critères juridiques et leur définition, tout comme leur non-application ou leur mauvaise application, pose des questions de droit susceptibles de révision en appel.

Au paragraphe 82, le juge Major s'est dit du même avis et a ajouté ceci :

> Je reconnais également qu'une mauvaise application des critères relatifs à l'exercice du pouvoir discrétionnaire constitue une erreur de droit.

En l'espèce, comme l'a conclu la Cour d'appel, la juge en chambre a mal appliqué les critères relatifs à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en

the case was special enough to justify the extraordinary measure of ordering the respondents to pay the appellant's interim costs. That constitutes an error of law, attracting appellate review.

ne se demandant pas si l'affaire était suffisamment particulière pour justifier la mesure exceptionnelle consistant à ordonner aux intimés de verser une provision pour frais à l'appelante. Il s'agit d'une erreur de droit qui donne ouverture à une révision en appel.

For the reasons that follow, I conclude, as do my colleagues Bastarache and LeBel JJ., that the third pre-condition of an order for interim costs is not met in this case, not because the case entirely lacks public interest, as they assert, but because it does not rise to the level of the special circumstances required to give the court jurisdiction to make the order. In my view, this case does not fall into the narrow class of cases where one party may be ordered to pay the interim costs of the other party. If this case qualifies for advance costs, so will many other cases involving constitutional issues and other issues of public importance. This Court's decision in *Okanagan* was not intended to provide a general funding mechanism for important cases.

94 Pour les motifs qui suivent, je conclus, à l'instar de mes collègues les juges Bastarache et LeBel, que la présente affaire ne remplit pas la troisième condition préalable de l'ordonnance accordant une provision pour frais, non pas en raison de l'absence totale d'intérêt public, comme ils l'affirment, mais parce qu'elle ne présente pas les circonstances particulières requises pour qu'un tribunal soit fondé à rendre cette ordonnance. À mon avis, elle n'entre pas dans la catégorie restreinte des affaires où une partie peut se voir ordonner de payer une provision pour frais à l'autre partie. Si la présente affaire réunit les conditions requises pour qu'une provision pour frais puisse être ordonnée, il en ira de même pour de nombreuses autres affaires soulevant des questions constitutionnelles ou d'autres questions d'importance pour le public. L'arrêt *Okanagan* de notre Cour ne visait pas à établir un mécanisme général de financement des affaires importantes.

1. *Inability to Pay*

Under *Okanagan*, the first question is whether Little Sisters "genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, [whether] the litigation would be unable to proceed if the order were not made" (para. 40). This involves an examination of the cost of the projected litigation and the appellant's ability to meet those costs.

1. *Incapacité de payer*

95 Suivant l'arrêt *Okanagan*, il faut d'abord se demander si Little Sisters « n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, [si] elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance » (par. 40). Il faut, à cette fin, s'interroger sur le coût de l'instance projetée et sur la capacité de l'appelante de le supporter.

The scope of the case is central to this issue. Customs argued that an appeal regarding four of the books may determine whether a broader review of systemic practices is necessary, and that therefore the question of whether Little Sisters could afford the Four Books Appeal should be determined first. The Court of Appeal found that Bennett J. erred

96 La portée de l'affaire est au cœur de cette question. Les Douanes ont fait valoir qu'un appel concernant quatre des livres peut indiquer si un examen plus large des pratiques systémiques est nécessaire, et qu'il y a donc lieu de commencer par vérifier si Little Sisters avait les moyens de payer les frais occasionnés par l'appel concernant

in failing to consider whether Little Sisters could afford to pursue the appeal of the four books, rather than the broader systemic appeal.

97 Like my colleagues, I am content to proceed on the basis of the Four Books Appeal. However, I disagree with the Court of Appeal's conclusion that it was "speculati[ve]" for Bennett J. to find the cost of that appeal exceeded Little Sisters' financial resources. The high cost of appealing specific prohibitions was noted by this Court in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ("*Little Sisters No. 1*"): the "cost of challenging [prohibitions] through the various levels of administrative review" make it difficult — if not "completely impracticable" to contest them (*per* Iacobucci J., at para. 230). More importantly, Little Sisters presented extensive evidence of the resources required to advance this appeal, and established to the motion judge's satisfaction that the cost was beyond its means.

98 The intervener Attorney General of Ontario submitted that, much like the test for public interest standing, the test for advance costs should consider whether there are other parties capable of bringing the issue before the courts. It proposes this as a way of ensuring that interim costs orders only be issued where absolutely necessary, while also reducing the risk of plaintiff shopping. Bastarache and LeBel JJ. adopt this submission, while Binnie J. rejects it. I agree with Binnie J. on this point. As LeBel J. stated in *Okanagan*, the "party seeking the order must be impecunious to the extent that, without such an order, that party would be deprived of the opportunity to proceed with the case" (para. 36 (emphasis added)). The fact that other plaintiffs are actually pursuing similar claims might impact the overall assessment of the public importance of the case, but it does not negate impecuniosity. To hold otherwise would place on the applicant the

les quatre livres. La Cour d'appel a conclu que la juge Bennett avait commis une erreur en omettant de se demander si Little Sisters avait les moyens de poursuivre l'appel concernant les quatre livres au lieu de l'appel plus large sur les pratiques systémiques.

À l'instar de mes collègues, je m'en tiendrais à l'appel concernant les quatre livres. Toutefois, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la juge Bennett s'est livrée à des [TRADUCTION] « conjectures » en décidant que Little Sisters n'avait pas les moyens de financer l'appel en question. Dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (« *Little Sisters n^{o} 1* »), notre Cour a fait état du coût élevé d'un appel visant des interdictions particulières : « les coûts qu'entraîne [la] contestation [d'une interdiction] aux différents niveaux de révision administrative » font en sorte qu'il est difficile — voire « totalement impossible en pratique » de la contester (le juge Iacobucci, par. 230). Qui plus est, Little Sisters a présenté une preuve abondante au sujet des ressources requises pour interjeter l'appel qui nous intéresse et a démontré à la satisfaction de la juge en chambre qu'elle n'avait pas les moyens de supporter ce coût.

L'intervenant le procureur général de l'Ontario a soutenu que, dans le cadre du critère applicable à la provision pour frais, tout comme dans celui applicable à la qualité pour agir dans l'intérêt public, il faut se demander si d'autres parties sont en mesure de soumettre la question aux tribunaux. Cette proposition constitue, selon lui, un moyen de faire en sorte que les provisions pour frais ne soient ordonnées que dans les cas où elles sont absolument nécessaires, tout en réduisant le risque de recherche d'un demandeur y ayant droit. Les juges Bastarache et LeBel retiennent cet argument, mais non le juge Binnie, dont je partage l'avis sur ce point. Comme l'a affirmé le juge LeBel dans l'arrêt *Okanagan*, la « partie qui sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause » (par. 36 (je souligne)). Le fait que d'autres demandeurs aient intenté des actions semblables est

impossible task of proving no one else could or would pursue the litigation.

susceptible d'influer sur l'évaluation globale de l'importance de l'affaire pour le public, mais il n'écarte pas la prise en compte de l'impécuniosité. Conclure différemment aurait pour effet d'imposer à la partie qui demande la provision pour frais la tâche impossible de prouver que personne d'autre ne pourrait ou ne voudrait poursuivre l'instance.

I conclude that the evidence supports the chambers judge's finding of inability to finance the litigation. 99

J'estime que la preuve étaye la conclusion d'incapacité de financer l'instance tirée par la juge en chambre.

2. *Prima Facie Merit*

2. *Bien-fondé à première vue*

Both the chambers judge and the Court of Appeal concluded that this threshold is relatively low, and that it is met on the facts of the instant case. 100

La juge en chambre et la Cour d'appel ont toutes les deux conclu que cette condition préalable était relativement peu exigeante et qu'elle était remplie selon les faits de la présente affaire.

I agree that the threshold set by the *prima facie* merit criterion is relatively low. Imposing too high a threshold at this stage risks engaging courts in the very exercise of pre-determining the merits that it is supposed to avoid. What is required at this stage, on the test for interim costs, applying *Okanagan*, is that "[t]he case is of sufficient merit that it should go forward" (*per* LeBel J., at para. 46). The chambers judge correctly considered this requirement and found it to be met. In my view, her finding on this issue should not be disturbed. 101

Je conviens que la condition préalable du bien-fondé à première vue est relativement peu exigeante. L'application d'une condition trop stricte à ce stade risque d'amener les tribunaux à préjuger du bien-fondé de la demande, ce qu'ils sont censés éviter de faire. Ce qui est requis à ce stade, selon le critère régissant les provisions pour frais et en application de l'arrêt *Okanagan*, c'est que « [l]'affaire va[ille] d'être instruite » (le juge LeBel, par. 46). La juge en chambre a examiné adéquatement cette condition et a conclu qu'elle était remplie. Selon moi, il n'y a pas lieu de modifier sa conclusion sur ce point.

3. *Special Circumstances*

3. *Circonstances particulières*

As already discussed, for more than 250 years, courts have insisted that a pre-condition of an order for interim costs is a finding that the case fulfills the requirement of "special circumstances". More precisely, "there must be special circumstances sufficient to satisfy the court that the case is within the narrow class of cases where this extraordinary exercise of its powers is appropriate": *Okanagan*, at para. 36. LeBel J. cited with approval the statement of Macdonald J. in *Organ v. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Gen. Div.), at p. 215, that the jurisdiction to award interim costs is "limited to very exceptional cases and ought to be narrowly applied" (para. 32). 102

Comme nous l'avons vu, les tribunaux exigent depuis plus de 250 ans qu'une condition préalable d'une ordonnance accordant une provision pour frais soit que l'affaire satisfasse à l'exigence des « circonstances spéciales ou particulières ». Plus précisément, « il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs » : *Okanagan*, par. 36. Le juge LeBel a cité en l'approuvant l'affirmation de la juge Macdonald dans la décision *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Div. gén.), p. 215, selon

Similarly, La Forest J. in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, stated that an interim costs award against the Attorney General was "highly unusual" and something that should be permitted "only in very rare cases" (para. 122).

103 The reasons for this stricture are apparent. They lie in the general rule that parties must bear the costs of their litigation, subject to post-judgment costs orders. It is an extraordinary and unusual thing to make a defendant pay not only its own litigation expenses, but to assist the plaintiff in bringing the case against him. Cases raising issues that transcend the plaintiff's individual interest, are of public importance and are unresolved, are legion. The Court in *Okanagan* did not intend interim costs to be available in all such cases, as confirmed by the requirement of "special circumstances" and the emphasis on a "narrow class of cases" and the "extraordinary" nature of the order (para. 36).

104 What identifies the rare case where "special circumstances" permit an order for interim costs? Some cases emphasize the importance of the subject matter of the suit. This is different from the question of *prima facie* merit at issue in the second requirement, discussed above. The issue is not whether the case has *prima facie* merit — that has already been established — but whether it is of such great importance that justice requires it to go forward. The importance may be private, public, or both. The "profound importance" of the case to the litigants in *Okanagan* was explicitly noted by LeBel J. (para 46). A similar analysis entered the equation in *B. (R.)* where the Ontario Court of Appeal, upholding the award of costs against the intervening Attorney General, noted that the case was one in which "parents rose up against state power because of their religious beliefs" ((1992), 10 O.R.

laquelle la compétence pour accorder une provision pour frais [TRADUCTION] « se limit[e] à des cas vraiment exceptionnels et [devrait] être appliquée avec restriction » (par. 32). De même, dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest a affirmé qu'une ordonnance enjoignant au Procureur général de verser une provision pour frais était « fort inhabituelle » et ne devrait être permise « que dans des cas très rares » (par. 122).

Les raisons de cette restriction sont évidentes. Elles tiennent à la règle générale selon laquelle les parties doivent financer leur participation à un litige, sous réserve des dépens auxquels elles peuvent être condamnées après le jugement. Ce n'est qu'exceptionnellement et rarement qu'un défendeur sera tenu non seulement de supporter ses propres dépenses, mais encore d'aider le demandeur à le poursuivre en justice. Les affaires soulevant des questions qui dépassent le cadre des intérêts du demandeur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées sont nombreuses. Dans l'arrêt *Okanagan*, la Cour n'a pas voulu que la provision pour frais puisse être obtenue dans tous ces cas, comme le confirment l'exigence des « circonstances particulières » et l'insistance sur la « catégorie restreinte de causes » et la nature « exceptionnel[le] » de l'ordonnance (par. 36).

Quand sommes-nous en présence d'un de ces rares cas où des « circonstances particulières » justifient d'ordonner une provision pour frais? Certaines affaires font ressortir l'importance de l'objet de la poursuite. Cette question diffère de celle du bien-fondé à première vue qui est visée dans la deuxième condition analysée plus haut. Il s'agit de déterminer non pas si l'affaire est fondée à première vue — ce qui a déjà été établi — mais si elle revêt une importance si grande que la justice exige qu'elle suive son cours. L'affaire peut être importante pour un plaideur, pour le public en général ou pour les deux à la fois. Dans l'arrêt *Okanagan*, le juge LeBel a explicitement fait état de l'« importance cruciale » de l'affaire pour les plaideurs (par. 46). Une analyse semblable a été effectuée dans l'arrêt *B. (R.)* où la Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la condamnation aux

(3d) 321, at pp. 354-55). Other cases find unfairness not so much in the special subject matter of the suit, as in the circumstances of the parties. For example, it may appear fair that a trustee who is sued bear some of the cost of settling an issue relating to a trust, or that a husband who controls the assets of the marriage pay something toward the cost of resolving how they are to be divided. Often, considerations of subject matter and circumstances intertwine. The ultimate question is whether the order for interim costs is required to prevent systemic unfairness or injustice.

dépens du procureur général intervenant en indiquant qu'il s'agissait d'une affaire dans laquelle [TRADUCTION] « des parents se sont élevés contre le pouvoir de l'État en raison de leurs convictions religieuses » ((1992), 10 O.R. (3d) 321, p. 354-355). Dans d'autres affaires, les tribunaux ont conclu que l'iniquité ne résultait pas tant de l'objet particulier de l'action en justice que de la situation des parties. Par exemple, il peut sembler juste qu'un fiduciaire poursuivi en justice supporte une partie des frais engagés pour faire trancher une question touchant une fiducie, ou que le mari qui contrôle les biens du mariage contribue aux frais requis pour faire décider des modalités de leur partage. Il arrive souvent que les considérations susmentionnées — l'objet et les circonstances — soient inextricablement liées. En définitive, il s'agit de déterminer s'il est nécessaire d'accorder une provision pour frais pour empêcher une iniquité ou injustice systémique.

What elevates a case to the special and narrow class where advance costs may be ordered cannot be determined by precise advance description. Generally, however, an award should be made only if the court concludes that issues raised are of high importance and are unlikely to proceed in the absence of an advance costs order, thereby producing a serious denial of justice. The injustice at stake here is not denial to the appellant of an anticipated remedy, nor denial to the public of a desired outcome, but the injustice of denial of an opportunity to have a vital private and/or public issue judged and resolved by the courts. If the statement is confined to systemic injustice in this sense, I agree with the conclusion of Bastarache and LeBel JJ. that "[a]n advance costs award should remain a last resort" (para. 78).

105 Il est impossible de décrire à l'avance de façon précise ce qui fait qu'une cause appartient à la catégorie spéciale et restreinte des cas où une provision pour frais peut être ordonnée. En règle générale, cependant, une provision pour frais ne devrait être accordée que dans le cas où le tribunal conclut que les questions soulevées ont une grande importance et qu'elles ne seront vraisemblablement pas examinées et tranchées en l'absence d'une provision pour frais, ce qui entraînera un grave déni de justice. L'injustice dont il est question en l'espèce n'est pas le fait de priver l'appelante d'une réparation escomptée ou le public d'un résultat souhaité, mais le fait de refuser la possibilité de faire examiner et trancher par les tribunaux une question cruciale d'intérêt privé, public ou les deux. Si l'affirmation se limite à cette notion d'injustice systémique, je souscris à la conclusion des juges Bastarache et LeBel selon laquelle « la provision pour frais ne devrait être accordée qu'en dernier recours » (par. 78).

Against this background, I turn to whether the evidence adduced before the chambers judge establishes a special case in this sense. The chambers judge did not address this question. The Court of Appeal, *per* Thackray J.A., did consider it, and concluded that the case, while raising issues of public importance, did not meet the third requirement

106 C'est dans ce contexte que j'examinerai si la preuve soumise à la juge en chambre établit l'existence d'un cas particulier en ce sens. La juge en chambre n'a pas abordé cette question, mais la Cour d'appel, par l'entremise du juge Thackray, l'a examinée et a conclu que, même si elle soulevait des questions d'importance pour le public, l'affaire ne

of being "special" enough to permit an order for interim costs:

> Freedom of expression is of public interest at any time, as is compliance with court orders. However, it is only the "special" case that will engage the extraordinary step of requiring the public purse to contribute funds, through advanced costs, to the prosecution or defence of a case. I am of the opinion that the case at bar has not been shown to be special as to its circumstances as compared to *Okanagan Indian Band* nor to be "special" by its very nature as a public interest case. [para. 61]

107 I agree with the Court of Appeal. It cannot be denied that the present case raises issues of some public importance. Free expression, as Thackray J.A. states, is always of public importance. And as Binnie J. points out, inferences may be drawn from the decision-making process for these books to the processes used for other material. This may be important to other booksellers relying on imports and, more broadly, to citizens concerned with how Customs defines obscenity and the contest between state power and freedom of expression. The public also has an interest in compliance with court orders.

108 I note the suggestion of both the Court of Appeal and Customs that Little Sisters' difficulty in collecting money to fund this case indicates that the lesbian and gay community does not regard this issue as particularly important. In my view, this argument should be rejected. First, this reasoning appears to penalize an applicant for not being able to raise money and flies in the face of the requirement to show that it genuinely cannot afford to pay for the litigation. Second, lack of concern is not the only inference that can be drawn from lack of financial support from the community. For example, other issues may be competing for its pecuniary attention. Finally, the question of public importance is not about popularity; indeed, the issues of greatest importance may sometimes be

remplissait pas la troisième condition selon laquelle elle devait être suffisamment « spéciale » ou « particulière » pour permettre l'attribution d'une provision pour frais :

> [TRADUCTION] La liberté d'expression est toujours d'intérêt public, tout comme le respect des ordonnances judiciaires. Cependant, ce n'est que dans un cas « spécial » que sera prise la mesure exceptionnelle consistant à obliger le trésor public à contribuer au financement d'une poursuite ou d'une défense au moyen de la provision pour frais. À mon avis, il n'a pas été démontré que la présente affaire présente des circonstances spéciales comme celles de l'affaire *Bande indienne Okanagan* ni qu'elle est « spéciale » de par son caractère même d'intérêt public. [par. 61]

Je partage l'opinion de la Cour d'appel. On ne saurait nier que la présente affaire soulève des questions revêtant une certaine importance pour le public. Comme l'affirme le juge Thackray, la liberté d'expression revêt toujours de l'importance pour le public. De plus, comme le souligne le juge Binnie, le processus décisionnel appliqué aux livres en question peut permettre de faire des inférences au sujet des méthodes utilisées pour d'autre matériel. Cela peut être important pour d'autres libraires importateurs et, plus généralement, pour les citoyens préoccupés par la façon dont les Douanes définissent l'obscénité et par le conflit entre le pouvoir de l'État et la liberté d'expression. La population a elle aussi intérêt à ce que les ordonnances judiciaires soient respectées.

Je remarque que la Cour d'appel et les Douanes ont affirmé que la difficulté de Little Sisters de réunir les fonds nécessaires pour financer la présente affaire indique que la communauté gaie et lesbienne ne considère pas cette question particulièrement importante. À mon avis, cet argument doit être rejeté. Premièrement, ce raisonnement semble pénaliser un demandeur qui est incapable de lever des fonds, en plus d'aller à l'encontre de la condition requérant qu'il démontre qu'il n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige. Deuxièmement, le manque d'intérêt n'est pas la seule inférence qui puisse être tirée de l'absence de soutien de la part de la communauté gaie et lesbienne. Par exemple, il peut y avoir d'autres causes pour lesquelles

the least popular and hence the least supported. It is true, as the Court of Appeal noted, that the main issues concerning free speech were resolved in *Little Sisters No. 1*. However, the evidence supports residual issues of public importance in this litigation.

son aide financière est sollicitée. Enfin, l'importance pour le public n'est pas une question de popularité; en fait, il arrive que les questions les plus importantes soient les moins populaires et reçoivent, par conséquent, le moins d'appui. Il est vrai, comme l'a souligné la Cour d'appel, que les principales questions concernant la liberté d'expression ont été tranchées dans l'arrêt *Little Sisters n^o 1*. Toutefois, la preuve indique que des questions d'importance pour le public restent à résoudre.

The real question is whether the issues of public importance raised by the present case rise to the level of being special enough to justify an order for interim costs. Is this one of those rare cases where justice demands that the questions raised be litigated? Here again, I agree with the Court of Appeal. At stake is the prospect of not learning how Customs proceeded on the Four Books Appeal and, in the event it proceeded wrongly, not having a remedial order. In my view, the possible insight that may be gained into Customs' practices through the prosecution of this case and the limited remedy, while of interest to Little Sisters, do not rise to the level of compelling public importance or demonstrate systemic injustice.

109 La véritable question qui se pose est de savoir si les questions d'importance pour le public soulevées en l'espèce sont suffisamment particulières pour justifier l'attribution d'une provision pour frais. Est-on en présence de l'un des rares cas où la justice exige que les questions soulevées soient soumises aux tribunaux? Là encore, je partage l'avis de la Cour d'appel. L'enjeu est le risque qu'on n'apprenne pas comment les Douanes ont agi relativement à l'appel concernant les quatre livres et que, dans le cas où elles auraient mal agi, aucune ordonnance réparatrice ne soit accordée. À mon avis, les indications qu'un procès pourrait apporter sur les pratiques des Douanes et la réparation limitée qui pourrait en résulter n'atteignent pas, malgré leur importance pour Little Sisters, un niveau déterminant d'importance pour le public et ne démontrent pas non plus l'existence d'une injustice systémique.

It is argued that the history of the litigation raises "special circumstances" elevating this case to the narrow and exceptional category where advance costs may be ordered. The intervener EGALE puts it thus: "[h]aving effectively *invited* the Bookstore to return to court in the event of further problems with Customs [in *Little Sisters No. 1*], it would be contrary to the interests of justice to now deny the Bookstore the funding it requires to pursue its *prima facie* meritorious claims" (I.F., at para. 58 (emphasis in original)). In my view, the words of the majority of the Court in *Little Sisters No. 1*, in declining to order a more structured remedy, do not move the case beyond the general rule that litigants must finance their litigation, subject to post-judgment costs awards. Referring to the findings of

110 On a fait valoir que l'historique du litige crée des « circonstances particulières » qui font entrer l'affaire dans la catégorie restreinte et exceptionnelle des cas où une provision pour frais peut être ordonnée. L'intervenante EGALE s'exprime ainsi : [TRADUCTION] « [a]près avoir effectivement *invité* [dans *Little Sisters n^o 1*] la librairie à s'adresser de nouveau aux tribunaux si jamais elle éprouvait d'autres difficultés avec les Douanes, il serait contraire aux intérêts de la justice de lui refuser maintenant le financement dont elle a besoin pour soumettre aux tribunaux ses demandes qui valent *prima facie* d'être instruites » (m.i., par. 58 (en italique dans l'original)). À mon avis, les propos que la Cour à la majorité a tenus dans l'arrêt *Little Sisters n^o 1*, en refusant d'ordonner une réparation

the Court, Binnie J. wrote: "These findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme Court of British Columbia should they consider that further action is necessary" (para. 158). This is a comment on the legal foundation of future claims, not a statement that they should be supported by advance costs.

111 Notwithstanding some sympathy for the appellant, I find nothing in this case which establishes the special circumstances necessary to support the extraordinary remedy of an order that the respondents pay the appellant advance costs to defray the interim expense of its litigation. If advance costs are justified here, they will be justified in a host of other cases. I cannot read *Okanagan* as requiring this result.

112 I wish to add a note on the scale of costs. The chambers judge said nothing about the scale of costs. My colleagues appear to endorse a capped limit on spending, having regard to the projected costs of the litigation and litigation strategy. It is not clear to me that interim costs, where justified, should be awarded on the basis of indemnification or partial indemnification. In the seminal case of *Jones v. Coxeter*, the court spoke of directing the defendant "to pay something to the plaintiff in the mean time" (p. 642). In *Okanagan*, the costs were explicitly stated to be "'costs' in the way it is usually used in the *Supreme Court Rules* [B.C. Reg. 221/90] and in litigation parlance — i.e., taxable costs described in R. 57 [party and party costs]": see para. 10 of Newbury J.A.'s reasons in *Okanagan* ((2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647), which were approved by this Court, at para. 47, when it dismissed the appeal. It seems reasonable that an advance costs award cannot

plus structurée, ne soustraient pas l'affaire à l'application de la règle générale selon laquelle les plaideurs doivent financer leur participation à un litige, sous réserve des dépens auxquels ils peuvent être condamnés après le jugement. Au sujet des conclusions de la Cour, le juge Binnie a écrit : « Ces constatations devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient nécessaire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique » (par. 158). Il s'agit là d'une observation sur le fondement juridique d'actions futures et non d'une déclaration qu'elles devraient être supportées au moyen d'une provision pour frais.

Bien que je sympathise jusqu'à un certain point avec l'appelante, je ne vois rien en l'espèce qui établisse l'existence des circonstances particulières requises pour justifier d'accorder la réparation exceptionnelle consistant à ordonner aux intimés de verser à l'appelante une provision pour frais qui lui permettra de supporter les dépenses occasionnées par son litige. Si la provision pour frais est justifiée en l'espèce, elle le sera dans une multitude d'autres affaires. Je ne vois rien dans l'arrêt *Okanagan* qui commande un tel résultat.

Je tiens à ajouter un commentaire sur le barème des dépens. La juge en chambre n'a rien dit à ce sujet. Mes collègues semblent approuver l'idée d'un plafonnement des dépenses, compte tenu des coûts estimatifs du litige et de la stratégie d'instance adoptée. Je ne suis pas certaine que, lorsqu'elles sont justifiées, les provisions pour frais doivent être accordées à titre d'indemnisation ou d'indemnisation partielle. Dans l'arrêt de principe *Jones c. Coxeter*, le tribunal a parlé d'ordonner au défendeur [TRADUCTION] « de payer entre-temps une certaine somme à la demanderesse » (p. 642). Dans l'arrêt *Okanagan*, les dépens ont été explicitement qualifiés de [TRADUCTION] « "dépens" au sens où ce terme est habituellement utilisé dans les *Supreme Court Rules* [B.C. Reg. 221/90] et dans le langage juridique — c'est-à-dire les dépens taxables décrits à l'art. 57 de ces règles [dépens entre parties] » : voir le par. 10 des motifs de la juge Newbury dans l'arrêt *Okanagan* ((2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001

give the applicant more than it would receive were it successful at trial.

III. Conclusion

I would dismiss the appeal, with the parties bearing their own costs.

The reasons of Binnie and Fish JJ. were delivered by

BINNIE J. (dissenting) — I differ from my colleagues about what is truly at stake in this appeal and this leads to our disagreement about the appropriate outcome. In my view, the earlier case of *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69 ("*Little Sisters No. 1*"), provides more than "important context" (as my colleagues Bastarache and LeBel JJ. describe it at para. 54). The ramifications of that decision go to the heart and soul of the appellant's present application. Were it not for the findings of serious abuses on the part of Customs authorities in *Little Sisters No. 1*, I doubt if the appellant's request for advance costs in the present follow-up case would have had the legs to make it this far. This case is not the beginning of a litigation journey. It is 12 years into it.

A. *What the Court Decided in Little Sisters No. 1*

In the earlier proceedings, the appellant (a book and art shop described by the trial judge in *Little Sisters No. 1* as the "nerve center for the homosexual community" in Vancouver ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, at para. 90)) challenged the constitutional validity of provisions of the *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), and the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 49, Schedule VII, that provide for border screening and prohibition of entry into Canada of:

9956 Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

BCCA 647), que notre Cour a approuvés, au par. 47, en rejetant le pourvoi. Il semble raisonnable qu'une provision pour frais ne puisse donner au demandeur plus que ce qu'il recevrait s'il avait gain de cause.

III. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, les parties devant supporter leurs propres frais. 113

Version française des motifs des juges Binnie et Fish rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — Je ne partage l'avis de mes collègues quant à ce qui est véritablement en jeu dans le présent pourvoi, d'où notre désaccord au sujet du résultat qui s'impose. À mon avis, l'arrêt antérieur *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (« *Little Sisters n^o 1* »), fournit plus qu'un « contexte important » (tel que le décrivent mes collègues les juges Bastarache et LeBel au par. 54). Les ramifications de cette décision sont cruciales en ce qui concerne la présente demande de l'appelante. N'était-ce les conclusions de l'arrêt *Little Sisters n^o 1*, voulant que les autorités douanières aient commis de graves abus, je doute que la demande de provision pour frais présentée par l'appelante à la suite de cet arrêt se serait rendue aussi loin. La présente affaire ne fait pas que débuter, elle dure depuis 12 ans. 114

A. *Ce que la Cour a décidé dans l'arrêt Little Sisters n^o 1*

Au cours des procédures antérieures, l'appelante (une librairie doublée d'un commerce d'objets d'art, que le juge de première instance dans l'affaire *Little Sisters n^o 1* avait qualifiée de [TRADUCTION] « centre nerveux de la communauté homosexuelle » de Vancouver ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, par. 90)) avait contesté la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^e suppl.), et du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 49, annexe VII, relatives au contrôle frontalier et à l'interdiction d'entrée au Canada : 115

9956 Des livres, imprimés dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui :

(*a*) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*;

The Customs legislation was challenged in *Little Sisters No. 1* as an unlawful prior restraint on freedom of expression, and its administration by Customs officials as targeting the lesbian and gay community contrary to principles of fair procedure in administrative law and the freedom of expression and equality provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (ss. 2(*b*) and 15(1)).

116 Based on the findings of the trial judge, and after examining the ample evidentiary record, our Court concluded unanimously that systemic discrimination by Customs officials and unlawful interference with free expression were clearly established. As it was put in the majority reasons:

> Government interference with freedom of expression in any form calls for vigilance. Where, as here, a trial judge finds that such interference is accompanied "by the systemic targeting" of a particular group in society (in this case individuals who were seen as standard bearers for the gay and lesbian community), the issue takes on a further and even more serious dimension. Sexuality is a source of profound vulnerability, and the appellants reasonably concluded that they were in many ways being treated by Customs officials as sexual outcasts. [para. 36]

More specifically, the majority attributed the numerous *Charter* violations to systemic problems in the administration of the Customs legislation as follows (at para. 154):

> 2. The rights of the appellants under s. 2(*b*) and s. 15(1) of the *Charter* have been infringed in the following respects:
>
> (a) They have been targeted as importers of obscene materials despite the absence of any evidence to suggest that gay and lesbian erotica is more likely to be obscene than heterosexual erotica, or that the appellants are likely offenders in this regard;

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*;

Dans l'affaire *Little Sisters n^o 1*, la législation douanière était contestée pour le motif qu'elle imposait une restriction préalable illégale à la liberté d'expression et que son application par les fonctionnaires des douanes ciblait la communauté gaie et lesbienne, contrairement aux principes d'équité procédurale en droit administratif et aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* relatives à la liberté d'expression et à l'égalité (al. 2*b*) et par. 15(1)).

Compte tenu des conclusions du juge de première instance et après examen de l'abondante preuve au dossier, notre Cour a estimé à l'unanimité que l'existence de discrimination systémique de la part des fonctionnaires des douanes et d'atteinte illégale à la liberté d'expression était clairement établie. Comme les juges majoritaires l'ont expliqué dans leurs motifs :

> Le gouvernement se doit de faire montre de vigilance lorsqu'il porte atteinte à quelque forme que ce soit de liberté d'expression. Dans les cas où, comme en l'espèce, le juge de première instance estime que cette atteinte s'accompagne de la [TRADUCTION] « prise systématique pour cibl[e] » d'un groupe particulier dans la société (en l'espèce des individus qui étaient considérés comme des porte-étendards de la communauté gaie et lesbienne), la question revêt alors une dimension supplémentaire et encore plus sérieuse. La sexualité est source de profonde vulnérabilité, et les appelants ont à juste titre estimé que, à bien des égards, ils étaient traités en parias sur le plan sexuel par les fonctionnaires des douanes. [par. 36]

Plus précisément, les juges majoritaires ont attribué les nombreuses violations de la *Charte* aux problèmes systémiques d'application de la législation douanière (par. 154) :

> 2. Il a été porté atteinte de la manière suivante aux droits qui sont garantis aux appelants par l'al. 2*b*) et le par. 15(1) de la *Charte* :
>
> a) Les appelants ont été visés comme importateurs de matériel obscène malgré l'absence de tout élément de preuve tendant à indiquer que le matériel érotique gai et lesbien risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel, ou encore que les appelants sont vraisemblablement des contrevenants à cet égard.

(b) In consequence of the targeting, the appellants have suffered excessive and unnecessary prejudice in terms of delays, cost and other losses in having their goods cleared (if at all) through Canada Customs;

(c) The reasons for this excessive and unnecessary prejudice include:

(i) failure by Customs to devote a sufficient number of officials to carry out the review of the appellants' publications in a timely way;

(ii) the inadequate training of the officials assigned to the task;

(iii) the failure to place at the disposal of these officials proper guides and manuals, failure to update Memorandum D9-1-1 and its accompanying illustrative manual in a timely way, and the failure to develop workable procedures to deal with books consisting mostly or wholly of written text;

(iv) failure to establish internal deadlines and related criteria for the expeditious review of expressive materials;

(v) failure to incorporate into departmental guides and manuals relevant advice received from time to time from the Department of Justice;

(vi) failure to provide the appellants in a timely way with notice of the basis for detention of publications, the opportunity to make meaningful submissions on a re-determination, and reasonable access to the disputed materials for that purpose; and

(vii) failure to extend to the appellants the equal benefit of fair and expeditious treatment of their imported goods without discrimination based on sexual orientation.

b) Du fait qu'ils ont été ciblés, les appelants ont souffert d'un préjudice excessif et inutile en raison des délais, frais et autres pertes subis afin de faire dédouaner leurs marchandises (si tant est qu'ils y sont parvenus) par Douanes Canada.

c) Les raisons de ce préjudice excessif et inutile sont notamment:

(i) l'omission des Douanes d'affecter un nombre suffisant de fonctionnaires au contrôle des publications des appelants pour faire effectuer cette tâche en temps utile;

(ii) la formation inadéquate des fonctionnaires affectés à cette tâche;

(iii) l'omission de mettre à la disposition de ces fonctionnaires des guides et manuels appropriés, l'omission de mettre à jour en temps utile le Mémorandum D9-1-1 et le guide illustré connexe, et l'omission d'élaborer des procédures applicables pour évaluer les livres constitués entièrement ou essentiellement de texte;

(iv) l'omission d'établir des délais et autres critères connexes applicables à l'interne en vue d'assurer le contrôle expéditif du matériel expressif;

(v) l'omission d'incorporer aux guides et manuels du ministère les avis pertinents reçus du ministère de la Justice;

(vi) l'omission de donner aux appelants, en temps utile, un avis les informant des raisons de la retenue des publications, ainsi que la possibilité de présenter des observations utiles en cas de révision ou réexamen, et, à cette fin, de consulter le matériel contesté; et

(vii) l'omission d'accorder aux appelants l'égalité de bénéfice en matière de traitement équitable et expéditif de leurs marchandises importées, indépendamment de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

The Court divided on the issue of remedy. The majority (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ.) concluded that the Customs legislation was valid but

117

La Cour était toutefois partagée sur la question de la réparation. Les juges majoritaires (la juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie) ont conclu

its administration by Canada Customs was deeply flawed. Systemic problems within the bureaucracy could and should, it was held, be addressed at the bureaucratic level. However, the fact that it had taken six years for the case to reach our Court meant the evidence before us was already six years out of date. The Minister of Justice assured the Court that the systemic problems had been properly addressed as of the date of our hearing. Because of the staleness of the evidence, the majority declined at para. 157 to grant a structured s. 24(1) remedy:

> We are told that in the past six years, Customs has addressed the institutional and administrative problems encountered by the appellants. In the absence of more detailed information as to what precisely has been done, and the extent to which (if at all) it has remedied the situation, I am not prepared to endorse my colleague's conclusion that these measures are "not sufficient" (para. 262) and have offered "little comfort" (para. 265). . . .

118 It was anticipated, however, that there could well be follow-up litigation if, in fact, the systemic problems condemned by all three levels of court continued. According to the majority:

> A more structured s. 24(1) remedy might well be helpful but it would serve the interests of none of the parties for this Court to issue a formal declaratory order based on six-year-old evidence supplemented by conflicting oral submissions and speculation on the current state of affairs. The views of the Court on the merits of the appellants' complaints as the situation stood at the end of 1994 are recorded in these reasons and those of my colleague Iacobucci J. These findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme Court of British Columbia should they consider that further action is necessary. [para. 158]

119 The minority (Iacobucci, Arbour and LeBel JJ.) joined in the condemnation of Customs' practices but proposed a more drastic remedy, namely to declare the relevant Tariff Item to be of no force and effect (para. 283) and thereby to eliminate the

que la législation douanière était valide mais que son application par Douanes Canada comportait de profondes lacunes. Selon eux, les problèmes systémiques de la bureaucratie pouvaient et devaient être réglés au niveau bureaucratique. Toutefois, comme l'affaire avait mis six ans à parvenir à notre Cour, la preuve dont nous étions saisis remontait déjà à plus de six ans. Le ministre de la Justice a assuré la Cour que les problèmes systémiques étaient réglés correctement au moment de l'audience. À cause du caractère peu récent de la preuve, les juges majoritaires ont refusé, au par. 157, d'accorder une réparation structurée en vertu du par. 24(1) :

> On nous dit qu'au cours des six dernières années, les Douanes ont corrigé les problèmes institutionnels et administratifs éprouvés par les appelants. En l'absence de données plus précises sur ce qui a été fait exactement et sur la mesure dans laquelle on a ainsi remédié à la situation (si tant est qu'on l'a fait), je ne suis pas prêt à souscrire à la conclusion de mon collègue selon laquelle ces mesures ne sont « pas suffisantes » (par. 262) et ne sont pas d'un « grand secours » (par. 265). . .

On s'attendait cependant à ce que d'autres procédures suivent si, en réalité, les problèmes systémiques réprouvés par les trois instances judiciaires persistaient. Les juges majoritaires ont ajouté ceci :

> Le fait de prononcer une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1) pourrait bien être utile, mais il ne servirait les intérêts d'aucune des parties que notre Cour rende une ordonnance déclaratoire formelle sur la foi d'une preuve vieille de six ans, complétée par des plaidoiries contradictoires et des conjectures quant à l'état actuel de la situation. Les vues de notre Cour sur le fond des plaintes des appelants, au regard de la situation qui existait à la fin de 1994, sont exprimées dans les présents motifs et dans ceux de mon collègue le juge Iacobucci. Ces constatations devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient nécessaire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. [par. 158]

Les juges dissidents (les juges Iacobucci, Arbour et LeBel), qui réprouvaient eux aussi les pratiques douanières, préconisaient une réparation beaucoup plus draconienne : déclarer inopérant le code tarifaire (par. 283) et supprimer ainsi le pouvoir légal

statutory authority of Customs officials to detain at the border *any* material they allege to be obscene:

> Particularly in a case like the one before us, where there is an extensive record of the improper detention of non-obscene works, the only choice to ensure full protection of the constitutional rights at stake is to invalidate the legislation and invite Parliament to remedy the constitutional infirmities. [Emphasis added; para. 167.]

The present application for advance costs comes before us precisely because the appellant says that the Minister's assurances proved empty in practice, that the systemic abuses established in the earlier litigation have continued, and that (in its view) Canada Customs has shown itself to be unwilling to administer the Customs legislation fairly and without discrimination. Of course there are two sides to the story. Although for good reason the majority declined to strike down the legislation, it was never doubted that Customs has been given a difficult job to do by Parliament, and that solutions to entrenched problems would take time to put in place. The question of public importance is this: was the Minister as good as his word when his counsel assured the Court that the appropriate reforms had been implemented? The chambers judge, from whose decision the present appeal has been taken, concluded that Little Sisters had established a *prima facie* case that the promised reforms had *not* been implemented.

B. *The Appellant's Four Books Appeal*

As noted by my colleagues, the present application arises out of the detention by Canada Customs of four books sought to be imported by the appellant. By originating Notice of Appeal dated February 13, 2002, the appellant sought the following orders pursuant to s. 67 as modified by s. 71 of the *Customs Act*:

> 1. A declaration pursuant to s. 24 of the [*Charter* that relevant provisions of the *Customs Tariff* and

des fonctionnaires des douanes de retenir à la frontière *tout* matériel qu'ils qualifient d'obscène :

> Plus particulièrement dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où il y a de nombreux antécédents de retenue irrégulière d'ouvrages non obscènes, la seule façon d'assurer la protection complète des droits constitutionnels en jeu est d'invalider les dispositions législatives contestées et d'inviter le Parlement à remédier aux atteintes à la Constitution. [Je souligne; par. 167.]

120 La présente demande de provision pour frais nous est soumise précisément parce que l'appelante soutient que les assurances données par le ministre se sont révélées vaines en pratique, que les abus systémiques dont l'existence a été établie dans l'instance antérieure se sont poursuivis et que (selon elle) Douanes Canada ne s'est pas montré disposé à appliquer la législation douanière de manière équitable et non discriminatoire. Naturellement, il y a deux versions des faits. Bien que les juges majoritaires aient, pour de bonnes raisons, refusé d'invalider les dispositions législatives en cause, on n'a jamais douté que le législateur a confié aux Douanes une tâche difficile et que les problèmes profondément enracinés seraient longs à corriger. La question d'importance pour le public est la suivante : le ministre donnait-il l'heure juste lorsque son avocat a assuré la Cour que les réformes appropriées avaient été mises en œuvre? La juge en chambre, dont la décision est à l'origine du présent pourvoi, a conclu que Little Sisters avait établi une preuve *prima facie* que les réformes promises *n*'avaient *pas* été mises en œuvre.

B. *L'appel de l'appelante concernant les quatre livres*

121 Comme l'ont souligné mes collègues, la présente demande découle de la retenue par Douanes Canada de quatre livres que l'appelante cherchait à importer. Par avis d'appel daté du 13 février 2002, l'appelante a sollicité les ordonnances suivantes conformément à l'art. 67 modifié par l'art. 71 de la *Loi sur les douanes* :

[TRADUCTION]

> 1. un jugement fondé sur l'art. 24 de la [*Charte*, déclarant que les dispositions pertinentes du *Tarif*

Customs Act] have been construed and applied in a manner contrary to s. 2(b) and [s.] 15(1) of the *Charter*;

2. An injunction restraining Customs from applying and administering [these provisions] to goods of Little Sisters Book and Art Emporium permanently or until such time as there is no risk that the unconstitutional administration will continue;

3. Damages, including aggravated and punitive damages;

4. Special or increased costs;

5. Such further relief . . . .

des douanes et de la *Loi sur les douanes*] ont été interprétées et appliquées d'une manière contraire à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte*;

2. une injonction interdisant aux Douanes d'appliquer [ces dispositions] à des marchandises de Little Sisters Book and Art Emporium de façon permanente ou jusqu'à ce que disparaisse le risque d'application inconstitutionnelle de ces dispositions;

3. des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts majorés et punitifs;

4. des dépens spéciaux ou majorés;

5. toute autre réparation . . .

The *Charter* and "systemic" issues were therefore part of the proceedings from the outset. Little Sisters says that in the course of examinations for discovery it became convinced that the banning of the four books showed little had changed in the Customs treatment of gay and lesbian literature. It then sought to broaden greatly the scope of the inquiry by way of the so-called "Systemic Review".

Les questions relatives à la *Charte* et les questions « systémiques » faisaient donc partie intégrante de l'instance dès le départ. Little Sisters affirme que les interrogatoires préalables l'ont convaincue que l'interdiction des quatre livres démontrait que la façon dont les Douanes traitaient la littérature gaie et lesbienne avait peu changé. Elle a donc cherché à élargir considérablement la portée de l'examen au moyen de la soi-disant « révision systémique ».

122 The four books remain banned. Other books sought to be imported by Little Sisters have been detained and released only after the cost and delay of a challenge. Some of the banned material consists of comics but at least one of the books is described as "a paperback compilation of short stories originally published in *Bound & Gagged* magazine between 1993-1997" (*Of Men, Ropes & Remembrance* (1997), on copyright page). As counsel for the appellant acknowledges, much of this material is "not . . . for the faint of heart" (A.F., at para. 95). In the end, a court may conclude that the books *are* obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The result cannot be pre-judged either way. But the chambers judge concluded that the Little Sisters' complaint has *prima facie* merit, stating:

Les quatre livres sont encore interdits. D'autres livres que Little Sisters voulait importer ont été retenus, puis dédouanés seulement à la suite d'une contestation longue et coûteuse. Certains livres retenus sont des bandes dessinées, mais au moins l'un de ceux-ci est décrit comme [TRADUCTION] « une compilation en format de poche de nouvelles publiées initialement dans la revue *Bound & Gagged* entre 1993 et 1997 » (*Of Men, Ropes & Remembrance* (1997), sur la page des droits d'auteur). Comme le reconnaît l'avocat de l'appelante, une bonne partie de ce matériel ne s'adresse [TRADUCTION] « pas [. . .] aux petites natures » (m.a., par. 95). Il se peut qu'un tribunal conclue, en définitive, que les livres *sont* obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. On ne saurait préjuger du résultat ni dans un sens ni dans l'autre. Toutefois, la juge en chambre a décidé que la plainte de Little Sisters était fondée à première vue, en affirmant ceci :

. . . an administrative review to determine if the systemic changes as identified by [*Little Sisters No. 1*] have, in fact been made, is appropriate. There is a *prima*

[TRADUCTION] . . . il convient de procéder à une révision administrative qui permettra de déterminer si les changements systémiques décrits [dans l'arrêt *Little*

facie case to suggest they have not been sufficiently addressed.

((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823, at para. 59)

Book censorship has long been considered particularly offensive to civil liberties:

The freedom to write books, and thus to disseminate ideas, opinions, and concepts of the imagination — the freedom to treat with complete candour of an aspect of human life and the activities, aspirations and failings of human beings — these are fundamental to progress in a free society. In my view of the law, such freedom should not, except in extreme circumstances, be curtailed. . . .

(*R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.), at p. 563, dismissing obscenity charges in relation to *Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure*)

The majority said in *Little Sisters No. 1* in relation to banning books at the border:

The evidence is that Customs officials failed in general to deal properly with books. Few, if any, were read in their entirety. The usual procedure was for a Customs official to thumb through the pages of a book and as soon as three passages replicating material considered to be obscene under Memorandum D9-1-1 were identified in the text the book was deemed obscene and prohibited. The procedure would be clearly inadequate in all but the most egregious cases. No attempt was made to gain an impression of the book as a whole on which "artistic merit" *could* be assessed. [Emphasis in original; para. 96.]

The minority also expressed particular concern about the apparent unwillingness or inability of Customs officials to deal responsibly with books, *per* Iacobucci J., at para. 196:

I also wish to make it absolutely clear that a book must be read in its entirety when determining whether or not it is obscene. . . .

Sisters n^o 1] ont effectivement été apportés. Une preuve *prima facie* indique qu'on ne s'est pas suffisamment employé à les apporter.

((2004), 31 B.C.L.R. (4th) 330, 2004 BCSC 823, par. 59)

123 On considère depuis longtemps que la censure littéraire est particulièrement attentatoire en matière de libertés civiles :

[TRADUCTION] La liberté d'écrire des livres et, par conséquent, celle de diffuser des idées, opinions et autres fruits de l'imagination — la liberté de traiter sans retenue d'un aspect de la vie humaine et des activités, des aspirations et des faiblesses des êtres humains — sont fondamentales pour le progrès dans une société libre. Selon ma vision du droit, cette liberté ne devrait pas être restreinte, sauf dans des circonstances extrêmes. . .

(*R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.), p. 563, rejetant des accusations d'obscénité concernant *Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure*)

124 Dans l'arrêt *Little Sisters n^o 1*, les juges majoritaires se sont exprimés ainsi au sujet de l'interdiction de livres à la frontière :

Il ressort de la preuve que les fonctionnaires des douanes ont été en général incapables de bien évaluer les livres. Peu sinon aucun des livres ont été lus en entier. Selon la procédure habituellement suivie, l'agent feuilletait le livre et, dès que trois passages correspondant à du matériel considéré obscène au regard du Mémorandum D9-1-1 étaient repérés dans le texte, le livre était réputé obscène et prohibé. Cette procédure est clairement inadéquate sauf dans les cas d'obscénité les plus flagrants. Aucun effort n'était fait pour dégager du livre dans son ensemble une impression *permettant* d'en apprécier « la valeur artistique ». [En italique dans l'original; par. 96.]

125 Les juges dissidents aussi se sont dits particulièrement préoccupés par la réticence ou l'inaptitude apparente des fonctionnaires des douanes à traiter les livres de manière responsable (le juge Iacobucci, par. 196) :

Je désire aussi qu'il soit absolument clair qu'un livre doit être lu au complet lorsqu'on détermine s'il est obscène ou non. . .

126 The appellant's position is that while the books are different the problems are the same problems that have troubled every court that dealt with *Little Sisters No. 1*. There is no doubt that the Customs legislation, while valid, is open to abuse. The appellant contends that the pattern of discrimination and abuse of freedom of expression documented in *Little Sisters No. 1* has continued and that the ban of the four books in issue demonstrate that Little Sisters won the battle but is losing the subsequent bureaucratic war. My colleagues Bastarache and LeBel JJ. write that "Simply put, the appellant's direct interest in this litigation disappears if its books are released — something that it seeks to achieve uniquely through the Four Books Appeal" (para. 58). I do not agree. The four books in question here will be followed by other importations of gay and lesbian erotica and no doubt other book bans. A flawed procedure can from time to time produce a correct result just as a good procedure can produce mistakes. For that reason, as will be seen, the Crown agreed that the Notice of Appeal under the Act properly initiated an enquiry into the Customs process that was followed as well as the result and the reasons arrived at for the ban in these cases. As counsel for the Crown acknowledged at the hearing before us, "it would make sense, given the breadth of the powers of the court [under s. 67], that it is possible to look past simply the end result" (transcript, at p. 82).

L'appelante soutient que, bien que les livres soient différents, les problèmes sont les mêmes que ceux qui ont préoccupé tous les tribunaux ayant instruit l'affaire *Little Sisters n^o 1*. Il est indubitable que, bien qu'elle soit valide, la législation douanière prête le flanc aux abus. L'appelante prétend que le comportement discriminatoire et les atteintes à la liberté d'expression relevés dans l'arrêt *Little Sisters n^o 1* persistent et que l'interdiction des quatre livres en cause démontre que, même si Little Sisters a gagné la bataille, elle est en train de perdre la guerre bureaucratique. Selon mes collègues les juges Bastarache et LeBel, « [b]ref, l'appelante n'aura plus d'intérêt direct dans la présente instance si ses livres sont dédouanés — ce qu'elle cherche à obtenir uniquement au moyen de l'appel concernant les quatre livres » (par. 58). Je ne suis pas de cet avis. D'autre matériel érotique gai et lesbien sera importé après les quatre livres en cause et, sans aucun doute, d'autres livres seront interdits. Une méthode déficiente peut parfois produire un bon résultat tout comme une bonne méthode peut engendrer des erreurs. C'est pourquoi, comme nous le verrons, la Couronne a convenu que l'avis d'appel fondé sur la Loi a déclenché à bon droit une enquête sur le processus douanier suivi de même que sur le résultat et les raisons ayant justifié l'interdiction dans ces cas. Comme l'avocat de la Couronne l'a reconnu à l'audience devant notre Cour, [TRADUCTION] « il serait logique, compte tenu de l'ampleur des pouvoirs du tribunal [en vertu de l'art. 67], de pouvoir pousser l'analyse au-delà du simple résultat final » (transcription, p. 82).

127 Canada is committed to freedom of expression, to non-discrimination and to government conducted according to law. The issues raised by Little Sisters are of pressing public interest.

Le Canada adhère aux principes de liberté d'expression, de non-discrimination et d'État de droit. Little Sisters soulève des questions d'intérêt public urgentes.

C. *The Appellant's Application for Advance Costs*

C. *La demande de provision pour frais présentée par l'appelante*

128 It is against this background that the appellant's current application must be addressed. This case, as the chambers judge (who is also the case management judge) correctly observed, is about *Charter* compliance. I therefore do not agree with the assertion of my colleagues Bastarache and LeBel JJ. that

C'est dans ce contexte qu'il faut examiner la demande actuelle de l'appelante. Comme l'a souligné à juste titre la juge en chambre (qui est également responsable de la gestion de l'instance), la présente affaire porte sur le respect de la *Charte*. Je ne puis donc souscrire à l'affirmation de mes

the appellant's case should be analysed in business terms. They write:

> Yet, the Four Books Appeal is extremely limited in scope. The appellant has advanced no evidence suggesting that these four books are integral, or even important, to its operations; furthermore, . . . book sales represent only 30 to 40 percent of its operations. [para. 52]

It can be stated with absolute confidence that there is no "business case" that could possibly justify Little Sisters' continuation of its battle with Canada Customs. The chambers judge noted that the Four Books Appeal involves only a few dozen individual copies. The profit on the sale of those books would not pay for half an hour of the appellant's lawyer's time. The Four Books Appeal necessarily comprises four obscenity cases in one combined with an examination of how those obscenity determinations came to be made by Canada Customs. This fight is not just about four books. As was the case in *Little Sisters No. 1*, the real fight is about alleged systemic discrimination *exemplified* by the Four Books Appeal. As stated, the Crown concedes that the systemic issues are to be explored to some extent in the Four Books Appeal. The chambers judge's order of February 6, 2003 noted the concession:

> 6. The Appellant's application for an order compelling answers on examination for discovery is adjourned generally, save for the part of the application with respect to "the process that was followed and the reasons that the Comic Books (*Meatmen*, Volume 18, Special S&M Comics Edition and volume 24, Special SM Comics Edition) were determined to be obscene" which is granted by consent; [Emphasis added.]

The Crown has deep pockets and there is no reason to think the present contest will be any less fiercely

collègues les juges Bastarache et LeBel selon laquelle la preuve de l'appelante doit être analysée dans une perspective commerciale. Ceux-ci écrivent :

> Pourtant, l'appel concernant les quatre livres conserve une portée extrêmement limitée. L'appelante n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces quatre livres font partie intégrante de ses activités ou même qu'ils sont importants pour celles-ci; de plus, [. . .] les ventes de livres ne représentent que 30 à 40 pour 100 de ses activités. [par. 52]

On peut affirmer sans crainte de se tromper qu'aucun « argument d'ordre commercial » ne saurait justifier la poursuite de la bataille que Little Sisters livre à Douanes Canada. La juge en chambre a souligné que l'appel concernant les quatre livres ne vise que quelques douzaines d'exemplaires. Le profit tiré de la vente de ces livres ne permettrait pas de payer une demi-heure du temps de l'avocat de l'appelante. L'appel concernant les quatre livres réunit nécessairement quatre affaires d'obscénité auxquelles se greffe l'examen de la façon dont Douanes Canada en est venu à décider que les livres en question étaient obscènes. La présente bataille ne concerne pas seulement quatre livres. Tout comme dans l'arrêt *Little Sisters n^o 1*, la vraie bataille porte sur la présumée discrimination systémique que *met en lumière* l'appel concernant les quatre livres. Comme nous l'avons vu, la Couronne concède que l'appel concernant les quatre livres nécessite un certain examen des questions systémiques. L'ordonnance rendue par la juge en chambre le 6 février 2003 fait état de cette concession :

[TRADUCTION]

> 6. La demande de l'appelante visant à obtenir une ordonnance enjoignant de donner des réponses lors de l'interrogatoire préalable est suspendue pour une période indéterminée, sauf pour ce qui est de la partie concernant « le processus suivi pour déclarer les bandes dessinées obscènes (*Meatmen*, volume 18, Special S&M Comics Edition, et volume 24, Special SM Comics Edition), et les raisons qui sous-tendent cette décision », qui est accueillie avec le consentement des parties; [Je souligne.]

La Couronne dispose de ressources considérables et il n'y a aucune raison de penser que la présente

fought than the last. Both parties have already advised the case management judge of their intention to call extensive expert evidence, which is itself a major expense.

129 The government is in effect being accused of fighting a war of attrition. Today four books, tomorrow another four books. Litigation follows litigation until the rational businessperson is forced to throw in the towel. This is how civil liberties can be eroded, little by little, yielded in small increments that case by case are not worth the cost of the fight. It takes an unbusinesslike litigant like Little Sisters to elbow aside purely financial considerations (to the extent it can) and carry on what it sees as unfinished *Charter* business against the government. Having done so successfully and at its own expense in *Little Sisters No. 1*, it asks the court for an exceptional order of advance costs to make good the victory it thought it had won in *Little Sisters No. 1*. Little Sisters may be right or it may be wrong in its allegations, but its motive can hardly be financial, and its claim to advance costs should not be assessed on that basis.

D. *The "Four Books Appeal" Versus the "Systemic Review"*

130 It is difficult to assess the scope of the appellant's proposed "Systemic Review" because there are no pleadings. This is so, at least in part, because the Crown insists that Little Sisters must utilize the appeal procedures under the *Customs Act* rather than proceeding by way of an ordinary action. However, as described by appellant's counsel, the proposal for a "Systemic Review" seems to approximate a privately initiated public enquiry into the workings of Canada Customs, not only with respect to the appellant's problems, but with respect to those of other importers in similar lines of business as well. The appellant's attempt to assume the role of a private Attorney General operating on public funds, or to escalate the Four

bataille sera moins féroce que la précédente. Les deux parties ont déjà informé la juge responsable de la gestion de l'instance qu'elles entendent présenter une abondante preuve d'expert, ce qui représente en soi une dépense importante.

En fait, le gouvernement est accusé de se livrer à une guerre d'usure. Quatre livres aujourd'hui, quatre autres demain. Les litiges se succédant jusqu'à ce que le commerçant raisonnable soit contraint de baisser les bras. Voilà comment les libertés civiles peuvent être minées peu à peu et subir de légers reculs qui, individuellement, ne valent pas le coût de la bataille. Il faut une partie non mercantile comme Little Sisters pour écarter les considérations purement financières (autant qu'elle peut se le permettre) et poursuivre ce qu'elle considère comme un litige inachevé avec le gouvernement au sujet de la *Charte*. Après avoir mené cette lutte avec succès et à ses propres frais dans l'affaire *Little Sisters n^o^ 1*, elle demande maintenant aux tribunaux de rendre une ordonnance exceptionnelle, à savoir une provision pour frais concrétisant la victoire qu'elle pensait avoir remportée dans cette affaire. Peu importe que Little Sisters ait tort ou raison, les motifs qui la poussent à formuler ses allégations ne sont guère financiers, et sa demande de provision pour frais ne devrait pas être appréciée sur cette base.

D. *L'« appel concernant les quatre livres » par opposition à la « révision systémique »*

Il est difficile d'évaluer la portée de la « révision systémique » proposée par l'appelante en raison de l'absence d'actes de procédure. Cette situation est attribuable, en partie du moins, au fait que la Couronne exige que Little Sisters recoure à la procédure d'appel prévue par la *Loi sur les douanes* au lieu de procéder par voie d'action ordinaire. Toutefois, telle qu'elle est décrite par l'avocat de l'appelante, la « révision systémique » proposée semble correspondre à une enquête publique d'origine privée sur les activités de Douanes Canada, non seulement en ce qui concerne les problèmes de l'appelante, mais également en ce qui concerne ceux d'autres importateurs œuvrant dans des secteurs similaires. La Cour d'appel de la

Books Appeal into a sort of informal class action without bothering to certify the class, was rightly rejected by the B.C. Court of Appeal. Courts exist to resolve defined issues between litigants. Public enquiries are initiated elsewhere. Nevertheless, the appellant's allegations, if shown to be true, mean that it has suffered special damage as a result of a systemic failure of Canada Customs to respect the constitutional rights of readers and writers as well as importers. The public has an interest in whether or not its government respects the law and operates in relation to its citizens in a non-discriminatory fashion. That is where the interest of this litigation transcends the interests of the appellant.

Colombie-Britannique a rejeté à bon droit la tentative de l'appelante de jouer un rôle de procureur général privé financé par les deniers publics ou de transformer l'appel en une sorte de recours collectif officieux sans se soucier d'obtenir l'autorisation nécessaire. Les tribunaux sont là pour trancher des questions précises opposant des parties. Les enquêtes publiques trouvent leur origine ailleurs. Cependant, si elles s'avèrent, les allégations de l'appelante signifieront que le défaut systémique de Douanes Canada de respecter les droits constitutionnels des lecteurs, des écrivains et des importateurs lui a causé un préjudice particulier. La population a le droit de savoir si son gouvernement respecte la loi et traite ses citoyens d'une manière non-discriminatoire. C'est là que l'intérêt du présent litige dépasse le cadre des intérêts de l'appelante.

I agree with Thackray J.A. that the so-called Systemic Review is an impermissible expansion of the Four Books Appeal, but I think the courts are quite capable of keeping the Four Books Appeal within proper bounds. I also agree with him that what is of importance to the public now are the procedures that were used to evaluate obscenity at the time these books were banned, not the history of the speed at which those procedures were modified following *Little Sisters No. 1.*

131 Je souscris à l'opinion du juge Thackray selon laquelle la soi-disant révision systémique élargit de manière inacceptable la portée de l'appel concernant les quatre livres, mais j'estime que les tribunaux sont tout à fait capables de contenir cet appel dans les limites qui s'imposent. Je conviens également avec lui que ce qui revêt maintenant de l'importance pour le public ce sont les méthodes qui ont été utilisées pour évaluer l'obscénité à l'époque où les livres en cause ont été interdits et non la célérité avec laquelle ces méthodes ont été modifiées à la suite de l'arrêt *Little Sisters n^o 1.*

My colleagues Bastarache and LeBel JJ. state that:

> It is the Four Books Appeal that lies at the heart of the appellant's claim against Customs; the Systemic Review is simply an attempt by the appellant to investigate Customs' practices independently of this context. [para. 58]

132 Mes collègues les juges Bastarache et LeBel affirment ceci :

> C'est l'appel concernant les quatre livres qui se situe au cœur de l'action que l'appelante a intentée contre les Douanes; la révision systémique ne représente qu'une simple tentative de l'appelante d'enquêter sur les pratiques des Douanes indépendamment du présent contexte. [par. 58]

Strictly speaking, of course, there is no such proceeding as the "Systemic Review" outside the wish list of appellant's counsel. There is only one proceeding before the Court and it is for the relief claimed in the originating Notice of Appeal dated February 13, 2002 (as expanded from two to four books). The Four Books Appeal provides

133 À proprement parler, la « révision systémique » n'existe certes que dans la liste de ce que souhaite obtenir l'avocat de l'appelante. Il n'y a qu'une seule instance devant la Cour et elle vise à obtenir la réparation sollicitée dans l'avis d'appel du 13 février 2002 (qui vise désormais quatre livres au lieu de deux). L'appel concernant les quatre livres

the appellant with an opportunity to explore, within a limited context, the process under which the importation of these four books was banned, and to that extent provides an opportunity for the systemic issues to be canvassed. The floating by appellant's counsel of a more ambitious idea for a Systemic Review does not empty the originating Notice of Appeal of its original content or in any way restrict or expand its ambit. The Notice of Appeal stands unamended. That is the only application for which advance costs can properly be sought.

E. *The Requirements for Advance Costs*

134 The courts have always exercised a broad discretion in the matter of costs. Although the appellant made its application pursuant to (and apparently because of) this Court's decision in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71, *Okanagan* is illustrative rather than exhaustive of a broader costs jurisdiction.

135 It is true that an order for advance costs should not be made where a lesser costs order would suffice, such as protective costs orders, which ensure that plaintiffs or applicants in public interest litigation do not have costs orders made against them at the conclusion of proceedings. Here the immediate problem is not the possibility of a calamitous post-trial award of costs. The problem is to get the case to trial in the first place.

136 It is also true that a party seeking advance costs must provide evidence that it has exhausted all realistic alternative avenues to fund its case including, where appropriate, legal aid, *pro bono* representation, contingency fees, private fundraising efforts and class action certification.

137 Further, I agree with my colleagues that an award of advance costs must be rare and exceptional and granted only in "special cases" where it

donne à l'appelante la possibilité d'étudier, dans un contexte limité, le processus en vertu duquel l'importation de ces quatre livres a été interdite et permet, dans cette mesure, d'examiner les questions systémiques. L'idée plus ambitieuse de la révision systémique lancée par l'avocat de l'appelante ne dépouille pas l'avis d'appel de son contenu initial et n'a pas non plus pour effet d'en restreindre ou d'en élargir la portée. L'avis d'appel demeure inchangé. C'est la seule demande pour laquelle une provision pour frais peut être sollicitée à bon droit.

E. *Les conditions d'une provision pour frais*

Les tribunaux ont toujours exercé un vaste pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Bien que l'appelante ait présenté sa demande sur la foi (et manifestement par suite) de l'arrêt de notre Cour *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, cet arrêt constitue davantage un exemple d'exercice d'une compétence générale en matière de dépens qu'une analyse exhaustive de la question.

Il est vrai qu'il n'y a pas lieu d'ordonner le versement d'une provision pour frais dans le cas où une ordonnance moins onéreuse en matière de dépens suffirait, par exemple une ordonnance d'exemption de dépens, qui garantit aux demandeurs dans un litige d'intérêt public qu'ils ne seront pas condamnés aux dépens à l'issue de l'instance. En l'espèce, toutefois, le problème concret n'est pas le risque d'une condamnation aux dépens désastreuse à l'issue du procès, mais la tenue même d'un procès.

Il est également vrai que la partie qui sollicite une provision pour frais doit prouver qu'elle a épuisé toutes les autres possibilités réalistes de financement, dont l'aide juridique, la représentation par avocat bénévole, les honoraires conditionnels, les levées de fonds privées et l'autorisation de recours collectif, selon le cas.

En outre, je conviens avec mes collègues que l'ordonnance accordant une provision pour frais doit être une mesure rare et exceptionnelle et

is necessary in the public interest. In light of *Little Sisters No. 1*, I consider this to be a special case.

Okanagan established a three-part threshold, each of which must be demonstrated to give the trial judge the discretion to make the award in "special" cases, *per* LeBel J., at para. 40:

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.

2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.

3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases.

Although Thackray J.A. seemed to doubt whether an entity that seeks to earn a profit could qualify for advance costs ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94, at para. 41), I agree with the intervener Canadian Bar Association that "there is no principled reason to find that public and private interests cannot co-exist in a case that is deserving of advance costs" and that "the public interest must be clearly served by the litigation, but it does not have to operate to the exclusion of other interests" (factum, at para. 5). The Attorney General of British Columbia seems to agree (factum, at para. 11). In *Okanagan* itself, the band had a private financial interest in the assertion of its claimed logging rights.

As did my colleagues, I will address each of the three conditions precedent.

n'être rendue que dans les « cas particuliers » où l'intérêt public l'exige. Compte tenu de l'arrêt *Little Sisters n^o 1*, j'estime que la présente affaire est un cas particulier.

L'arrêt *Okanagan* a établi trois conditions préalables dont l'existence doit être démontrée pour que le juge de première instance ait le pouvoir discrétionnaire d'accorder une provision pour frais dans des cas « particuliers » (le juge LeBel, par. 40) : 138

1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance.

2. La demande vaut *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers.

3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées.

Bien que le juge Thackray ait semblé douter qu'une entité à but lucratif puisse avoir droit à une provision pour frais ((2005), 38 B.C.L.R. (4th) 288, 2005 BCCA 94, par. 41), je souscris à l'opinion de l'intervenante l'Association du Barreau canadien, selon laquelle [TRADUCTION] « il n'y a aucune raison de principe de conclure que des intérêts publics et privés ne peuvent pas coexister dans une affaire où une provision pour frais est justifiée » et « l'instance doit clairement servir l'intérêt public, mais pas nécessairement à l'exclusion de tout autre intérêt » (mémoire, par. 5). Le procureur général de la Colombie-Britannique semble être du même avis (mémoire, par. 11). Dans l'affaire *Okanagan* elle-même, la bande indienne avait un intérêt financier privé dans la revendication de ses droits d'exploitation forestière. 139

À l'instar de mes collègues, j'examinerai chacune des trois conditions préalables. 140

1. The Appellant Genuinely Cannot Afford to Pay for the Litigation, and No Other Realistic Option Exists for Bringing the Issues to Trial — In Short, the Litigation Would Be Unable to Proceed if the Order Were Not Made

141 Whether or not an applicant "genuinely cannot afford to pay for the litigation" is a question of fact. After a four-day hearing and consideration of extensive financial material, the chambers judge made the following observation:

> I propose to deal with the financial aspect of the litigation first. The Commissioner submits that I should limit this case to the appeal. If I do that, then says the Commissioner, Little Sisters can afford to bring that aspect of the litigation.
>
> I disagree. Appeals from prohibitions are rarely brought to court, no doubt because the cost is prohibitive. Little Sisters intends to call expert evidence, as does the Commissioner, to establish the factual foundation for their respective arguments. [Emphasis added; paras. 18-19.]

She concluded that Little Sisters, with its resources in part depleted by the earlier litigation, could not afford to bring even the Four Books Appeal to trial. The appellant says that it realized it could not afford the litigation when Customs filed six expert affidavits in the Four Books Appeal itself. The chambers judge made strong findings of fact on the issue of lack of means:

> Having reviewed the evidence, it is clear that Little Sisters cannot genuinely afford to pay for this litigation, or any reasonable aspect of it.
>
> . . .
>
> I conclude that Little Sisters meets the first requirement of *Okanagan Indian Band*, regardless of the scope of the litigation. [Emphasis added; paras. 22 and 25.]

1. L'appelante n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance

La question de savoir si un demandeur « n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige » est une question de fait. À l'issue d'une audience de quatre jours et après avoir examiné de nombreux documents financiers, la juge en chambre a formulé l'observation suivante :

> [TRADUCTION] Je compte examiner d'abord l'aspect financier du litige. Le commissaire soutient que je devrais limiter l'instance à l'objet de l'appel. Il a ajouté que, si je fais cela, Little Sisters a les moyens de financer le litige.
>
> Je ne suis pas de cet avis. Il est rare que les interdictions fassent l'objet d'un appel devant les tribunaux, sans doute en raison du coût prohibitif d'un tel recours. Little Sisters et le commissaire entendent présenter une preuve d'expert destinée à établir le fondement factuel de leurs arguments respectifs. [Je souligne; par. 18-19.]

La juge a conclu que Little Sisters, dont les ressources avaient été épuisées en partie par le litige antérieur, n'était même pas en mesure de financer l'appel concernant les quatre livres. L'appelante affirme qu'elle s'est rendu compte qu'elle n'avait pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige lorsque les Douanes ont déposé six affidavits d'expert dans le cadre même de l'appel concernant les quatre livres. La juge en chambre a tiré de solides conclusions de fait sur la question du manque de ressources :

> [TRADUCTION] Il ressort clairement de la preuve que Little Sisters n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le présent litige ou par tout aspect raisonnable de celui-ci.
>
> . . .
>
> Je conclus que Little Sisters satisfait à la première exigence de l'arrêt *Bande indienne Okanagan*, quelle que soit la portée du litige. [Je souligne; par. 22 et 25.]

As does our Chief Justice (at para. 99), I accept the chambers judge's finding that the impecuniosity requirement is met. The chambers judge was satisfied that sources of alternate funding had been explored. This is not a case where a contingency fee is attractive to lawyers. Even an optimistic view of the damages that might be recovered is insufficient to justify the risk to a law firm of time and disbursements. Nor is this a case where settlement is possible. Customs has given as much ground as it is prepared to give. Thackray J.A. speculated that if this case were of general importance, members of the gay and lesbian community would support it financially, and so they have, but not enough. Speculation of at least equal value is that the supporters are suffering donor fatigue. If Little Sisters is correct that Customs has not changed its ways despite *Little Sisters No. 1* rational people may well conclude that "you can't fight City Hall" and put their money into more productive activities. Disillusionment with the capacity of the legal system to remedy *Charter* wrongs effectively is of public concern.

My colleagues Bastarache and LeBel JJ. assert that the impecuniosity requirement cannot be satisfied where "other litigation is pending [which] may be conducted for this same purpose, without requiring an interim order of costs" (para. 41). This is a legitimate consideration, but Customs is in the best position to know of such litigation, and has not disclosed any such cases. I do not believe the appellant should be called on to prove a negative when the party in the best position to raise such a concern — Customs — has not done so. In any event, on these particular facts, Little Sisters has taken on what it refers to as "Big Brother" for the past 12 years and I think it has earned the right to complete what the chambers judge considered to be a work in progress.

À l'instar de la Juge en chef (au par. 99), j'accepte la conclusion de la juge en chambre selon laquelle la condition du manque de ressources est remplie. La juge en chambre était convaincue que d'autres possibilités de financement avaient été examinées. La présente affaire n'est pas un cas où les honoraires conditionnels représentent une option intéressante pour un avocat. Même une perception optimiste des dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus n'est pas suffisante pour justifier le risque auquel un cabinet d'avocats serait exposé sur les plans du temps et des débours. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où il y a possibilité de règlement. Les Douanes ont cédé tout le terrain qu'elles étaient disposées à céder. Le juge Thackray a supposé que si la présente affaire revêtait une importance générale, les membres de la communauté gaie et lesbienne l'appuieraient financièrement; ils l'ont fait, mais pas suffisamment. Une autre hypothèse, au moins tout aussi valable, est que les partisans de Little Sisters sont las de contribuer. Si Little Sisters a raison d'affirmer que les Douanes n'ont pas changé leurs méthodes en dépit de l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1*, des gens raisonnables peuvent bien conclure qu'« on ne peut rien contre l'administration » et consacrer leur argent à des activités plus productives. La désillusion face à la capacité du système de justice de corriger efficacement les atteintes à la *Charte* est effectivement un sujet d'intérêt public.

142 Mes collègues les juges Bastarache et LeBel affirment que la condition du manque de ressources ne peut pas être remplie dans le cas où « une autre affaire visant les mêmes fins est en instance et peut se dérouler sans qu'il soit nécessaire de rendre une ordonnance accordant une provision pour frais » (par. 41). C'est là une considération légitime, mais les Douanes, qui sont les mieux placées pour connaître l'existence d'une telle affaire, n'en ont fait part d'aucune. Je ne crois pas que l'appelante devrait être appelée à prouver l'inexistence de quelque chose alors que la partie la mieux en mesure de soulever cette question — les Douanes — ne l'a pas fait. De toute façon, selon ces faits particuliers, Little Sisters s'en est prise à ce qu'elle appelle « Big Brother » au cours des 12 dernières années et j'estime qu'elle s'est méritée le droit de terminer ce que la juge en chambre a qualifié d'entreprise toujours en cours.

143 Over more than a decade, Little Sisters has borne the brunt of the battle on this branch of expression and equality rights. In 1996, it financed a two-month trial and two subsequent successful appeals to establish the existence of systemic *Charter* violations at Canada Customs. That case vindicated (at least in principle) the rights generally of the lesbian and gay community, not just Little Sisters. We are told that the costs award in *Little Sisters No. 1* covered only 60 percent or so of actual costs (A.F., at para. 51). The present issue is whether the rights established in principle have (or will) become rights in reality. In the circumstances, Little Sisters should not have to prove that there is no one else in Canada with a potential interest in the subject matter with pockets deep enough to take up the cause.

Depuis plus d'une décennie, Little Sisters fait les frais de la bataille concernant cet aspect de la liberté d'expression et du droit à l'égalité. En 1996, elle a financé un procès de deux mois — suivi de deux appels à l'issue desquels elle a eu gain de cause — afin d'établir l'existence de violations systémiques de la *Charte* chez Douanes Canada. Cette cause a confirmé (en principe du moins) les droits de la communauté gaie et lesbienne en général, et non seulement ceux de Little Sisters. On nous dit que les dépens accordés dans l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1* ne représentaient qu'environ 60 pour 100 des frais réellement engagés (m.a., par. 51). Il s'agit en l'espèce de décider si les droits dont l'existence a été établie en principe sont devenus (ou vont devenir) réalité. Dans les circonstances, Little Sisters ne devrait pas avoir à démontrer qu'il n'y a, au Canada, personne d'autre susceptible d'avoir un intérêt dans cette question et disposant des ressources suffisantes pour prendre le relais.

2. The Claim To Be Adjudicated Is *Prima Facie* Meritorious; That Is, the Claim Is at Least of Sufficient Merit That It Is Contrary to the Interests of Justice for the Opportunity To Pursue the Case To Be Forfeited Just Because the Litigant Lacks Financial Means

2. La demande vaut *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers

144 The courts below, while not prejudging the outcome, considered that the appellant had easily met this requirement. The chambers judge noted that Customs did not "strenuously oppose the granting of costs" on the ground of whether the claim is *prima facie* meritorious (para. 28). Similarly, the Court of Appeal said that Customs "raised, but did not press" this issue (para. 28). The chambers judge nevertheless addressed it in some detail, noting that the determinations of obscenity in issue are those of Ms. Anne Kline, who at the relevant time was the Customs official in Ottawa ultimately in charge of the obscenity determinations. Ms. Kline acknowledged on discovery that she does not recall *ever* having allowed an appeal based on artistic merit (A.R., at p. 2935, Q 3167). The chambers judge stated:

Sans préjuger de l'issue, les tribunaux d'instance inférieure ont estimé que l'appelante avait aisément rempli cette condition. La juge en chambre a souligné que les Douanes ne s'étaient pas [TRADUCTION] « farouchement opposées à l'attribution de dépens » en soulevant la question de savoir si la demande valait *prima facie* d'être instruite (par. 28). De même, la Cour d'appel a affirmé que les Douanes avaient [TRADUCTION] « soulevé [cette question], sans toutefois insister » (par. 28). La juge en chambre l'a néanmoins examinée avec soin, constatant que les déclarations d'obscénité en cause émanaient de M^me^ Anne Kline, qui à l'époque pertinente était, à Ottawa, la fonctionnaire des douanes chargée, en dernier ressort, de rendre les décisions en matière d'obscénité. En interrogatoire préalable, cette dernière a reconnu qu'elle ne se rappelait pas avoir *jamais* accueilli un appel fondé sur la valeur artistique (d.a., p. 2935, question 3167). La juge en chambre a affirmé :

With respect to the appeal, there is *prima facie* evidence that Ms. Kline may not be applying the *Butler* test correctly [*R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452]. For example, there is some evidence that Ms. Kline uses a "dirt for dirt's sake" approach (cross-examination on affidavit Q. 516-517, 526-7) which was rejected by *Butler* at p. 492, para. 79. There is some evidence to suggest she may not be correctly applying the risk of harm test: See her Examination for Discovery Questions: 2107-2110. Further, there is evidence that Ms. Kline may not be correctly applying the "artistic merit" test. For example, she may not be considering some or all of the factors which define artistic merit: See *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2. [para. 29]

[TRADUCTION] Quant à l'appel, il existe une preuve *prima facie* que M^me^ Kline n'applique peut-être pas correctement le critère de l'arrêt *Butler* [*R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452]. Par exemple, il y a une preuve que M^me^ Kline utilise une méthode de « l'obscénité pour l'obscénité » (contre-interrogatoire sur affidavit, questions 516-517, 526-527) qui a été rejetée dans l'arrêt *Butler* (p. 492, par. 79). Une preuve indique qu'elle n'applique peut-être pas correctement le critère du risque de préjudice : voir les questions 2107-2110 de son interrogatoire préalable. Il y a, en outre, une preuve que M^me^ Kline n'applique peut-être pas correctement le critère de la « valeur artistique ». Par exemple, il se peut qu'elle ne tienne pas compte de tous les facteurs définissant la valeur artistique ou d'une partie de ces facteurs : voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2. [par. 29]

Further, the chambers judge added:

La juge en chambre a ajouté ceci :

Unbeknownst to Little Sisters, Ms. Kline did not look at anything that was before the s. 58 arbitrators, including Little Sisters' written submissions. [para. 30]

[TRADUCTION] Sans que Little Sisters le sache, M^me^ Kline n'a rien consulté de ce qui avait été soumis aux décideurs agissant en vertu de l'art. 58, y compris les observations écrites de Little Sisters. [par. 30]

The Chief Justice agrees that the "*prima facie* merit" condition is met (para. 101) but our colleagues Bastarache and LeBel JJ. say that to establish *prima facie* merit an applicant must "prove that the interests of justice would not be served" were the action to fail to proceed for want of resources (para. 51). With respect, this conflates a *prima facie* merit test with the "interests of justice" test. A *prima facie* merit test avoids the need for prejudgment and in my view is to be preferred. The potential for injustice should be addressed under the other factors, particularly at the residual discretion stage.

145 La Juge en chef reconnaît que la condition du « bien-fondé à première vue » est remplie (par. 101), mais nos collègues les juges Bastarache et LeBel affirment que, pour établir le bien-fondé à première vue, un demandeur doit « prouver qu'il ne serait pas conforme aux intérêts de la justice » qu'un manque de ressources empêche l'action de suivre son cours (par. 51). En toute déférence, cela revient à assimiler le critère du bien-fondé à première vue au critère des « intérêts de la justice ». Le critère du bien-fondé à première vue écarte la nécessité de préjuger et, à mon avis, doit être privilégié. La question du risque d'injustice devrait être abordée lors de l'examen des autres facteurs, particulièrement à l'étape de l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel.

3. The Issues Raised Transcend the Individual Interests of the Particular Litigant, Are of Public Importance, and Have Not Been Resolved in Previous Cases

3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées

146 The appellant's position of course is that the issues *ought* to have been resolved in *Little Sisters No. 1* but in the end were not. It seeks a structured s. 24(1) remedy on updated material which would

L'appelante soutient naturellement que les questions *auraient dû* être réglées dans l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1*, mais qu'en fin de compte elles ne l'ont pas été. Elle sollicite en vertu du par. 24(1), sur

operate as a set of detailed instructions binding on Customs officials, only this time accompanied with ongoing judicial supervision. As appellant's counsel put it,

> we will be pressing very hard for the kind of structural reform that this Court I think has opened up in . . . *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* [[2003] 3 S.C.R. 3, 2003 SCC 62]. [Transcript, at p. 4]

147 On the issue of public interest, the chambers judge concluded:

> Clearly, if the Commissioner, via Ms. Kline, is not correctly applying the legal test for obscenity, that issue transcends the interests of Little Sisters and touches all book importers, both commercial and private. . . . [para. 43]

148 The importance of the obscenity issue also affects potential readers. Section 2(*b*) of the *Charter* protects not only writers and artists, but also readers, who are denied access to books they may wish to peruse. The impact of discrimination may start with the appellant but it reaches "through them to Vancouver's gay and lesbian community" (*Little Sisters No. 1*, at para. 123) and beyond.

149 Underpinning her conclusion, the chambers judge noted several circumstances she regarded as significant:

> Since 1996, 57 titles imported by Little Sisters have been detained. Nineteen titles have been detained since the decision by the Supreme Court of Canada in *Little Sisters No. 1* . . . (affidavit of Ms. Kline, para. 17). It is not clear if these four titles are part of the nineteen. Numerous titles have been seized from other book sellers, and in particular, gay and lesbian book sellers. [para. 35]

la base d'éléments plus récents, une réparation structurée qui prendrait la forme d'un ensemble de directives détaillées liant les fonctionnaires des douanes et qui, cette fois, serait assortie d'une supervision judiciaire continue. Comme l'a exposé l'avocat de l'appelante,

> [TRADUCTION] nous réclamerons avec insistance le genre de réforme structurelle que la Cour a, je pense, instaurée dans [. . .] l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)* [[2003] 3 R.C.S. 3, 2003 CSC 62]. [Transcription, p. 4]

Au sujet de la question de l'intérêt public, la juge en chambre a tiré la conclusion suivante :

> [TRADUCTION] De toute évidence, si le commissaire, par l'entremise de M^me^ Kline, n'applique pas correctement le critère juridique en matière d'obscénité, cette question dépasse le cadre des intérêts de Little Sisters et touche tous les importateurs de livres, autant commerciaux que privés. . . [par. 43]

La question de l'obscénité revêt également de l'importance du point de vue des lecteurs potentiels. En effet, l'al. 2*b*) de la *Charte* protège non seulement les écrivains et les artistes, mais aussi les lecteurs, qui se voient privés de l'accès à des livres qu'ils pourraient souhaiter lire. L'incidence de la discrimination touche peut-être d'abord l'appelante, mais elle se répercute également « par l'intermédiaire [de celle-ci sur] [. . .] la communauté gaie et lesbienne de Vancouver » (*Little Sisters n^o^ 1*, par. 123) et au-delà.

Dans sa conclusion, la juge en chambre a relevé plusieurs circonstances qu'elle considérait importantes :

> [TRADUCTION] Depuis 1996, 57 titres importés par Little Sisters ont été retenus. Dix-neuf titres ont été retenus depuis l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1* de la Cour suprême du Canada [. . .] (affidavit de M^me^ Kline, par. 17). Il n'est pas certain que les quatre titres en cause figurent parmi ces dix-neuf titres. D'autres libraires et, plus particulièrement, des libraires desservant la communauté gaie et lesbienne, se sont fait saisir de nombreux titres. [par. 35]

. . . . . .

There is evidence that Customs is detaining hundreds, if not thousands of titles. [para. 37]

Ms. Kline has the final say, prior to court review, on the detentions of all titles imported into this country. . . . [para. 38]

. . .

The legislation prohibiting obscene material violates [the *Charter*], but is saved by s. 1 . . . on the understanding that certain safeguards to protect citizens are in place. One of these safeguards is the defence of artistic merit. [paras. 40-41]

. . .

Little Sisters has filed evidence to show that Customs has detained 190,000 items and prohibited 67,000-68,000 items in the past five years. This does not equate to titles, but the statistics demonstrate a large magnitude of detentions. [para. 48]

Further, the statistics demonstrate that 70% of detentions are gay and lesbian material. This is some evidence of continual targeting. [para. 49]

While I agree with Thackray J.A. that raw numbers of detained books are not necessarily significant, nevertheless the high *percentage* of gay and lesbian material detained *is* significant (70 percent of all items seized). In *Little Sisters No. 1*, our Court observed that "[w]hile homosexuals are said to form less than 10 per cent of the Canadian population, up to 75 per cent of the material from time to time detained and examined for obscenity was directed to homosexual audiences" (para. 113). We noted then that there was no evidence that gay and lesbian erotica was more likely to be obscene than heterosexual erotica (para. 121). If the systemic problems had been resolved since our decision in 2000, one would expect the percentage of gay and lesbian material detained to now be less than 70 percent of the total. An explanation for this lack of proportionality may lie in "the process that was followed and the reasons [the books] were determined to be obscene" as agreed to by the Crown in the February 6, 2003 consent order. I accept the view of the chambers judge that the 70 percent

Il est prouvé que les Douanes retiennent des centaines, voire des milliers de titres. [par. 37]

Avant l'exercice d'un contrôle judiciaire, c'est M^me^ Kline qui a le dernier mot sur la retenue de tous les titres importés au Canada. . . [par. 38]

. . .

Les dispositions législatives interdisant le matériel obscène violent [la *Charte*], mais sont justifiées au regard de l'article premier [. . .] pour autant qu'existent certaines garanties visant à protéger les citoyens. L'une de ces garanties est le moyen de défense fondé sur la valeur artistique. [par. 40-41]

. . .

Little Sisters a déposé des éléments de preuve démontrant que les Douanes ont retenu 190 000 articles et en ont interdit entre 67 000 et 68 000 au cours des cinq dernières années. Il ne s'agit pas du nombre de titres, mais ces chiffres démontrent que la retenue se pratique à une grande échelle. [par. 48]

Ces chiffres démontrent, en outre, que 70 pour 100 des retenues concernent du matériel gai et lesbien. Il existe une preuve de ciblage constant. [par. 49]

150 Bien que je convienne avec le juge Thackray que le nombre brut de livres retenus n'est pas nécessairement significatif, le *pourcentage* élevé de matériel gai et lesbien retenu l'*est* néanmoins (70 pour 100 de tous les articles saisis). Dans l'arrêt *Little Sisters n^o^ 1*, notre Cour a fait observer que « [b]ien que les homosexuels constituent, dit-on, moins de 10 pour 100 de la population canadienne, jusqu'à 75 pour 100 du matériel retenu et contrôlé pour voir s'il est obscène était destiné à des publics homosexuels » (par. 113). Nous avons alors souligné qu'il n'y avait aucune preuve que le matériel érotique gai et lesbien était plus susceptible d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel (par. 121). Si les problèmes systémiques avaient été réglés depuis notre arrêt de l'an 2000, on pourrait s'attendre à ce que le pourcentage de matériel gai et lesbien retenu soit maintenant inférieur à 70 pour 100 de tous les articles retenus. Cette disproportion peut s'expliquer par le « processus suivi pour déclarer [les livres] obscènes [. . .] et les raisons qui sous-tendent cette décision », auxquels la Couronne a

detention rate six years after *Little Sisters No. 1* is a statistic that taken together with the other evidence seems to signal an ongoing problem.

151 In short, on the issue of public importance, I read the chambers judge as saying she is satisfied on a *prima facie* basis that there is unfinished business of high public importance left over from *Little Sisters No. 1*. She goes on to say:

> There is a strong public interest at stake, and that is ensuring that government does not interfere with the s. 2(*b*) rights of citizens. Further, whether the government has complied with a court order. [para. 61]

152 My colleagues Bastarache and LeBel JJ. further narrow *Okanagan* by observing that "the litigation would not be of exceptional public importance if Customs were shown to be acting in accordance with its constitutional duties" (para. 65). With respect, I cannot agree that the public importance of a case depends on whether the government loses it. The issue of public importance is whether Canada Customs learned the lessons of *Little Sisters No. 1*, and now performs its mandate without discrimination on grounds of sexual orientation, and has lived up to its assurances given to the Court. A positive answer to those questions would have as much significance as a negative one.

153 My colleague the Chief Justice formulates the third criterion differently than Bastarache and LeBel JJ. She writes that her

> formulation differs from that used by my colleagues . . . in that the third condition is not merely that the matter be one of public interest, but that it constitute special circumstances in the sense indicated. . . . [P]ublic importance is not enough in itself to meet the third requirement. The ultimate question is whether the

consenti dans l'ordonnance sur consentement du 6 février 2003. J'accepte le point de vue de la juge en chambre voulant que le taux de retenue de 70 pour 100 qui existe six ans après l'arrêt *Little Sisters n^o 1* soit une donnée statistique qui, conjuguée aux autres éléments de preuve, semble indiquer l'existence d'un problème persistant.

Bref, en ce qui concerne la question de l'importance pour le public, il ressort, selon moi, des propos de la juge en chambre que celle-ci est convaincue à première vue que l'arrêt *Little Sisters n^o 1* n'a pas tout réglé et qu'il reste à trancher un aspect d'une grande importance pour le public. Elle ajoute :

> [TRADUCTION] Il y a un enjeu d'intérêt public important, qui est d'assurer que le gouvernement ne porte pas atteinte aux droits garantis aux citoyens par l'al. 2*b*). Il y a, en outre, la question de savoir si le gouvernement s'est conformé à une ordonnance judiciaire. [par. 61]

Mes collègues les juges Bastarache et LeBel restreignent davantage la portée de l'arrêt *Okanagan* en faisant remarquer que « le litige ne revêtirait pas une importance exceptionnelle pour le public s'il était démontré que les Douanes agissent conformément à leurs obligations constitutionnelles » (par. 65). En toute déférence, je ne puis accepter que l'importance d'une affaire pour le public dépende de la question de savoir si le gouvernement perd sa cause. La question d'importance pour le public en l'espèce consiste à déterminer si Douanes Canada a tiré de l'arrêt *Little Sisters n^o 1* les leçons qui s'imposent et s'acquitte désormais de sa mission sans faire montre de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et si elle se conforme aux assurances qu'elle a données à la Cour. Une réponse affirmative à ces questions serait tout aussi importante qu'une réponse négative.

Ma collègue la Juge en chef formule le troisième critère d'une manière différente de celle des juges Bastarache et LeBel. Elle écrit :

> [Ma] formulation diffère de celle de mes collègues [. . .] en ce que la troisième condition veut non seulement que l'affaire soit d'intérêt public, mais qu'elle présente des circonstances particulières au sens indiqué. [. . .] [L]'importance pour le public n'est pas suffisante en soi pour remplir la troisième condition. En définitive, il

matter of public interest rises to the level of constituting special circumstances. . . . [para. 88]

. . .

How the third requirement of the test is formulated makes a difference in this case. Indeed, it makes a critical difference. [para. 89]

Having found that Little Sisters demonstrated both impecuniosity (para. 99) and *prima facie* merit (para. 101), the Chief Justice nevertheless rejects the Little Sisters application on the basis that its case is not "special enough" and the potential "insight" to be gained by its pursuit "do[es] not rise to the level of compelling public importance or demonstrate systemic injustice" (para. 109).

Whether a case, though special, is not "special enough" or fails to "rise to the level" of compelling public importance is a subjective test whose outcome will inevitably depend to a significant extent on the eye of the beholder. The discretionary nature of the order was, of course, recognized in *Okanagan*, although in that case it was identified as a residual discretion rather than as part of the "public importance" criterion. More significantly, *Okanagan* recognized that the discretion is given to the trial court. LeBel J. wrote for the majority that:

It is for the trial court to determine in each instance whether a particular case, which might be classified as "special" by its very nature as a public interest case, is special enough to rise to the level where the unusual measure of ordering costs would be appropriate. [Emphasis added; para. 38.]

It is ironic that in both cases to reach this Court on the advance costs issue, the trial court has been reversed.

My view is that the "sufficiently special" test is essentially the same as the "rare and exceptional

s'agit de savoir si l'affaire d'intérêt public présente des circonstances particulières. . . [par. 88]

. . .

La façon de formuler la troisième condition a une incidence en l'espèce. En fait, elle a une incidence cruciale. [par. 89]

Après avoir conclu que Little Sisters a démontré l'existence d'un manque de ressources (par. 99) et le bien-fondé à première vue de sa demande (par. 101), la Juge en chef rejette néanmoins cette demande pour le motif que son cas n'est pas « suffisamment particulier » et que les « indications » qu'un procès pourrait apporter « n'atteignent pas [. . .] un niveau déterminant d'importance pour le public et ne démontrent pas non plus l'existence d'une injustice systémique » (par. 109).

154 La question de savoir si un cas, bien que particulier, n'est pas « suffisamment particulier » ou « n'attei[nt] pas [. . .] un niveau » déterminant d'importance pour le public constitue un critère subjectif dont le résultat est inévitablement tributaire, dans une large mesure, de l'identité de celui qui l'applique. Il va sans dire que la nature discrétionnaire de l'ordonnance a été reconnue dans l'arrêt *Okanagan*, quoique, dans cette affaire, on ait parlé de pouvoir discrétionnaire plutôt que d'élément du critère de « l'importance pour le public ». Qui plus est, l'arrêt *Okanagan* a reconnu que ce pouvoir discrétionnaire est conféré au tribunal de première instance. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge LeBel a écrit ceci :

Il incombe au tribunal de première instance de décider dans chaque cas si une affaire qui peut être qualifiée de « particulière » de par son caractère d'intérêt public est suffisamment particulière pour s'élever au niveau des causes où l'allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée. [Je souligne; par. 38.]

Il est ironique que la décision du tribunal de première instance ait été infirmée dans les deux affaires portant sur la provision pour frais qui sont parvenues à notre Cour.

155 J'estime que le critère de la nature « suffisamment particulière » est essentiellement le même

circumstances" test set out in *Okanagan*, which was dutifully applied by the chambers judge in this case, as I will address in the next section.

F. *The Exercise of Discretion in "Rare and Exceptional Circumstances"*

156 The chambers judge properly directed herself on the "sufficiently special circumstances" test under the rubric of "rare and exceptional circumstances", as follows:

> Advanced costs are ordered in "rare and exceptional circumstances." The jurisdiction to make such an order in British Columbia was confirmed in *Okanagan Indian Band.* [para. 8]
>
> . . .
>
> [*Okanagan*] held . . . that even if all the conditions are met, that opens the "narrow jurisdiction" to consider an order for advanced costs. Even if all three criteria are met, it is still within the judge's discretion to make such an order. The order is made in "rare and exceptional circumstances". [para. 10]
>
> . . .
>
> Having met the threshold test for advanced costs, I would exercise my discretion in favour of ordering advanced costs to fund these appeals. The issues raised are too important to forfeit this litigation because of lack of funds. [para. 44]

In other words, the chambers judge did what *Okanagan* asked of her, namely to determine whether this case is "special enough to rise to the level where the unusual measure of ordering costs would be appropriate" (LeBel J., at para. 38). She held that it did, and absent a demonstration that she erred in her appreciation of the facts or the law, her assessment on this point should be upheld, in my view.

que le critère des « circonstances rares et exceptionnelles » qui a été énoncé dans l'arrêt *Okanagan* et que la juge en chambre a consciencieusement appliqué en l'espèce, comme je l'expliquerai dans la partie suivante.

F. *L'exercice du pouvoir discrétionnaire dans des « circonstances rares et exceptionnelles »*

La juge en chambre ne s'est pas trompée au sujet du critère des « circonstances suffisamment particulières » figurant sous la rubrique des [TRADUCTION] « circonstances rares et exceptionnelles » :

> [TRADUCTION] Une provision pour frais est ordonnée dans des « circonstances rares et exceptionnelles ». La compétence pour rendre une telle ordonnance en Colombie-Britannique a été confirmée dans l'arrêt *Bande indienne Okanagan.* [par. 8]
>
> . . .
>
> [Dans l'arrêt *Okanagan*, la Cour] a [. . .] conclu que, même si les conditions sont toutes remplies, cela permet d'exercer la « compétence limitée » relative à la possibilité de rendre une ordonnance accordant une provision pour frais. Même si les trois conditions sont toutes remplies, le juge conserve le pouvoir discrétionnaire de rendre cette ordonnance. Celle-ci est rendue dans des « circonstances rares et exceptionnelles ». [par. 10]
>
> . . .
>
> Le critère préliminaire applicable à la provision pour frais étant respecté, je suis d'avis d'exercer mon pouvoir discrétionnaire et d'ordonner le versement de la provision pour frais requise pour financer les présents appels. En l'espèce, les questions soulevées sont trop importantes pour que l'on renonce à agir en justice à cause d'un manque de fonds. [par. 44]

En d'autres termes, la juge en chambre a fait ce que le critère de l'arrêt *Okanagan* l'obligeait à faire, à savoir décider si la présente affaire était « suffisamment particulière pour s'élever au niveau des causes où l'allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée » (le juge LeBel, par. 38). La juge a conclu qu'elle l'était et, à moins qu'il soit démontré qu'elle a commis une erreur dans son appréciation des faits ou du droit, j'estime qu'il y a lieu de maintenir son évaluation à cet égard.

Only one error in principle has been identified, and it goes to the scope of the proceeding, not the appropriateness of its advanced funding. For the reasons stated earlier, I accept that the chambers judge erred in principle in ordering advance costs for the "extended" Systemic Review because there is no such action pending. The taxpayers cannot be ordered to finance a piece of litigation that is neither pending nor defined in any concrete form in a proposed statement of claim. All that is before the court is the originating Notice of Appeal under ss. 67 and 71 of the *Customs Act*. The scope of the statutory appeal will have to be determined by the Supreme Court of British Columbia, although the chambers judge (who is also the case management judge) gave some indication of its elasticity. But in terms of scope, that is as much elbow room as the law permits.

157 Seule une erreur de principe a été décelée et cette erreur ne touche que la portée de l'instance et non la pertinence d'accorder une provision pour frais pour la financer. Pour les raisons déjà exposées, j'accepte que la juge en chambre a commis une erreur de principe en ordonnant le versement d'une provision pour frais pour la révision systémique « approfondie », du fait qu'aucune action de cette nature n'est en cours. On ne saurait ordonner aux contribuables de financer une affaire qui n'est ni en instance ni décrite de manière concrète dans un projet de déclaration. Le tribunal n'est saisi que de l'avis d'appel fondé sur les art. 67 et 71 de la *Loi sur les douanes*. Il appartiendra à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'établir la portée de l'appel prévu par la Loi, bien que la juge en chambre (qui est également responsable de la gestion de l'instance) ait donné une idée de son élasticité. Toutefois, en ce qui concerne la portée, c'est là toute la latitude que permet le droit.

No such error affects the chambers judge's exercise of discretion in relation to the Four Books Appeal. Having found the Little Sisters' allegations to have *prima facie* merit, and considering everything that has gone on in the last 12 years as creating "rare and exceptional" circumstances, she concluded this case justified an order for advance costs. We have been shown no basis on which to interfere with the exercise of her discretion in that respect.

158 Aucune erreur de cette nature n'entache l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la juge en chambre relativement à l'appel concernant les quatre livres. Après avoir conclu que les allégations de Little Sisters étaient fondées à première vue et après avoir considéré que tout ce qui s'est passé au cours des 12 dernières années créait des circonstances « rares et exceptionnelles », la juge a décidé qu'une provision pour frais était justifiée en l'espèce. On ne nous a démontré aucune raison de modifier l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à cet égard.

G. *A Structured Costs Order*

The chambers judge properly insisted that "This order does not mean the government must write a blank cheque." (para. 93) I agree. In this Court, appellant's counsel estimated the costs of the Four Books Appeal at $300,000 (A.F., at para. 66). It seems to me reasonable to cap the *maximum* potential public contribution to the Four Books Appeal at that amount, subject to further order of the trial court. It is perfectly possible that, properly supervised, the required state contribution to the costs of Little Sisters will be less than $300,000. A

G. *Une ordonnance structurée en matière de dépens*

159 La juge en chambre a eu raison d'insister sur le fait que [TRADUCTION] « [l]a présente ordonnance ne signifie pas que le gouvernement doit donner carte blanche » (par. 93). Je suis de cet avis. Devant nous, l'avocat de l'appelante a estimé que les dépens de l'appel concernant les quatre livres s'élèveraient à 300 000 $ (m.a., par. 66). Il me paraît raisonnable de fixer ce *plafond* à la contribution publique à l'appel concernant les quatre livres, sous réserve d'une autre ordonnance du tribunal de première instance. Il est tout à fait possible que, moyennant

cap is fair to the public and fair to the appellant because it gives notice of the $300,000 upper limit to which the public purse will potentially finance the litigation. The appellant will have to budget accordingly.

160 The chambers judge repeated the stricture set out in *Okanagan*, at para. 41:

> Such orders should be carefully fashioned and reviewed over the course of the proceedings to ensure that concerns about access to justice are balanced against the need to encourage the reasonable and efficient conduct of litigation, which is also one of the purposes of costs awards.

Hence, she concluded, "Further submissions are needed on the structure of the order and quantum" (para. 94). Subsequent to her order, the parties entered into a funding agreement which requires Little Sisters to submit budgets to a Costs Administrator appointed by Customs, to have all budgets and payments approved by the Costs Administrator and which limits Little Sisters to hourly and daily rates agreed to by the parties (A.R., at p. 2106). To the extent Little Sisters can make a contribution to the costs, it should be required to do so. The case management judge can ensure that the public is getting value for money. It seems to me that this was the proper way to proceed and I would not interfere with it.

H. *Impact of the Claim for Damages*

161 The appellant seeks substantial damages. The award of such damages would, if made, alleviate the impecuniosity. It would be entirely fair to both the public and the appellant to order that the appellant is obligated to repay the entire amount of the advance costs plus interest at the usual prejudgment rate as a first charge on any such award of damages. Such arrangements are not uncommon in cases of legal aid in civil matters (to the extent that legal

une supervision adéquate, la contribution requise de l'État aux dépens de Little Sisters soit inférieure à 300 000 $. Un plafonnement est juste pour le public et juste pour l'appelante étant donné qu'elle avise que le montant maximal que le trésor public pourra être appelé à débourser pour financer le litige est de 300 000 $. L'appelante devra établir son budget en conséquence.

La juge en chambre a réitéré la restriction énoncée au par. 41 de l'arrêt *Okanagan* :

> De telles ordonnances doivent être formulées avec soin et révisées en cours d'instance de façon à assurer l'équilibre entre les préoccupations concernant l'accès à la justice et la nécessité de favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite, qui est également l'un des objectifs de l'attribution de dépens.

Du même coup, elle a conclu qu'il [TRADUCTION] « faudra présenter d'autres observations sur la structure de l'ordonnance et sur le montant de la provision » (par. 94). À la suite de son ordonnance, les parties ont conclu une entente de financement qui oblige Little Sisters à soumettre des budgets à un gestionnaire des coûts nommé par les Douanes, à faire approuver par ce gestionnaire des coûts tous les budgets et paiements et à respecter les tarifs horaires et quotidiens convenus par les parties (d.a., p. 2106). Dans la mesure où Little Sisters peut contribuer aux coûts, elle devrait être tenue de le faire. La juge responsable de la gestion de l'instance peut veiller à ce que le public en ait pour son argent. Il me semble que c'était la bonne façon de procéder, et je suis d'avis de ne pas la modifier.

H. *Incidence de la demande de dommages-intérêts*

L'appelante réclame des dommages-intérêts substantiels qui, s'ils lui étaient accordés, atténueraient les effets de son impécuniosité. Il serait tout à fait juste, à la fois pour le public et pour l'appelante, d'ordonner que, si de tels dommages-intérêts lui sont accordés, cette dernière rembourse en priorité sur ceux-ci le montant total de la provision pour frais, majoré des intérêts au taux habituel des intérêts avant jugement. De tels arrangements

aid is still available in such matters) and would be appropriate here.

I. *Conclusion*

I would allow the appeal and reinstate the award of advance costs for the Four Books Appeal only, with a maximum potential limit of $300,000. The appellant should have its costs of the advanced costs motion and appeals on the regular scale throughout.

Appeal dismissed, BINNIE *and* FISH JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitor for the respondents: Deputy 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: Ministry of Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Solicitors for the intervener Egale Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the interveners the Sierra Legal Defence Fund and the Environmental Law Centre: Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

ne sont pas rares lorsqu'une partie reçoit de l'aide juridique en matière civile (dans la mesure où l'aide juridique est encore disponible en ces matières), et ils seraient indiqués en l'espèce.

I. *Conclusion*

J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais la provision pour frais accordée, mais seulement pour l'appel concernant les quatre livres et jusqu'à concurrence d'un montant maximal de 300 000 $. L'appelante devrait avoir droit à ses dépens à l'égard de la demande de provision pour frais et des appels, établis selon le barème normal, devant toutes les cours. 162

Pourvoi rejeté, les juges BINNIE *et* FISH *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureur des intimés : Sous-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 : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Egale Canada Inc. : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur des intervenants Sierra Legal Defence Fund et Environmental Law Centre : Sierra Legal Defence Fund, Toronto.

Double N Earthmovers Ltd. *Appellant*

v.

City of Edmonton and Sureway Construction of Alberta Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. *v.* EDMONTON (CITY)

Neutral citation: 2007 SCC 3.

File No.: 30915.

2006: June 16; 2007: January 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Contracts — Tenders — City's tender specifying maximum age of equipment to be used on project — Contract awarded to lower bidder whose equipment was not all 1980 or newer — City informed by rival bidder prior to awarding of contract that lower bidder did not comply with 1980 equipment requirement — Information not investigated by City — Whether City accepted non-compliant bid — Whether City had duty to investigate if equipment met tender specifications — Whether contract awarded on terms other than those set out in tender documents — Whether City violated its duty to rival bidder by permitting successful bidder to supply pre-1980 equipment — Whether City's pre-award negotiations with bidders amounted to "bid shopping".

Edmonton's call for tenders for the supply of equipment and operators stipulated that all equipment be 1980 or newer. The Conditions of Tender provided that the serial number and the City's licence registration number were to be provided for every piece of equipment, that "failure to [comply] either in whole or in

Double N Earthmovers Ltd. *Appelante*

c.

Ville d'Edmonton et Sureway Construction of Alberta Ltd. *Intimées*

RÉPERTORIÉ : DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. *c.* EDMONTON (VILLE)

Référence neutre : 2007 CSC 3.

N° du greffe : 30915.

2006 : 16 juin; 2007 : 25 janvier.

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

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

Contrats — Appels d'offres — Appel d'offres de la Ville précisant l'année de fabrication à respecter pour les machines à utiliser pour le projet — Contrat adjugé au soumissionnaire le moins-disant, dont les machines n'étaient pas toutes des modèles 1980 ou plus récents — La Ville a été informée par un soumissionnaire rival avant l'adjudication du contrat que le soumissionnaire le moins-disant n'a pas respecté l'exigence requérant que les machines soient des modèles 1980 — Information non vérifiée par la Ville — La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme? — La Ville avait-elle l'obligation de vérifier si les machines étaient conformes au cahier des charges de l'appel d'offres? — Le contrat a-t-il été adjugé à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres? — La Ville a-t-elle manqué à son obligation envers un soumissionnaire rival en permettant au soumissionnaire retenu de fournir des machines antérieures à 1980? — Les négociations entreprises par la Ville avant l'adjudication du contrat constituent-elles du marchandage de soumissions?

L'appel d'offres lancé par la ville d'Edmonton pour la fourniture de machines et de conducteurs stipule que les machines doivent être des modèles 1980 ou plus récents. Les Conditions de l'appel d'offres précisent qu'il faut fournir, pour chaque machine, le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville,

part may invalidate the bid" and that the "City reserves the right to reject any and all Tenders, and to waive any informality". In its bid, Sureway Construction of Alberta Ltd. listed a 1980 unit as Item 1 and a "1977 or 1980 Rental Unit" as Item 2. The City awarded the contract (Contract B) to Sureway and insisted on compliance with the 1980 requirement. When Sureway subsequently indicated that it would be supplying a 1979 unit, the City did not pursue the matter further. Although Sureway eventually replaced this unit, some of the work was performed by pre-1980 equipment through the duration of the 30-month contract. Double N Earthmovers Ltd., a rival bidder, claimed that the City breached the duties owed to it under the bidding contract (Contract A) and sued for the profits it would have realized had it been awarded Contract B. Double N had informed the City that Sureway did not own 1980 or newer equipment before Contract B was awarded but the City did not investigate. It was conceded that Contract A arose between the City and Double N. The trial judge dismissed the action and the Court of Appeal upheld that decision.

Held (McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Rothstein JJ.: The City did not accept a non-compliant bid. Although Unit 1 was manufactured in 1979, Sureway promised on the face of its bid to supply a 1980 unit as Item 1, and this is what the City accepted when it issued its Purchase Order. Sureway was obliged under the terms of its bid to supply a 1980 unit and that obligation was enforceable by the City. With respect to Item 2, the Conditions of Tender made bidders aware that not every failure to comply with the tender requirements would invalidate a bid. The absence of licence and serial numbers for the 1980 rental unit in Sureway's bid was precisely the sort of informality which would not materially affect the price or performance of Contract B. Since the provision of licence and serial numbers was not an essential term of the tender documents in this case, they were capable of being waived by the City. The bidding process represents a commitment to comply with what is bid. The tender documents did not prevent the City from accepting a promise to provide rental equipment or equipment not previously registered with the City. Where an owner accepts only a compliant option offered by a bidder, as the City did in its Purchase Order, there is no breach of any

que « tout manquement, même partiel, peut entraîner le rejet de la soumission » et que la « Ville se réserve le droit de rejeter toute soumission et d'accepter tout vice de forme ». Dans sa soumission, Sureway Construction of Alberta Ltd. a indiqué comme machine 1 une machine de 1980 et comme machine 2 une machine de « 1977 ou machine de location de 1980 ». La Ville a adjugé le contrat (contrat B) à Sureway et a souligné que les machines devaient être des modèles 1980. Lorsque Sureway a fait savoir par la suite qu'elle fournirait une machine de 1979, la Ville n'a pas insisté. Bien que Sureway ait finalement remplacé cette machine, elle a effectué certains des travaux avec des machines antérieures à 1980 pendant la durée du contrat de 30 mois. Double N Earthmovers Ltd., soumissionnaire rival, a soutenu que la Ville avait manqué à ses obligations envers elle au titre du contrat d'appel d'offres (contrat A) et l'a poursuivie pour les profits qu'elle aurait réalisés si le contrat B lui avait été adjugé. Double N avait informé la Ville que Sureway ne possédait aucune machine de modèle 1980 ou plus récent avant l'adjudication du contrat B, mais la Ville n'a procédé à aucune vérification. Il a été reconnu qu'il y a eu formation du contrat A entre la Ville et Double N. Le juge du procès a rejeté l'action et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Charron sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein : La Ville n'a pas accepté une soumission non conforme. Même si la machine 1 est de 1979, Sureway s'est engagée dans sa soumission à fournir comme machine 1 une machine de 1980, et c'est ce que la Ville a accepté lorsqu'elle lui a délivré le bon de commande. Sureway était tenue, selon les modalités de sa soumission, de fournir une machine de 1980, et la Ville pouvait exiger l'exécution de cette obligation. Pour ce qui est de la machine 2, les soumissionnaires savaient d'après les Conditions de l'appel d'offres que les manquements aux exigences de l'appel d'offres n'entraîneraient pas tous le rejet de leur soumission. L'absence, dans la soumission de Sureway, de numéros de série et d'enregistrement pour la machine de location de 1980 indiquée constitue précisément le type de vice de forme qui n'aurait pas d'incidence importante sur le prix ou l'exécution du contrat B. Étant donné que l'obligation de fournir les numéros de série et d'enregistrement ne constituait pas, en l'espèce, une condition essentielle des documents d'appel d'offres, elle pouvait faire l'objet d'une dispense de la part de la Ville. Le mécanisme d'appel d'offres représente l'engagement de se conformer aux modalités de la soumission. Les documents

obligation of fairness owed to other bidders. [35] [39] [41-43]

The City did not breach any duties owed to Double N by failing to investigate Sureway's bid. Since each bidder is legally obliged to comply if its bid is accepted, there is no reason why bidders would expect an owner to investigate whether a bidder will comply. There was also neither an express nor an implied obligation in the tender documents to investigate the equipment bid prior to the acceptance. To imply such a duty would overwhelm and ultimately frustrate the tender process by creating unwelcome uncertainties. All bids must receive equal treatment to protect the bidding process and, to that end, an owner must weigh bids on the basis of what is actually in the bid and not on the basis of subsequently discovered information. Allegations raised by rival bidders do not compel owners to investigate the bids made by others. [49-54]

The City's pre-award negotiations did not amount to "bid shopping". The City was specifically entitled by its conditions of tender to negotiate with the lowest compliant bidder after its initial evaluation and its exercising this right was no breach of its Contract A with Double N. The relevant time in the specific condition was any time after the tenders had been opened and the context was the tendering period, not the period after acceptance. [59-60]

The City did not enter into a contract on terms other than on terms as set out in the bidding documents and accordingly did not violate any duties owed to Double N. At the moment the City communicated its acceptance of Sureway's bid to Sureway, a 1980 unit was what Sureway promised and was obliged to supply. Although Sureway was subsequently found to be deceitful with respect to Item 1, it was its intentions at the time its bid was accepted that were relevant. Further, since the City did not know of the deceit until after it had accepted Sureway's tender, there was no collusion between the City and Sureway to disregard tender terms. [65-67]

d'appel d'offres n'empêchaient pas la Ville d'accepter la promesse de fournir une machine de location ou une machine qui n'a pas encore été enregistrée auprès de la Ville. Le propriétaire qui accepte seulement une option conforme offerte par un soumissionnaire, comme la Ville l'a fait dans son bon de commande, ne manque pas à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement. [35] [39] [41-43]

La Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N en ne vérifiant pas la soumission de Sureway. Les parties n'ont aucune raison de s'attendre à ce que le propriétaire vérifie si un soumissionnaire se conformera aux exigences puisque chaque soumissionnaire y est tenu en droit en cas d'acceptation de sa soumission. Il n'y avait pas non plus d'obligation expresse ou implicite dans les documents d'appel d'offres de vérifier, avant l'acceptation de la soumission, les machines proposées. Imposer une telle obligation aurait pour effet de gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres et d'y faire obstacle finalement en créant des incertitudes fâcheuses. Il faut traiter toutes les soumissions équitablement afin de protéger ce mécanisme et, à cet égard, le propriétaire doit les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement. Les allégations des soumissionnaires rivaux ne contraignent pas les propriétaires à vérifier les autres soumissions. [49-54]

Les négociations entreprises par la Ville avant l'adjudication du contrat ne constituent pas du marchandage de soumissions. Les conditions de l'appel d'offres confèrent expressément à la Ville le droit de négocier, après son évaluation initiale, avec le soumissionnaire conforme le moins-disant, et l'exercice de ce droit n'est pas une violation du contrat A avec Double N. La clause en question précise le moment pertinent, soit après l'ouverture des soumissions, et le contexte, soit la période de soumission et non la période ultérieure à leur acceptation. [59-60]

La Ville n'a pas passé un contrat comportant des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres et n'a donc pas manqué à ses obligations envers Double N. Au moment où sa soumission a été acceptée par la Ville, Sureway s'était engagée à fournir une machine de 1980 et c'est ce qu'elle était tenue de fournir. Même si par la suite on a conclu qu'elle avait recouru à la tromperie en ce qui concerne la machine 1, ce sont ses intentions au moment de l'acceptation de sa soumission qui sont pertinentes. Par ailleurs, comme la Ville ne s'est rendu compte de la tromperie qu'après avoir accepté la soumission de Sureway, il n'y a pas eu de collusion entre la Ville et celle-ci pour passer outre aux conditions de l'appel d'offres. [65-67]

The City did not violate its duties owed to Double N under Contract A by permitting Sureway to supply equipment manufactured prior to 1980. The owner's obligation to unsuccessful bidders, and its implied obligation to treat bidders fairly, does not survive the creation of Contract B with the successful bidder. The conduct Double N complained of — the waiver by the City of the 1980 requirement — occurred after the award of Contract B. Where an owner undertakes a fair evaluation and enters into Contract B on the terms set out in the tender documents, Contract A is fully performed and any obligations on the part of the owner to unsuccessful bidders have been fully discharged. Contract B is a distinct contract; the unsuccessful bidders are not privy to it. [69] [71]

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron JJ. (dissenting): The City breached its obligations to Double N to accept only a compliant bid and to treat all bidders fairly and equally. [126]

The requirement that all units bid be 1980 or newer was a material term of the tender. While there is much merit to the contention that an owner should be entitled to take a submitted bid at face value, the tender documents must be carefully reviewed and considered in their totality. Here, in addition to the year of the unit, the bidder had to provide the serial number and the City registration number for that unit. Given the circumstances of this case, it was not open to the City to ignore these specifications. The City's casual approach to Sureway's bid, particularly in light of the warning it received about the bid's likely non-compliance, was unfair to other bidders who provided accurate information in accordance with the tender specifications. The obligation to accept only a compliant bid would be meaningless if it did not include the duty to take reasonable steps to ensure that the bid is compliant. Checking the equipment particulars — particulars which the City itself called for — against its own records was one such reasonable step the City was obliged to take in evaluating the bids for compliance. Had it done so, it would have readily uncovered Sureway's deceit in respect of Unit 1. [111] [114] [116]

La Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N au titre du contrat A en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980. La formation du contrat B entre le soumissionnaire retenu et le propriétaire libère ce dernier de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus et de son obligation implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Ce dont se plaint Double N — la levée par la Ville de l'exigence de fournir un modèle 1980 — est survenu après la formation du contrat B. Le contrat A est exécuté dès lors que le propriétaire procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres. Ainsi, le propriétaire est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Le contrat B est un contrat distinct qui ne s'applique pas aux soumissionnaires non retenus. [69] [71]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Charron (dissidents) : La Ville a manqué à ses obligations envers Double N d'accepter uniquement une soumission conforme et de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. [126]

L'exigence que toutes les machines soient des modèles 1980 ou plus récents est une condition essentielle de l'appel d'offres. La prétention que le propriétaire devrait pouvoir se fier aux renseignements fournis dans la soumission est certainement fondée. Toutefois, il faut examiner et évaluer attentivement les documents de soumission dans leur totalité. Ici, outre l'année de fabrication, le soumissionnaire devait fournir pour la machine le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville. Vu les circonstances de l'espèce, il n'était pas loisible à la Ville d'écarter ces renseignements. En traitant de façon désinvolte la soumission de Sureway, surtout qu'elle avait été prévenue de sa non-conformité probable, la Ville n'a pas traité équitablement les autres soumissionnaires qui ont fourni des renseignements exacts suivant les exigences précisées dans l'appel d'offres. L'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme serait vide de sens si elle ne comportait pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de la conformité de la soumission. La vérification des renseignements concernant les machines — que la Ville avait elle-même demandés — en les comparant aux données figurant dans ses propres dossiers constitue l'une de ces mesures raisonnables qu'elle avait l'obligation de prendre lors de l'évaluation de la conformité des soumissions. Si elle avait procédé à une vérification, elle aurait rapidement découvert la tromperie de Sureway au sujet de la machine 1. [111] [114] [116]

With respect to Unit 2, Sureway's bid was, at best, ambiguous. On its face, it offered to supply a particular 1977 unit or an unidentified 1980 rental unit. The absence of any information about the proposed 1980 rental unit concerned a material condition of the tender and was not a mere informality which the City had the right to waive. The City's right to insist on compliance could not turn what was on its face a non-compliant bid into a compliant one. The integrity of the bidding process is not protected by allowing a bidder to submit a bid that is either ambiguous or deliberately misleading but compliant on its face in some respects to get rid of the competition unfairly, and then hash it out with the owner after it has been awarded the contract. By failing to insist on compliance with an essential term of the tender, the City breached its duty under Contract A to treat all bidders fairly and equally. The City cannot escape this fundamental obligation by postponing the fulfilment of its duty under Contract A to a time after Contract B has been entered into and then argue that Contract A is at an end. A variation from the essential requirements of the tender call at the time of awarding Contract B is unfair to the other bidders who could have benefited from such variation earlier in the process. [120-125]

Cases Cited

By Abella and Rothstein JJ.

Applied: *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; **referred to:** *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 943, 2001 SCC 58; *Stanco Projects Ltd. v. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)* (2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038, aff'd (2006), 266 D.L.R. (4th) 20, 2006 BCCA 246.

By Charron J. (dissenting)

The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 S.C.R. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60; *British Columbia v. SCI Engineers & Constructors Inc.* (1993), 22 B.C.A.C. 89; *Silex Restorations Ltd. v. Strata Plan VR 2096*

En ce qui concerne la machine 2, la soumission de Sureway était pour le moins ambiguë. Elle proposait un engin de 1977 ou une machine de location de 1980 non identifiée. L'absence de tout renseignement sur la machine de location de 1980 touche à une condition essentielle de l'appel d'offres; il ne s'agissait pas d'un simple vice de forme auquel la Ville pouvait passer outre. Le droit de la Ville d'exiger le respect des conditions ne pouvait transformer une soumission à première vue non conforme en soumission conforme. On ne peut préserver l'intégrité de l'appel d'offres en permettant à un soumissionnaire de présenter une soumission soit ambiguë, soit délibérément trompeuse, mais à première vue conforme à certains égards, de se débarrasser de manière déloyale de ses concurrents, puis de discuter point par point avec le propriétaire après avoir obtenu le contrat. En n'exigeant pas le respect d'une condition essentielle de l'appel d'offres, la Ville a manqué à son obligation au titre du contrat A de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Elle ne peut échapper à cette obligation fondamentale en choisissant de s'acquitter de son obligation au titre du contrat A seulement après avoir formé le contrat B, puis de soutenir que le contrat A a pris fin. Toute modification des conditions essentielles de l'appel d'offres au moment de l'adjudication du contrat B est inéquitable à l'égard des autres soumissionnaires, qui auraient pu en bénéficier au début du mécanisme. [120-125]

Jurisprudence

Citée par les juges Abella et Rothstein

Arrêts appliqués : *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; **arrêts mentionnés :** *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, 2001 CSC 58; *Stanco Projects Ltd. c. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)* (2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038, conf. par (2006), 266 D.L.R. (4th) 20, 2006 BCCA 246.

Citée par la juge Charron (dissidente)

La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., [1981] 1 R.C.S. 111; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60; *British Columbia c. SCI Engineers & Constructors Inc.* (1993), 22 B.C.A.C. 89; *Silex Restorations Ltd. c. Strata Plan*

(2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376; *Graham Industrial Services Ltd. v. Greater Vancouver Water District* (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5.

Authors Cited

Goldsmith, Immanuel, and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2006, release 1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Russell and Berger JJ.A.) (2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 363 A.R. 201, 6 M.P.L.R. (4th) 25, [2005] 10 W.W.R. 1, [2005] A.J. No. 221 (QL), 2005 ABCA 104, affirming a decision of Marceau J. (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 213 A.R. 81, [1998] 6 W.W.R. 486, [1998] A.J. No. 51 (QL), 1998 ABQB 31. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron JJ. dissenting.

Brian A. Crane, Q.C., and *I. Samuel Kravinchuk*, for the appellant.

Darrell Lopushinsky and *David Woo*, for the respondent the City of Edmonton.

Shauna Miller, Q.C., and *Peter D. Banks*, for the respondent Sureway Construction of Alberta Ltd.

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

ABELLA AND ROTHSTEIN JJ. —

I. Overview

This appeal raises a number of issues relating to the "Contract A/Contract B" framework that has governed the tendering process in Canada since the decision of this Court in *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111.

A call for tenders involves a party's (often referred to as the "owner") requesting the submission of bids to complete a particular project. Where the parties intend to initiate contractual relations, a

VR 2096 (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376; *Graham Industrial Services Ltd. c. Greater Vancouver Water District* (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5.

Doctrine citée

Goldsmith, Immanuel, and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2006, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Russell et Berger) (2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 363 A.R. 201, 6 M.P.L.R. (4th) 25, [2005] 10 W.W.R. 1, [2005] A.J. No. 221 (QL), 2005 ABCA 104, qui a confirmé une décision du juge Marceau (1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 213 A.R. 81, [1998] 6 W.W.R. 486, [1998] A.J. No. 51 (QL), 1998 ABQB 31. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Charron sont dissidents.

Brian A. Crane, c.r., et *I. Samuel Kravinchuk*, pour l'appelante.

Darrell Lopushinsky et *David Woo*, pour l'intimée la Ville d'Edmonton.

Shauna Miller, c.r., et *Peter D. Banks*, pour l'intimée Sureway Construction of Alberta Ltd.

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

LES JUGES ABELLA ET ROTHSTEIN —

I. Survol

Le présent pourvoi soulève un certain nombre de questions se rapportant aux principes directeurs qui régissent au Canada la formation des contrats A et B dans le cadre des appels d'offres depuis l'arrêt *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111. 1

L'appel d'offres est un mécanisme par lequel une partie (souvent le « propriétaire ») lance une invitation à présenter des soumissions en vue de la réalisation d'un projet donné. Si les parties veulent 2

submission in response to a call for tenders can lead to the formation of Contract A. The call for tenders is the offer by the owner to consider the bids it receives and to enter into the contract to complete the project where a bid is accepted. A bidder accepts that offer by submitting a bid that complies with the requirements set out in the tender documents. The contractual rights and obligations of the parties to Contract A are governed by the express or implied terms of the tender documents.

établir des liens contractuels, la soumission présentée en réponse à l'appel d'offres peut donner lieu à la formation d'un contrat A. En sollicitant des soumissions, le propriétaire offre d'examiner les soumissions qu'il reçoit et, s'il en accepte une, de conclure un contrat pour la réalisation du projet. Le soumissionnaire accepte cette offre en déposant une soumission conforme aux exigences formulées dans les documents d'appel d'offres. Les obligations et droits contractuels des parties au contrat A sont dictés par les conditions prévues expressément ou implicitement dans les documents d'appel d'offres.

3 A bid also constitutes an offer to enter into Contract B. This is the contract to complete the project for which bids were sought. Where a bid is accepted, the terms of the tender and bid documents become the terms and conditions of Contract B.

La soumission constitue également une offre en vue de la formation du contrat B, c'est-à-dire le contrat portant sur la réalisation du projet visé par l'appel d'offres. Si elle est acceptée, les conditions de l'appel d'offres et les modalités de la soumission deviennent les conditions du contrat B.

4 The dispute in this case arises out of circumstances that unfolded 20 years ago following a call for tenders issued by the City of Edmonton. The City sought bids on a 30-month contract to supply equipment and operators to move refuse at a waste disposal site. The tender documents issued by the City required that all equipment be 1980 or newer.

En l'espèce, le litige découle de circonstances survenues il y a 20 ans à la suite d'un appel d'offres que la ville d'Edmonton (« Ville ») a lancé en vue de l'adjudication d'un contrat de 30 mois pour la fourniture de machines et de conducteurs pour déplacer les déchets à la décharge. Selon les documents d'appel d'offres de la Ville, les machines doivent être des modèles 1980 ou plus récents.

5 The City awarded the contract to Sureway Construction of Alberta Ltd., but permitted Sureway to supply equipment that was manufactured prior to 1980. As a result, Double N Earthmovers Ltd., a rival bidder, sued the City. It argued that the City breached the duties owed to Double N under Contract A in a number of ways and as a result, Double N is entitled to the profits it would have realized had it been awarded the contract.

La Ville a adjugé le contrat à Sureway Construction of Alberta Ltd., mais elle lui a permis d'utiliser des machines antérieures à 1980. De ce fait, Double N Earthmovers Ltd., soumissionnaire rival, a poursuivi la Ville, soutenant que celle-ci avait manqué, à plusieurs égards, à ses obligations envers elle au titre du contrat A et qu'elle avait donc droit aux profits qu'elle aurait réalisés si le contrat lui avait été adjugé.

6 Like the trial and appeal courts below, we find Double N's arguments unpersuasive.

Comme les tribunaux de première instance et d'appel, nous ne jugeons pas convaincants les arguments de Double N.

II. Facts

II. Faits

7 In June 1986, the City issued a call for tenders on a 30-month contract to supply equipment and

En juin 1986, la Ville a lancé un appel d'offres en vue de l'adjudication d'un contrat de 30 mois

operators to move refuse at a landfill site. Four pieces of equipment were initially sought; however, ultimately the City only made an award of the contract in respect of the first three pieces of equipment.

The tender documents included a four-page Tender Form, dated June 9, 1986, and three pages of equipment requirements, which were referred to in the Tender Form as the "attached specifications".

On the face of the Tender Form, a number of requirements were set out, which may be summarized as follows:

(1) All units had to be 1980 or newer.

(2) Items 1 and 2 had to be a "Caterpillar D8K/D8L and Dozer or equivalent".

(3) Item 3 had to be a "Caterpillar 627B Motor Scraper or equivalent".

(4) All equipment had to comply with attached specifications.

(5) Only local City of Edmonton contractors would be considered.

(6) A bid bond of $100,000 was required.

The back of the Tender Form set out certain "Conditions of Tender". The relevant conditions will be referred to later in the analysis.

In addition, the attached specifications set out various equipment requirements. The requirement that all equipment be 1980 or newer was repeated. The equipment requirements also required that bids include:

pour la fourniture de machines et de conducteurs pour déplacer les déchets à la décharge. Au départ, elle a demandé quatre machines, mais elle a finalement adjugé le contrat pour les trois premières seulement.

8 Les documents d'appel d'offres comprennent un formulaire de soumission de quatre pages, daté du 9 juin 1986, ainsi que trois pages qui, dans le formulaire de soumission, sont appelées « cahier des charges ci-joint » et dans lesquelles sont stipulées les exigences relatives aux machines.

9 Le formulaire de soumission fait état d'un certain nombre d'exigences, qui peuvent être résumées ainsi :

(1) Toutes les machines doivent être des modèles 1980 ou plus récents.

(2) Les machines 1 et 2 doivent être des « bouteurs Caterpillar D8K/D8L ou l'équivalent ».

(3) La machine 3 doit être une « décapeuse automotrice Caterpillar 627B ou l'équivalent ».

(4) Toutes les machines doivent être conformes au « cahier des charges ci-joint ».

(5) Seules les soumissions des entrepreneurs locaux de la Ville seront prises en considération.

(6) Il faut joindre un cautionnement de soumission de 100 000 $.

10 Au verso du formulaire de soumission figurent certaines des « Conditions de l'appel d'offres », dont nous mentionnerons les clauses pertinentes dans l'analyse qui suit.

11 De plus, le « cahier des charges ci-joint » précise les diverses exigences applicables au titre des machines. Il y est répété que celles-ci doivent être des modèles 1980 ou plus récents. Les exigences susmentionnées requéraient également que les soumissionnaires donnent :

. . . all of the following for EACH and EVERY proposed unit:

a. Make
b. Model
c. Serial Number
d. Year of Manufacture
e. City of Edmonton Registration License Number
f. Cost Per Hour

12 Six bids were submitted. Bids were opened by the City on June 25, 1986. Each proposed an hourly rate for each piece of equipment described in the bid.

13 Sureway's bid for the first three items was as follows:

Item 1	a) Caterpillar [a bulldozer]	$85.84/HR
	b) D8K	
	c) 77V11997	
	d) 1980	
	e) D0-0060	
Item 2	a) Caterpillar [a bulldozer]	$85.84/HR
	b) D8K	
	c) 77V7369	
	d) 1977 or 1980 Rental Unit	
	e) D0-261	
Item 3	a) Caterpillar [a motor scraper]	$124.12/HR
	b) 627B	
	c) 15S1373	
	d) 1980	
	e) MS-030	

14 With respect to Item 1, although Sureway indicated its Caterpillar bulldozer had a manufacture year of 1980, the serial number and City of Edmonton licence registration number listed in fact corresponded with a Caterpillar bulldozer manufactured in 1979. With respect to Item 2, the serial number and City of Edmonton licence registration number listed in fact corresponded only to a Caterpillar bulldozer manufactured in 1977.

15 After bids were opened, the City assessed the total price of each bid by multiplying the estimated hours each piece of equipment would be

[TRADUCTION] . . . tous les renseignements suivants pour CHACUNE des machines :

a. Marque
b. Modèle
c. Numéro de série
d. Année de fabrication
e. Numéro d'enregistrement délivré par la ville d'Edmonton
f. Tarif horaire

Six soumissions ont été présentées. Elles ont été ouvertes par la Ville le 25 juin 1986. Chacune proposait un tarif horaire pour chaque machine indiquée dans la soumission.

Dans sa soumission, Sureway a donné les renseignements suivants pour les trois premières machines :

[TRADUCTION]

Machine 1	a) Caterpillar [bouteur]	85,84 $ l'heure
	b) D8K	
	c) 77V11997	
	d) 1980	
	e) D0-0060	
Machine 2	a) Caterpillar [bouteur]	85,84 $ l'heure
	b) D8K	
	c) 77V7369	
	d) 1977 ou machine de location de 1980	
	e) D0-261	
Machine 3	a) Caterpillar [décapeuse automotrice]	124,12 $ l'heure
	b) 627B	
	c) 15S1373	
	d) 1980	
	e) MS-030	

Pour la machine 1, Sureway a indiqué 1980 comme année de fabrication; or, selon le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville qui ont été fournis, il s'agirait en fait d'un bouteur Caterpillar de 1979. Quant à la machine 2, le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville qui ont été fournis correspondent en fait à ceux d'un bouteur Caterpillar de 1977.

Après l'ouverture des soumissions, la Ville a évalué le prix total de chacune en multipliant le nombre estimatif d'heures d'utilisation de chaque

used over the life of the contract by the rates set out in the bids. Using this methodology, the four lowest bids, from the lowest to the highest, were Kerna Construction Ltd., Twin City Equipment Ltd., Sureway, and Double N. Kerna was disqualified shortly after the bids were opened because it was not a City of Edmonton contractor.

machine pendant la durée du contrat par les tarifs horaires indiqués dans les soumissions. C'est ainsi qu'elle a dressé la liste des quatre soumissionnaires les moins-disants : par ordre croissant, Kerna Construction Ltd., Twin City Equipment Ltd., Sureway et Double N. Peu après l'ouverture des soumissions, Kerna a été écartée, car ce n'était pas un entrepreneur de la Ville.

On or about July 7, 1986, the City entered into separate negotiations with each of Double N, Sureway, and Twin City. As Twin City's bid was not accompanied by a bid bond, however, it too was disqualified shortly thereafter.

16 Le 7 juillet 1986 ou vers cette date, la Ville a entamé des négociations distinctes avec Double N, Sureway et Twin City. Toutefois, comme Twin City n'avait pas joint à sa soumission un cautionnement de soumission, elle a été également écartée peu après.

This left the bids of Sureway and Double N. Sureway's bid was lower.

17 Il restait donc les soumissions de Sureway et de Double N. Celle de Sureway était plus basse.

Sureway was told by the City that it "would probably" get the contract if it could supply Item 3, the motor scraper, at the rate bid by Twin City. As a result, Sureway reduced its rate for Item 3.

18 Sureway a été informée par la Ville qu'elle obtiendrait « probablement » le contrat si elle pouvait fournir la machine 3, la décapeuse automotrice, au même tarif que Twin City. C'est ainsi que Sureway a réduit son tarif pour cette machine.

In its meeting with the City, Double N also agreed to lower its bid; however, the evidence of a City official was that even with the revisions it had made, Double N's bid was higher than Sureway's.

19 Lors de sa rencontre avec les représentants de la Ville, Double N a également accepté de réduire son tarif. Toutefois, selon le témoignage d'un représentant de la Ville, sa soumission, même une fois révisée, était quand même plus élevée que celle de Sureway.

Double N's principal believed that Sureway did not own any 1980 or newer equipment and told the City of his suspicions on July 7, 1986, and on several prior occasions. The response of City officials was that since Sureway had bid 1980 equipment, the City would be entitled to insist that Sureway supply 1980 equipment.

20 Selon le représentant de Double N, Sureway ne possédait aucune machine de modèle 1980 ou plus récent. Il a fait part de ses soupçons à la Ville le 7 juillet 1986 et à plusieurs occasions auparavant. Les représentants de la Ville ont répondu que, comme Sureway avait proposé des machines de 1980 dans sa soumission, la Ville serait en droit d'exiger qu'elle fournisse des machines de 1980.

On August 18, 1986, the City Executive Committee approved awarding the contract to Sureway. A Purchase Order was issued to Sureway the same day. Work was to commence on September 1, 1986.

21 Le 18 août 1986, le comité exécutif de la Ville a approuvé l'adjudication du contrat à Sureway. Un bon de commande lui a été délivré le jour même. Les travaux devaient commencer le 1er septembre 1986.

Sureway was required to register its equipment with the City prior to the September 1 start date so that the City could set up an account for Sureway.

22 Sureway devait enregistrer ses machines auprès de la Ville avant la date de début des travaux fixée au 1er septembre pour que celle-ci puisse ouvrir un

On August 28, Sureway's representatives attempted to register bulldozers manufactured in 1979 and 1977 as Items 1 and 2 of the contract.

23 As a result, City officials called a meeting with Sureway on August 29. The evidence showed that the City officials were angered that Sureway intended to register equipment manufactured prior to 1980. As the trial judge stated, the "reaction of [the City officials] recorded at the August 29th meeting is ample evidence that in the mind of those from the City . . . a contract had been entered into for 1980 units or newer" ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 1998 ABQB 31, at para. 53).

24 At the August 29th meeting, the City insisted on compliance with the 1980 requirement and Sureway agreed that its equipment would be upgraded to 1980 equipment within 30 days. This was documented in memoranda prepared by City officials.

25 In a subsequent letter dated September 5, however, Sureway said that it had "explored all avenues", and that it would be supplying the 1979 unit specified in its bid documents. The City did not pursue the matter further. As reflected in an internal memorandum dated September 9, City officials decided that "this file to be allowed to lie peacefully".

26 A 1980 bulldozer was purchased by Sureway by October 1986. Nevertheless, some of the work was performed by pre-1980 equipment through the duration of the 30-month contract.

27 Double N sued the City for breach of contract. The City brought Sureway into the action by way of a third party notice.

28 At trial, Marceau J. dismissed Double N's claim. He found that Sureway's bid was compliant, and that Contract B came into being when the City accepted Sureway's tender on August 18, 1986. He found no duty on the part of the City to investigate Sureway's tender. Nor did he find that the City

compte pour elle. Le 28 août, les représentants de Sureway ont tenté d'enregistrer comme machines 1 et 2 du contrat des bouteurs de 1979 et 1977.

Les représentants de la Ville ont alors convoqué Sureway à une rencontre le 29 août. Selon la preuve, ils étaient très mécontents que Sureway ait voulu enregistrer des machines antérieures à 1980. Comme l'a déclaré le juge de première instance, [TRADUCTION] « les propos tenus [par les représentants de la Ville] et enregistrés à la rencontre du 29 août montrent clairement que ceux-ci [. . .] croyaient avoir conclu un contrat portant sur des modèles 1980 ou plus récents » ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 1998 ABQB 31, par. 53).

À la rencontre du 29 août, les représentants de la Ville ont souligné que les machines devaient être des modèles 1980, et Sureway a accepté de remplacer les siennes par des modèles 1980 dans un délai de 30 jours. Ces renseignements sont consignés dans des notes de service des représentants de la Ville.

Toutefois, dans une lettre ultérieure du 5 septembre, Sureway a fait savoir qu'elle avait [TRADUCTION] « examiné toutes les possibilités » et qu'elle fournirait la machine de 1979 indiquée dans ses documents de soumission. La Ville n'a pas insisté. Il ressort d'une note interne du 9 septembre que les représentants de la Ville ont décidé de [TRADUCTION] « laisser dormir la question ».

En octobre 1986, Sureway a fait l'acquisition d'un bouteur de 1980. Elle a cependant effectué certains des travaux avec des machines antérieures à 1980 pendant la durée du contrat de 30 mois.

Double N a poursuivi la Ville pour rupture de contrat. Celle-ci a alors impliqué Sureway dans la poursuite par voie d'avis de mise en cause.

Au procès, le juge Marceau a rejeté les allégations de Double N. À son avis, la soumission de Sureway était conforme et le contrat B a été formé lorsque la Ville a accepté la soumission de Sureway le 18 août 1986. Selon lui, la Ville n'avait aucunement l'obligation de vérifier la soumission

was in breach of Double N's Contract A by deciding, after accepting Sureway's bid, to let Sureway use equipment older than 1980. In the trial judge's view, all the Contract A's came to an end upon the valid formation of Contract B with Sureway, and the City could not be liable to Double N for its post-Contract B dealings with Sureway.

de Sureway et elle n'a pas enfreint le contrat A avec Double N en permettant à Sureway, après avoir accepté la soumission de celle-ci, d'utiliser des machines antérieures à 1980. De l'avis du juge de première instance, tous les contrats A se sont éteints au moment de la formation en bonne et due forme du contrat B avec Sureway, et la Ville ne saurait être tenue responsable envers Double N pour ses transactions avec Sureway après la formation du contrat B.

Double N appealed to the Court of Appeal of Alberta. Its appeal was dismissed unanimously: (2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 2005 ABCA 104. Russell J.A., on behalf of the court, agreed with the trial judge that Sureway's bid was compliant on its face, and that an owner is not subject to a duty to investigate suspicions of potential non-compliance. Russell J.A. also rejected Double N's argument that the City's Contract A obligations with an unsuccessful bidder could survive the formation of Contract B with a compliant bidder. 29

Double N a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté son appel à l'unanimité : (2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 2005 ABCA 104. Le juge Russell, au nom de la cour, convient avec le juge de première instance que la soumission de Sureway était conforme à première vue et que le propriétaire n'a pas l'obligation de vérifier des soupçons de non-conformité. Il a également rejeté l'argument de Double N que la conclusion du contrat B entre la Ville et le soumissionnaire conforme peut ne pas libérer la Ville de ses obligations au titre du contrat A envers un soumissionnaire non retenu.

III. Analysis

III. Analyse

As was reiterated by this Court in *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619, and *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60, the express terms set out in the tender documents govern Contract A. However, Contract A may also contain certain implied terms if they meet the test for implied terms set out by this Court in *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711: para. 27 of *M.J.B. Enterprises*. Implied terms can be based on the existence of any of: (1) custom; (2) the legal incidents of a particular class or kind of contract; or (3) the presumed intentions of the parties, where the term is necessary to give business efficacy to a contract. 30

Comme la Cour l'a réitéré dans *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, et *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, les conditions stipulées expressément dans les documents d'appel d'offres régissent le contrat A. Toutefois, le contrat A peut aussi contenir des conditions implicites si elles satisfont au critère énoncé à cet égard par la Cour dans *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711 (par. 27 de *M.J.B. Enterprises*). Les conditions implicites peuvent être fondées sur l'existence de l'un des éléments suivants : (1) la coutume; (2) les particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particulier de contrats; (3) l'existence d'une intention présumée des parties, lorsque la condition est nécessaire pour donner à un contrat de l'efficacité commerciale.

In *M.J.B. Enterprises*, Iacobucci J. discussed the application of the third branch of that test to the tendering context: 31

Dans *M.J.B. Enterprises*, le juge Iacobucci a examiné l'application du troisième volet de ce critère à l'appel d'offres :

What is important . . . is a focus on the intentions of the actual parties. A court, when dealing with terms implied in fact, must be careful not to slide into determining the intentions of reasonable parties. This is why the implication of the term must have a certain degree of obviousness to it, and why, if there is evidence of a contrary intention, on the part of either party, an implied term may not be found on this basis. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 29.]

Ce qui importe [. . .] c'est l'accent mis sur l'intention des parties elles-mêmes. Lorsqu'elle est appelée à se pencher effectivement sur des conditions implicites, la Cour doit se garder de chercher à déterminer l'intention de parties raisonnables. C'est pourquoi l'introduction de la condition implicite doit aller de pair avec un certain degré d'évidence et qu'en présence d'une preuve d'intention contraire de la part de l'une ou l'autre des parties, l'on ne peut conclure à l'existence d'une condition implicite sur ce fondement. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis; par. 29.]

Applying those principles, this Court in *M.J.B. Enterprises* recognized an implied term in Contract A that an owner will only accept a compliant bid.

Appliquant ces principes, la Cour a reconnu dans *M.J.B. Enterprises* que le contrat A comportait la condition implicite que le propriétaire accepterait uniquement une soumission conforme.

32 In *Martel*, this Court recognized an additional implied obligation on the part of owners to treat all bids "fairly and equally". This had the necessary "obviousness" to meet the threshold in *Canadian Pacific Hotels*, since contractors would not likely spend the requisite time and money on a bid without expecting that each bid would be treated fairly: *Martel*, at para. 88.

Dans *Martel*, la Cour a reconnu qu'il y avait aussi une obligation implicite de la part des propriétaires de traiter tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d'égalité ». Cette obligation implicite comportait le degré d'« évidence » jugé nécessaire dans *Société hôtelière Canadien Pacifique*, puisqu'il est peu probable que des entrepreneurs investissent temps et argent dans une soumission s'ils ne s'attendent pas à ce que toutes les soumissions soient traitées équitablement : *Martel*, par. 88.

33 Sureway and the City concede that Double N submitted a bid that complied with the tender requirements, and thus Contract A arose between the City and Double N.

Sureway et la Ville reconnaissent que Double N a présenté une soumission conforme aux exigences de l'appel d'offres et qu'il y a donc eu formation du contrat A entre la Ville et Double N.

34 Before this Court, Double N asserted that the City breached the duties it owed to Double N under Contract A by:

Devant la Cour, Double N a soutenu que la Ville avait manqué à ses obligations envers elle au titre du contrat A :

(1) accepting Sureway's non-compliant bid;

(1) en acceptant la soumission non conforme de Sureway;

(2) failing to investigate Sureway's bid;

(2) en ne vérifiant pas la soumission de Sureway;

(3) engaging in impermissible "bid shopping";

(3) en se livrant à un marchandage de soumission inadmissible;

(4) awarding the contract to Sureway on terms other than those set out in the tender documents; and

(4) en adjugeant le contrat à Sureway à des conditions autres que celles figurant dans les documents d'appel d'offres;

(5) permitting Sureway to supply equipment manufactured prior to 1980.

(5) en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980.

A. *Did the City Accept a Non-Compliant Bid?*

In the courts below, Double N's argument concerning the compliance of Sureway's bid appears to have related solely to the representation by Sureway that the unit it tendered for Item 1 was manufactured in 1980 when in fact it was manufactured in 1979. On the face of its bid, Sureway promised to supply a 1980 Caterpillar D8K as Item 1. That is what the City accepted when it issued its Purchase Order. Sureway was obliged under the terms of its bid to supply a 1980 unit and that obligation was enforceable by the City. Double N cannot successfully argue that Item 1 of Sureway's bid was non-compliant.

In this Court, Double N's argument centred on Item 2 of Sureway's bid. With respect to Item 2, Sureway promised to provide a "1977 or 1980 Rental Unit". Double N interprets Sureway's bid as offering the City two alternatives, something which Double N appears to concede was not prohibited by the tender documents. Double N argues that the 1977 unit was not compliant on its face, but that the alternative 1980 unit was also not compliant because the bid did not contain the specifications for that machine that were required to be supplied for each proposed unit.

Sureway's offer of the "1980 Rental Unit" must be read in the full context of the particulars provided under Item 2. In doing so, it is apparent that the make, model and cost per hour listed by Sureway with respect to Item 2 applied to the 1980 rental unit. Thus, the 1980 rental unit was, on its face, promised to be a 1980 Caterpillar D8K, available at a cost of $85.84 per hour. However, as Sureway's bid indicated that it would rent the unit if its bid was accepted, the serial number and City of Edmonton licence registration number listed with respect to Item 2 could not apply.

A. *La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme?*

35 Pour ce qui est de la conformité de la soumission de Sureway, Double N semble avoir fondé son argumentation devant les tribunaux d'instance inférieure uniquement sur le fait que Sureway a indiqué 1980, au lieu de 1979, comme date de fabrication pour la machine 1. Selon ce qui ressort de sa soumission, Sureway s'est engagée à fournir comme machine 1 un Caterpillar D8K de 1980. C'est ce que la Ville a accepté lorsqu'elle lui a délivré le bon de commande. Sureway était tenue, selon les modalités de sa soumission, de fournir une machine de 1980, et la Ville pouvait exiger l'exécution de cette obligation. Double N ne peut soutenir que la machine 1 dans la soumission de Sureway n'était pas conforme.

36 Devant la Cour, l'argumentation de Double N est axée sur la machine 2 indiquée dans la soumission de Sureway. À cet égard, Sureway s'est engagée à fournir une machine de « 1977 ou machine de location de 1980 ». Selon l'interprétation de Double N, Sureway a offert deux possibilités à la Ville dans sa soumission, ce qui, comme semble le reconnaître Double N, n'était pas interdit d'après les documents d'appel d'offres. Double N soutient que non seulement la machine de 1977 n'était pas conforme de prime abord, mais encore que la machine de remplacement de 1980 ne l'était pas non plus puisque la soumission n'indiquait pas pour cette machine les renseignements qui étaient demandés pour chaque machine.

37 Il faut examiner l'offre de Sureway — fournir une « machine de location de 1980 » —, selon l'ensemble des renseignements fournis pour la machine 2. Il devient alors évident que la marque, le modèle et le tarif horaire donnés par Sureway se rapportent à la machine de location de 1980. Par conséquent, celle-ci devait être, à première vue, un Caterpillar D8K de 1980 offert au tarif horaire de 85,84 $. Cependant, comme Sureway a indiqué dans sa soumission qu'elle louerait la machine si sa soumission était acceptée, le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville indiqués pour la machine 2 ne pouvaient s'appliquer.

38 The tender documents required that serial numbers and City of Edmonton licence registration numbers be provided for each and every piece of equipment bid. Condition 17 of the Conditions of Tender provided:

> Bidders are advised that all the instructions to Bidders and Conditions of Tender (as supplemented herein) must be strictly complied with and failure to do so either in whole or in part may invalidate the bid in question. [Emphasis added.]

39 Bidders accordingly were made aware that not every failure to comply with the tender requirements would invalidate a bid. Condition 17 must be read in harmony with Condition 7, which permitted the City to "waive any informality" in a tender:

> The City reserves the right to reject any and all Tenders, and to waive any informality therein, to award by item or class. The lowest or any Tender may not necessarily be accepted.

40 In our view, the absence of licence and serial numbers for the rental unit are precisely the sort of informality Condition 7 was designed to address.

41 Generally, an informality would be something that did not materially affect the price or performance of Contract B. The absence of serial numbers and the licence registration numbers cannot be said to affect materially the price or performance of Contract B. In this case, it would have been obvious to bidders that the provision of licence and registration numbers was not an essential term of the tender documents, and were therefore capable of being waived by the City. This is because it would have been impossible for any bidder to supply a City of Edmonton licence registration number for Item 4, as the City had never previously registered that type of equipment in the past. Indeed, the evidence shows that City officials did not view the provision of licence and serial numbers as a material condition of the tender. A City official testified that

Il est précisé dans les documents d'appel d'offres qu'il faut fournir, pour chaque machine indiquée dans la soumission, le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville. La clause 17 des Conditions de l'appel d'offres est ainsi libellée :

> [TRADUCTION] Avis est donné aux soumissionnaires que toutes les instructions aux soumissionnaires et les Conditions de l'appel d'offres (auxquelles s'ajoutent les renseignements ci-joints) doivent être respectées à la lettre et tout manquement, même partiel, peut entraîner le rejet de la soumission en question. [Nous soulignons.]

Ainsi, les soumissionnaires savaient que les manquements aux exigences de l'appel d'offres n'entraîneraient pas tous le rejet de leur soumission. Il faut interpréter la clause 17 dans le contexte de la clause 7, qui autorise la Ville à [TRADUCTION] « accepter tout vice de forme » dans une soumission :

> [TRADUCTION] La Ville se réserve le droit de rejeter toute soumission et d'accepter tout vice de forme y figurant pour adjuger le contrat par article ou catégorie. La soumission la plus basse ou toute autre soumission ne sera pas nécessairement retenue.

À notre avis, l'absence de numéros de série et d'enregistrement pour la machine de location constitue précisément le type de vice de forme dont il est question dans la clause 7.

En général, un vice de forme n'aurait pas d'incidence importante sur le prix ou l'exécution du contrat B. On ne peut dire que l'absence de numéros de série et d'enregistrement a une incidence importante sur le prix ou l'exécution du contrat B. En l'espèce, il aurait été manifeste pour les soumissionnaires que l'obligation de fournir les numéros de série et d'enregistrement ne constituait pas une condition essentielle des documents d'appel d'offres et qu'elle pouvait donc faire l'objet d'une dispense de la part de la Ville. La raison en est qu'il aurait été impossible pour les soumissionnaires de fournir pour la machine 4 un numéro d'enregistrement délivré par la Ville, car celle-ci n'avait jamais auparavant enregistré de machine de ce type. En fait, il ressort de la preuve que les représentants de la Ville ne considéraient pas comme

the request for equipment particulars was included solely to enable him more conveniently to access information about the equipment and to proceed with registration, after a bid was accepted.

une condition essentielle de l'appel d'offres l'obligation de fournir les numéros de série et d'enregistrement. Selon le témoignage d'un représentant de la Ville, la demande de détails sur les machines avait pour seul but de lui permettre de plus facilement avoir accès aux renseignements les concernant et procéder à l'enregistrement, après l'acceptation d'une soumission.

Double N's argument is that Sureway's bid in respect of the 1980 rental unit "amounts to nothing more than a representation that 'Sureway will comply'". But that is in the nature of the bidding process; it represents a commitment to comply with what is bid. We do not construe the tender documents as preventing the City from accepting a promise to provide rental equipment, or indeed, equipment that had not been previously registered with the City.

42 Double N a soutenu que la soumission de Sureway concernant la machine de location de 1980, [TRADUCTION] « n'est en fait que l'affirmation que "Sureway se conformera aux exigences" ». Mais c'est la nature même de l'appel d'offres; il s'agit de l'engagement de se conformer aux modalités de la soumission. Selon notre interprétation, les documents d'appel d'offres n'empêchent pas la Ville d'accepter la promesse de fournir une machine de location, voire une machine qui n'a pas encore été enregistrée auprès de la Ville.

The City's Purchase Order constituted the City's acceptance. In the Purchase Order, the City specified the acceptance of three pieces of equipment and stated: "All above as per specifications previously submitted" and "All conditions of the tender specifications dated June 09, 1986 will apply." As one of the specifications of the Tender Form dated June 9, 1986 was that all equipment be 1980 or newer, in our view, the Purchase Order can be construed as the City's acceptance of the 1980 rental unit offered in Item 2 of Sureway's bid. Where an owner accepts only a compliant option offered by a bidder, there is no breach of any obligation of fairness owed to other bidders.

43 Le bon de commande de la Ville représente son acceptation. La Ville y a spécifié l'acceptation de trois machines et déclaré : [TRADUCTION] « Toutes les machines susmentionnées doivent être conformes au cahier des charges déjà présenté » et « Toutes les conditions du cahier des charges de l'appel d'offres du 9 juin 1986 s'appliquent. » Étant donné que le formulaire de soumission du 9 juin 1986 précisait que toutes les machines devaient être des modèles 1980 ou plus récents, nous estimons que le bon de commande peut être considéré comme l'acceptation par la Ville de la machine de location de 1980 que Sureway a proposée comme machine 2 dans sa soumission. Le propriétaire qui accepte seulement une option conforme offerte par un soumissionnaire ne manque pas à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement.

Further, according to the express terms of the tender documents, the City had the right to accept parts of a bid. Condition 7, set out above, permitted the City to award by item or class. The Tender Form also contained notations that indicated that the City would not necessarily accept all units bid by a bidder:

44 Par ailleurs, selon les conditions stipulées expressément dans les documents d'appel d'offres, la Ville avait le droit d'accepter une soumission en partie seulement. La clause 7, énoncée ci-dessus, donnait à la Ville le droit d'adjudication par article ou catégorie. En outre, le formulaire de soumission renfermait des indications selon lesquelles la Ville n'accepterait pas nécessairement toutes les machines proposées par un soumissionnaire :

Equipment items 1 and 2 and/or 4 must be provided by single contractor.

Preference may be given to contractor able to supply total equipment requested.

The City exercised its power to award by item or class in declining to make an award of Item 4. In our view, choosing the compliant 1980 rental unit offered by Sureway was also within the City's right to award by item or class.

45 For these reasons, we conclude that the City did not breach any duties owed to Double N in accepting Sureway's bid for Items 1, 2 and 3.

B. *Did the City Have a Duty to Investigate Sureway's Bid?*

46 Double N submits that the City had a duty to investigate whether the equipment Sureway bid in fact met the City's specifications. Double N argues that a check of the serial number provided for Item 1 against the serial numbers of units registered in the City's database would have revealed that the unit bid in respect of Item 1 was in fact manufactured in 1979, not 1980. According to Double N, "[f]air and equal treatment requires that pertinent records on file with the City should be reviewed when evaluating the bids." In addition, Double N argues that through its complaints, it had made the City aware of the need to investigate the equipment Sureway bid.

47 In support of the existence of a duty to investigate, Double N pointed to the City's right to inspect equipment provided in the tender documents. Clause 11 of the Equipment Requirements provided:

Equipment Inspection: Tendered equipment will be subject to inspection . . . for compliance [with] safety standards, landfill usage, and compliance with the Hired Equipment Rental Agreement.

[TRADUCTION] Les machines 1, 2 et/ou 4 doivent être fournies par le même entrepreneur.

La préférence peut être accordée à l'entrepreneur qui est en mesure de fournir l'ensemble des machines demandées.

La Ville a exercé son pouvoir d'adjudication par article ou catégorie en refusant de passer un contrat pour la machine 4. Nous estimons qu'il était de son droit d'adjudication par article ou catégorie de choisir la machine de location de 1980 conforme proposée par Sureway.

Pour ces motifs, nous concluons que la Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N en acceptant la soumission de Sureway pour les machines 1, 2 et 3.

B. *La Ville avait-elle l'obligation de vérifier la soumission de Sureway?*

Double N soutient que la Ville avait l'obligation de vérifier si les machines proposées par Sureway étaient vraiment conformes aux exigences de la Ville. Elle fait valoir que la vérification dans la base de données de la Ville du numéro de série fourni pour la machine 1 aurait révélé que celle-ci a été en fait fabriquée en 1979 et non en 1980. Selon Double N, [TRADUCTION] « [p]our que les soumissionnaires soient traités équitablement et sur un pied d'égalité, il faudrait que les dossiers pertinents détenus par la Ville soient examinés lors de l'évaluation des soumissions. » En outre, Double N a soutenu que ses plaintes ont permis à la Ville de prendre conscience de la nécessité de vérifier les machines proposées par Sureway.

Pour démontrer l'existence de l'obligation de procéder à une vérification, Double N a signalé le droit de la Ville d'inspecter le matériel, lequel est prévu dans les documents d'appel d'offres. La clause 11 des Exigences relatives aux machines dispose :

[TRADUCTION] Inspection : Toute machine proposée peut faire l'objet d'une inspection [. . .] visant à vérifier si elle est conforme aux normes de sécurité, si elle est adaptée pour être utilisée à la décharge et si les conditions de l'accord de location de la machine sont respectées.

This clause, however, provides a right to inspect, but does not impose a duty to do so. Moreover, the type of inspection contemplated in this clause would not necessarily reveal the date of manufacture of a unit. Thus, this clause is of no assistance to Double N.

Cette clause prévoit toutefois le droit, mais non l'obligation, de procéder à une inspection. En outre, le type d'inspection qui y est envisagée ne révélerait pas nécessairement la date de fabrication du modèle. Ainsi, cette clause n'aide en rien Double N.

Double N also made reference to Condition 9 of the Conditions of Tender which provided:

48 Double N a également mentionné la clause 9 des Conditions de l'appel d'offres, qui prévoit :

The material delivered under this request for Tender shall remain the property of the successful Bidder until a physical inspection and actual usage of this material and/or service is made and thereafter accepted to the satisfaction of the City and must comply with the terms herein and be fully in accord with the specifications and of the highest quality. In the event the material and/or service supplied to the City is found to be defective or does not conform to specifications, the City reserves the right to cancel the order, or part thereof, upon written notice to the successful Bidder and return the product, or part thereof, to the successful Bidder at the successful Bidder's expense. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Le matériel fourni aux termes du présent appel d'offres demeure la propriété du soumissionnaire retenu jusqu'à ce qu'il y ait inspection et utilisation du matériel et/ou du service et que la Ville les juge satisfaisants. Ils doivent être conformes aux conditions stipulées dans les présentes, respecter en tous points le cahier des charges et être de la plus haute qualité. Si elle juge inacceptables ou non conformes au cahier des charges le matériel et/ou le service qui lui sont fournis, la Ville se réserve le droit d'annuler la commande, en tout ou en partie, sur avis écrit au soumissionnaire retenu, et de lui retourner, aux frais de ce dernier, le produit ou une partie du produit. [Nous soulignons.]

Again, conferring a right to inspect is not equivalent to imposing a duty to investigate. Moreover, Condition 9 is couched in terms of *cancelling* a purchase order. Thus, it implies that equipment bid would only be checked for compliance with the specifications *after* the contract was awarded.

Là encore, il ne faut pas confondre conférer le droit d'inspecter et imposer l'obligation de procéder à une vérification. En outre, la clause 9 est libellée de manière à permettre l'*annulation* d'un bon de commande, ce qui laisse entendre que c'est seulement *après* l'adjudication du contrat qu'on vérifie si le matériel proposé est conforme au cahier des charges.

As there was no express obligation to investigate the equipment bid prior to acceptance, the question is whether there is an implied term to do so.

49 Comme il n'y avait pas d'obligation expresse de vérifier, avant l'acceptation de la soumission, les machines proposées, il faut se demander s'il existe une obligation implicite de le faire.

We do not think there is an implied duty requiring an owner to investigate to see if bidders will really do what they promised in their tender. We agree with Russell J.A.'s observation on behalf of the Court of Appeal, that:

50 À notre avis, le propriétaire n'est pas implicitement tenu de vérifier si les soumissionnaires respecteront vraiment les engagements qu'ils ont pris dans leur soumission. Nous approuvons le commentaire suivant fait par le juge Russell au nom de la Cour d'appel :

To impose a duty on owners to investigate whether a bidder will comply with the terms of its bid would overwhelm and ultimately frustrate the tender process by creating unwelcome uncertainties. [para. 36]

[TRADUCTION] Imposer aux propriétaires l'obligation de vérifier si les soumissionnaires respecteront les modalités de leurs soumissions aurait pour effet de gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres et d'y faire obstacle finalement en créant des incertitudes fâcheuses. [par. 36]

51 The notion that an owner is expected to investigate bids falls well short of the necessary "obviousness" to form part of the presumed intentions of the "actual parties": *M.J.B. Enterprises*, at para. 29 (emphasis deleted). There is no reason why the parties would expect an owner to investigate whether a bidder will comply, when each bidder is legally obliged to comply in the event its bid is accepted. Whether or not the bidder is, at the time of tender, capable of performing as promised is irrelevant in light of the bidder's legal obligation to do so once its bid is accepted.

L'idée que le propriétaire doit vérifier les soumissions est bien loin de comporter le degré d'« évidence » nécessaire pour faire partie des intentions présumées des « parties elles-mêmes » (*M.J.B. Enterprises*, par. 29 (soulignement omis)). Les parties n'ont aucune raison de s'attendre à ce que le propriétaire vérifie si un soumissionnaire se conformera aux exigences puisque chaque soumissionnaire y est tenu en droit en cas d'acceptation de sa soumission. Il importe peu que le soumissionnaire puisse ou non, au moment de la présentation de sa soumission, respecter ses engagements étant donné qu'il a l'obligation en droit de le faire au moment de l'acceptation de sa soumission.

52 The duty of "fairness and equality" was recognized in *Martel* in part because it was thought to be "consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the bidding process" (para. 88 (emphasis added)). Double N's focus instead is with the integrity of the *bidders*. The bidding *process*, by contrast, is fully protected by an obligation that all bids receive equal treatment. The best way to make sure that all bids receive the same treatment is for an owner to weigh bids on the basis of what is actually in the bid, not to weigh them on the basis of subsequently discovered information.

L'obligation de traiter tous les soumissionnaires « équitablement et sur un pied d'égalité » a été reconnue dans *Martel*, en partie parce qu'elle a été jugée « compatible avec l'objectif de protéger et de promouvoir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres » (par. 88 (nous soulignons)). Double N insiste plutôt sur l'intégrité des *soumissionnaires*. Quant au *mécanisme* d'appel d'offres, il est entièrement protégé par l'obligation de traiter toutes les soumissions équitablement. Le meilleur moyen pour le propriétaire de s'assurer que toutes les soumissions sont traitées de façon équitable est de les évaluer d'après leur contenu réel et non en fonction des renseignements révélés ultérieurement.

53 Finally, contrary to Double N's suggestions, allegations raised by rival bidders do not compel owners to investigate the bids made by others. This would encourage unwarranted and unfair attacks by rival bidders and invite unequal treatment of bidders by owners. This would frustrate, rather than enhance, the integrity of the bidding process.

Enfin, contrairement à ce qu'a laissé entendre Double N, les allégations des soumissionnaires rivaux ne contraignent pas les propriétaires à vérifier les autres soumissions. Une telle pratique encouragerait des attaques injustifiées et injustes de la part de soumissionnaires rivaux et amènerait les propriétaires à traiter les soumissionnaires de manière inéquitable. L'intégrité du mécanisme d'appel d'offres s'en trouverait compromise au lieu d'être affermie.

54 For these reasons, we conclude that the City did not breach any duties owed to Double N by failing to investigate Sureway's bid.

Pour ces motifs, nous concluons que la Ville n'a pas manqué à ses obligations envers Double N en ne vérifiant pas la soumission de Sureway.

C. *Did the City Engage in Impermissible "Bid Shopping"?*

Double N says that the City's pre-award negotiations with Double N and with Sureway amounted to "bid shopping". In Double N's submission, these negotiations sufficiently flawed the tender process that it must be set aside. It makes the argument for the first time in this Court, leaving us without the assistance of prior judicial findings.

In *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 943, 2001 SCC 58, at para. 9, the Court quoted a definition of bid shopping that described the practice as follows:

> . . . "the practice of soliciting a bid from a contractor, with whom one has no intention of dealing, and then disclosing or using that in an attempt to drive prices down amongst contractors with whom one does intend to deal" . . . .

Other courts have described bid shopping somewhat more broadly, as "conduct where a tendering authority uses the bids submitted to it as a negotiating tool, whether expressly or in a more clandestine way, before the construction contract has been awarded": see *Stanco Projects Ltd. v. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)* (2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038, at para. 100, aff'd (2006), 266 D.L.R. (4th) 20, 2006 BCCA 246.

In support of its argument that the tender documents prohibited what occurred, Double N referred to these words of Iacobucci J. in *M.J.B. Enterprises*: "The rationale for the tendering process, as can be seen from these documents, is to replace negotiation with competition" (para. 41). But *M.J.B. Enterprises* makes clear that the tender documents control the contractual obligations of the parties to a tender, and Iacobucci J.'s observations were based on the particular documents in that case.

C. *La Ville s'est-elle livrée à un « marchandage de soumissions » inadmissible?*

55 Double N soutient que les négociations que la Ville a entreprises avec elle et Sureway avant l'adjudication du contrat constituent en fait du marchandage de soumissions. À son avis, ces négociations ont suffisamment entaché le mécanisme pour qu'il soit annulé. Comme elle a soulevé cet argument pour la première fois devant la Cour, nous ne pouvons nous inspirer des conclusions tirées par les instances inférieures.

56 Dans *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, 2001 CSC 58, par. 9, la Cour a cité la définition suivante du marchandage de soumissions :

> . . . le [TRADUCTION] « marchandage de soumissions consiste à solliciter une soumission auprès d'un entrepreneur avec lequel on n'a pas l'intention de traiter, et à utiliser ou à divulguer ensuite cette soumission dans le but d'inciter les entrepreneurs avec lesquels on a effectivement l'intention de traiter à baisser leurs prix » . . .

D'autres tribunaux ont donné une définition plus générale du marchandage de soumissions, le décrivant comme [TRADUCTION] « la pratique de l'administration adjudicative d'utiliser, ouvertement ou non, comme outils de négociation avant l'adjudication du contrat de construction les soumissions reçues » : voir *Stanco Projects Ltd. c. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)* (2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038, par. 100, conf. par (2006), 266 D.L.R. (4th) 20, 2006 BCCA 246.

57 À l'appui de son argument que les documents d'appel d'offres interdisent ce qui s'est passé, Double N a cité les propos suivants du juge Iacobucci dans *M.J.B. Enterprises* : « L'idée qui sous-tend l'appel d'offres, ainsi qu'il ressort de ces documents, c'est de remplacer la négociation par la concurrence » (par. 41). Il ressort toutefois clairement de cet arrêt que les documents d'appel d'offres déterminent la portée des obligations contractuelles des parties à un appel d'offres et les observations du juge Iacobucci reposaient sur les documents particuliers visés dans cette affaire.

58 In this case, by contrast, the documents clearly indicated that some measure of negotiation was anticipated. Condition 25 provided:

> Changes in Tenders will not be permitted after the Tenders have been opened, unless negotiated with the lowest evaluated Tenderer.

59 "[L]owest evaluated tender" was not defined in the tender documents. However, it cannot, as Double N submitted orally, refer only to a tender that has been accepted. Had that been the intention, it would have been a simple matter for the condition to expressly say so. On the contrary, the relevant time in Condition 25 is anytime "after the Tenders have been opened" and the context is the tendering period, not the period after acceptance. While negotiated changes may occur after acceptance, the condition certainly does not preclude negotiated changes before when obligations have not yet become binding, which is the more likely time when such negotiations would take place. In the absence of a definition, the meaning of the words "lowest evaluated tender", read in conjunction with the implied requirement that the City only accept a compliant tender, refers to the tender's offering compliant units at the lowest evaluated total price anytime after the evaluation.

60 Accordingly, pursuant to Condition 25, the City was specifically entitled to negotiate with Sureway, which was the lowest bidder offering compliant units after the City's initial evaluation. It was no breach of the City's Contract A with Double N for it to have exercised a right specifically conferred by Condition 25.

61 If the City can be criticized at all, it was not in its negotiations with Sureway, but rather with Double N. Since Double N was not the lowest evaluated tender, an argument can be made that the City ought not to have negotiated with Double N. However, since Double N has no basis for complaining about a breach that was to its benefit, this breach is of no assistance to Double N.

Par contre, en l'espèce, les documents indiquent clairement qu'il y aurait certaines négociations. En effet, la clause 25 prévoit :

> [TRADUCTION] Aucun changement ne pourra être apporté aux soumissions après leur ouverture, à moins d'avoir été négocié avec le soumissionnaire ayant présenté la soumission jugée la plus basse.

L'expression « soumission jugée la plus basse » n'est pas définie dans les documents d'appel d'offres. Toutefois, elle ne peut pas, comme l'a soutenu de vive voix Double N, se rapporter uniquement à une soumission qui a été acceptée. En effet, si telle avait été l'intention, il aurait été simple de le préciser expressément dans la condition. Au contraire, la clause 25 précise à quel moment il ne sera plus possible de modifier les soumissions, soit « après leur ouverture », et dans quel contexte, soit la période de soumission et non la période ultérieure à leur acceptation. Des changements négociés peuvent être apportés après l'acceptation de la soumission, mais la clause n'empêche certes pas de négocier des changements avant que les obligations ne lient les parties, moment où il serait plus vraisemblable que de telles négociations aient lieu. En l'absence de définition, l'expression « soumission jugée la plus basse » s'entend, compte tenu de l'exigence implicite que la Ville accepte uniquement les soumissions conformes, de l'offre de fournir des machines conformes au prix total jugé le plus bas suivant l'évaluation.

Par conséquent, selon la clause 25, la Ville a expressément le droit de négocier avec Sureway, le soumissionnaire le moins-disant qui offre des machines conformes après l'évaluation initiale effectuée par la Ville. Celle-ci n'a pas enfreint le contrat A avec Double N en exerçant un droit que lui confère expressément la clause 25.

S'il y a lieu de critiquer la Ville, c'est non pas à cause de ses négociations avec Sureway, mais plutôt à cause de ses négociations avec Double N. En effet, étant donné que Double N n'était pas le soumissionnaire le moins-disant, on peut soutenir que la Ville n'aurait pas dû négocier avec elle. Toutefois, comme Double N n'a pas de raison de se plaindre d'un manquement dont elle a tiré profit, ce manquement ne peut lui être utile.

D. *Did the City Award the Contract to Sureway on Terms Other Than Those Set out in the Tender Documents?*

Double N argued that Sureway's deceit in respect of Item 1 prevented Sureway and the City from forming Contract B on the day the City accepted Sureway's bid. It was not until the City decided to later permit Sureway to supply the 1979 unit that the parties came to a *consensus ad idem*. Thus, the contract the City awarded to Sureway was different from that tendered, constituting a breach of the City's Contract A obligations to Double N.

While Sureway's bid stated that the unit it offered in respect of Item 1 was a 1980 Caterpillar D8K, it was in fact a 1979 unit. The trial judge found that Sureway had intended to deceive the City into thinking it had a compliant bid and then attempt to get the City to permit Sureway, after its bid was accepted, to supply equipment manufactured prior to 1980.

As explained by Estey J. in *Ron Engineering*, the primary obligation of a bidder is to enter into Contract B on the terms tendered if the owner accepts the tender. The essence of this obligation is that the owner will be able to hold the contractor to the terms of the tender and its bid because those terms automatically form the terms of Contract B.

At the moment the City communicated its acceptance of Sureway's bid to Sureway, a 1980 Caterpillar D8K was what Sureway promised and was obliged to supply. Although the trial judge found that Sureway had been deceitful, it is Sureway's intentions at the time its bid was accepted that are relevant. As stated by I. Goldsmith and T. G. Heintzman in *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4th ed. (looseleaf)), at p. 1-15: "Although it is the intention to be contractually bound that is the determining factor, the intention must not be a unilateral one, concealed from the other party. The relevant intention is that

D. *La Ville a-t-elle adjugé le contrat à Sureway à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres?*

62 Double N a soutenu qu'en raison de la tromperie de Sureway relativement à la machine 1, Sureway et la Ville n'ont pu conclure le contrat B le jour où celle-ci a accepté la soumission de Sureway. C'est seulement lorsque la Ville a décidé par la suite de permettre à Sureway de fournir le modèle 1979 qu'il y a eu consentement sur un même objet entre les parties. Ainsi, la Ville a adjugé à Sureway un contrat qui différait de celui visé par l'appel d'offres et aurait donc manqué à ses obligations envers Double N au titre du contrat A.

63 Dans sa soumission, Sureway a indiqué que la machine 1 était un Caterpillar D8K de 1980, alors qu'il s'agissait en fait d'un modèle 1979. Selon le juge de première instance, Sureway a recouru à la tromperie pour faire croire à la Ville que sa soumission était conforme, puis a tenté de la convaincre de lui permettre, après l'acceptation de sa soumission, de fournir une machine antérieure à 1980.

64 Comme le juge Estey l'a expliqué dans *Ron Engineering*, le soumissionnaire a pour obligation première de former un contrat B aux conditions proposées si le propriétaire accepte sa soumission. L'élément fondamental de cette obligation est que le propriétaire pourra exiger de l'entrepreneur qu'il respecte les conditions de l'appel d'offres et les modalités de sa soumission, lesquelles forment automatiquement le contrat B.

65 Au moment où sa soumission a été acceptée par la Ville, Sureway s'était engagée à fournir un Caterpillar D8K de 1980 et c'est ce qu'elle était tenue de fournir. Même si le juge de première instance a conclu que Sureway avait recouru à la tromperie, ce sont les intentions de Sureway au moment de l'acceptation de sa soumission qui sont pertinentes. Comme le mentionnent I. Goldsmith et T. G. Heintzman dans *Goldsmith on Canadian Building Contracts* (4e éd. (feuilles mobiles)), p. 1-15, [TRADUCTION] « L'intention d'être lié par contrat est le facteur déterminant, mais il ne peut

which the party in question by his actions or words displays to the other, not some hidden intention which he may have concealed in the inner reaches of his mind."

66 Importantly, the trial judge made a finding that the City was unaware of Sureway's deceit until *after* it had accepted Sureway's tender. In his words, "no one in the City knew as a matter of fact that [Sureway] had bid the 1979 unit until August 28 or 29, 1986 and that is after the contract had already been let to [Sureway]" (para. 27). There was, as a result, no collusion between the City and Sureway to disregard the tender terms.

67 For these reasons, we conclude that the City did not enter into a contract on terms other than as set out in its bidding documents and thus did not violate any duties owed to Double N.

E. *Did the City Violate Its Duties to Double N by Permitting Sureway to Supply Equipment Manufactured Prior to 1980?*

68 Double N argued in the alternative that if the City entered Contract B with Sureway on August 18, 1986, the City breached its duties owed to Double N under Contract A by permitting Sureway to supply equipment manufactured prior to 1980, thereby waiving a fundamental term of Contract B. What the City was obliged to do in the circumstances, Double N argued, was to require Sureway to perform as promised, and, failing that, to exercise its right under Condition 9 to cancel the contract with Sureway and either re-tender, abandon the contract or award the contract to Double N as the next lowest bidder.

69 This argument depends on whether the owner's obligations under Contract A to unsuccessful bidders, and in particular its implied obligation to treat bidders fairly, survives the creation of

s'agir d'une intention unilatérale, dissimulée à l'autre partie. L'intention pertinente est celle que la partie en cause fait connaître à l'autre partie, par ses paroles ou ses gestes, et non une intention cachée qu'elle a dissimulée aux confins de son esprit. »

Il importe de noter que le juge de première instance a conclu que la Ville ne s'est rendu compte de la tromperie de Sureway qu'*après* avoir accepté sa soumission. Selon ses dires, [TRADUCTION] « personne à la Ville n'a su en fait avant le 28 ou 29 août 1986, soit après l'adjudication du contrat à Sureway, que celle-ci proposait de fournir un modèle 1979 » (par. 27). Par conséquent, la Ville et Sureway n'ont pas agi de connivence pour passer outre aux conditions de l'appel d'offres.

Pour ces motifs, nous concluons que la Ville n'a pas passé un contrat comportant des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres et n'a donc pas manqué à ses obligations envers Double N.

E. *La Ville a-t-elle manqué à ses obligations envers Double N en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980?*

Double N a soutenu subsidiairement que, si la Ville a passé le contrat B avec Sureway le 18 août 1986, elle a manqué à ses obligations envers elle au titre du contrat A en permettant à Sureway de fournir des machines antérieures à 1980, levant ainsi une condition fondamentale du contrat B. Selon Double N, la Ville avait, dans les circonstances, l'obligation d'exiger de Sureway qu'elle respecte ses engagements, sinon d'exercer son droit prévu à la clause 9 d'annuler le contrat avec Sureway et soit de lancer un nouvel appel d'offres, soit de renoncer au contrat ou d'adjuger le contrat à Double N en tant que prochain soumissionnaire offrant le plus bas prix.

Cet argument repose sur la thèse que la formation du contrat B entre le soumissionnaire retenu et le propriétaire ne libère pas ce dernier de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus au

Contract B with the successful bidder. In our view, it does not.

In *Ron Engineering*, Contract A gave effect to an express term of the tender documents, which stipulated that revocation of a bid would be subject to forfeiture of a bid deposit. That stipulation emerged from the need for the expectation of certainty among both owners and bidders — owners needed and expected the certainty created by irrevocable bids, backed by deposits. The reciprocal obligations of owners implied in *M.J.B. Enterprises* and *Martel* arose out the expectation of bidders that if they undertook the significant time and expense involved in preparing a bid, their bids would each receive fair and equal consideration by owners during the evaluation of bids and the award of Contract B.

The conduct Double N complains of (i.e. the waiver by the City of the 1980 requirement) is conduct which occurred *after* the award of Contract B. Where an owner undertakes a fair evaluation and enters into Contract B on the terms set out in the tender documents, Contract A is fully performed. Thus, any obligations on the part of the owner to unsuccessful bidders have been fully discharged. Contract B is a distinct contract to which the unsuccessful bidders are not privy. In *Ron Engineering*, Estey J. held that the "integrity of the bidding system must be protected where under the law of contracts it is possible so to do" (p. 121 (emphasis added)). The law of contract does not permit Double N to require the cancellation of a contract to which it is not privy in the name of preserving the integrity of a bidding process, which is by definition completed by the time an award of Contract B is made.

In the face of a failure to perform Contract B on the part of one of the parties, the other party has the contractual rights and remedies set out in the contract and at common law. Bidders may be held to perform as promised, or the owner may have the

titre du contrat A, en particulier de son obligation implicite de traiter tous les soumissionnaires équitablement. Nous ne souscrivons pas à cette thèse.

70 Dans *Ron Engineering*, le contrat A rendait exécutoire une condition expresse des documents d'appel d'offres, qui stipulait que la révocation d'une soumission pouvait entraîner la confiscation du dépôt de soumission. Cette stipulation découlait de la nécessité de garantir aux propriétaires et aux soumissionnaires la certitude à laquelle ils étaient en droit de s'attendre — les propriétaires avaient besoin de la certitude que leur procurent les soumissions irrévocables, garanties par dépôt. Les obligations synallagmatiques des propriétaires, implicites dans *M.J.B. Enterprises* et *Martel*, résultent de l'attente des soumissionnaires qui acceptent d'investir le temps et l'argent nécessaires à la préparation d'une soumission qu'ils soient tous traités équitablement et sur un pied d'égalité par les propriétaires lors de l'évaluation des soumissions et de l'adjudication du contrat B.

71 Ce dont se plaint Double N (la levée par la Ville de l'exigence de fournir un modèle 1980) est survenu *après* la formation du contrat B. Le contrat A est exécuté dès lors que le propriétaire procède à une évaluation équitable et passe un contrat B fondé sur les conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres. Ainsi, le propriétaire est entièrement libéré de ses obligations envers les soumissionnaires non retenus. Le contrat B est un contrat distinct qui ne s'applique pas aux soumissionnaires non retenus. Dans *Ron Engineering*, le juge Estey a déclaré qu'« il faut préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres chaque fois qu'il est possible de le faire en vertu du droit des contrats » (p. 121 (nous soulignons)). En droit des contrats, Double N ne peut exiger l'annulation d'un contrat auquel elle n'est pas partie, dans le but de préserver l'intégrité d'un mécanisme d'appel d'offres qui, par définition, a pris fin au moment de la formation du contrat B.

72 Si l'une des parties au contrat B ne respecte pas ses engagements, l'autre partie peut invoquer les droits et recours qui s'offrent à elle aux termes du contrat et en common law. Les soumissionnaires peuvent être tenus de respecter leurs engagements,

right to cancel the contract. It is this range of remedies that acts as a disincentive to submit deceitful bids as, absent collusion, bidders cannot predict how the owner will respond. Where an owner determines that it is in its best interests to waive a term of the contract, that is within its contractual rights unless the contract stipulates otherwise. In this case, Condition 9 conferred a *right* of cancellation upon the City where the successful bidder did not comply with the specifications. It did not *oblige* the City to cancel the contract.

73 Finally, we note that there are good policy reasons for rejecting Double N's position. The observation of Russell J.A., at para. 56, is particularly apt:

> [P]arties to contract B might be subject to constant surveillance and scrutiny of other bidders, challenging any deviation from the original terms of contract A, thereby ultimately frustrating the tendering industry generally, and introducing an element of uncertainty to contract B.

IV. Conclusion

74 We conclude that Double N's bid received fair treatment throughout the bidding process. Sureway's bid offered units that were compliant on their face and open to acceptance by the City. The City was not aware of Sureway's deceit until after it had accepted Sureway's bid, nor did it collude with Sureway during the bidding process to perpetrate an unfairness against other bidders. Once the City accepted the offer of compliant units, Sureway's failure to supply as promised became a matter between the City and Sureway alone. The City was entitled to deal with Sureway's obligations as it saw fit.

75 The appeal is dismissed with costs to the City only.

sinon le propriétaire peut avoir le droit d'annuler le contrat. Ce sont ces recours qui servent de mesures dissuasives contre la présentation de soumissions trompeuses, puisque, en l'absence de collusion, les soumissionnaires ne peuvent savoir comment le propriétaire réagira. Si le propriétaire estime qu'il est dans son intérêt de lever une condition du contrat, il a le droit contractuel de le faire, sauf stipulation contraire dans le contrat. En l'espèce, la clause 9 confère à la Ville le *droit* d'annuler le contrat si le soumissionnaire retenu ne se conforme pas au cahier des charges, mais elle ne lui impose pas l'*obligation* de l'annuler.

Enfin, nous estimons qu'il existe de bonnes raisons de principe pour rejeter la position de Double N. L'observation du juge Russell au par. 56 est particulièrement pertinente :

> [TRADUCTION] . . . les parties au contrat B pourraient faire l'objet d'une surveillance constante de la part des autres soumissionnaires, qui pourraient contester toute dérogation aux conditions initiales du contrat A et ultimement gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres en général et créer de l'incertitude relativement au contrat B.

IV. Conclusion

Nous jugeons que la soumission de Double N a été traitée équitablement tout au long de l'appel d'offres. La soumission de Sureway proposait des machines à première vue conformes et elle pouvait être acceptée par la Ville. Celle-ci ne s'est pas rendu compte de la tromperie de Sureway avant d'accepter sa soumission ni n'a agi de connivence avec elle durant l'appel d'offres de manière à traiter les autres soumissionnaires injustement. Une fois que la Ville a accepté l'offre de Sureway de lui fournir des machines conformes, la violation de cet engagement de la part de Sureway est une question qui ne regarde que ces deux parties. La Ville pouvait prendre les mesures qu'elle jugeait indiquées relativement aux obligations de Sureway.

Le pourvoi est rejeté avec dépens en faveur de la Ville seulement.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron JJ. were delivered by

CHARRON J. (dissenting) —

1. Overview

The City of Edmonton concedes that it was contractually bound to accept only a compliant bid and to treat all bidders equally and fairly. These implied terms are intended to ensure the integrity of the tendering process. On the facts of this case, however, the dismissal of the action and third party claim by the courts below not only results in Sureway Construction of Alberta Ltd.'s reaping the profits of its deceit, but also enables the City to escape entirely from its implied obligations. Far from preserving the integrity of the tendering process, this result seriously undermines it. I therefore respectfully disagree with the conclusion reached by my colleagues and the courts below and would allow the appeal.

I will state, in a nutshell, why I come to this conclusion. I will then review the pertinent facts and findings below in more detail.

It is undisputed that a material requirement of the City's tender call was that all equipment bid be 1980 or newer. Double N Earthmovers Ltd.'s bid was compliant on that and all other requirements. Sureway, the successful bidder, was found to have deliberately pretended to submit a compliant bid while all along planning to use 1977 and 1979 equipment. Sureway's deceit matters not, it is argued: the City's right to "insist on compliance" with the express terms of the bid following its acceptance coupled with the accompanying contractual risk to the bidder ensures the integrity of the process.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie et Charron rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente) —

1. Survol

La ville d'Edmonton reconnaît qu'elle était tenue par contrat d'accepter uniquement une soumission conforme et de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Ces conditions implicites visent à garantir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres. En l'espèce, toutefois, le rejet par les tribunaux d'instance inférieure de l'action et de la demande de mise en cause non seulement permet à Sureway Construction of Alberta Ltd. de récolter le fruit de sa tromperie, mais permet aussi à la Ville d'esquiver entièrement ses obligations implicites. Loin de préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres, ce résultat la compromet sérieusement. Soit dit en tout respect, je ne souscris pas à la conclusion de mes collègues et des tribunaux d'instance inférieure, et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. 76

J'exposerai brièvement les raisons pour lesquelles j'en arrive à cette conclusion, puis j'examinerai plus en détail les faits et les conclusions des tribunaux d'instance inférieure. 77

Nul ne conteste que, selon une condition essentielle de l'appel d'offres de la Ville, les machines proposées dans les soumissions devaient être des modèles 1980 ou plus récents. Double N Earthmovers Ltd. a présenté une soumission conforme à cette exigence et à toutes les autres exigences. Par contre, il a été conclu que Sureway, le soumissionnaire retenu, avait sciemment fait semblant de présenter une soumission conforme en ayant l'intention dès le début d'utiliser des machines de 1977 et de 1979. On a soutenu que la tromperie de Sureway importait peu puisque deux facteurs préservaient l'intégrité de l'appel d'offres : le droit de la Ville d'[TRADUCTION] « exiger le respect » des modalités expresses de la soumission après son acceptation et le risque contractuel connexe auquel s'exposait le soumissionnaire. 78

79 The City does not dispute that it has a duty to accept only a compliant bid. However, even when repeatedly warned by Double N, before acceptance, about Sureway's likely non-compliance with the age requirement — a matter that the trial judge found could have been easily verified by checking the specifications contained on the face of the bid against existing records — the City chose to do nothing, relying instead on its right to "insist on compliance" with this essential term following acceptance. Were it not for the City's "right" to take that attitude, which the trial judge accepted as determinative on this question, he would have found the City negligent in failing to check the accuracy of the specifications and, as such, in breach of its duty to take reasonable care to accept only a compliant bid.

La Ville reconnaît avoir l'obligation d'accepter uniquement une soumission conforme. Toutefois, même si elle a été prévenue à plusieurs reprises par Double N, avant l'acceptation de la soumission, que les machines proposées par Sureway n'étaient vraisemblablement pas conformes à l'exigence relative à l'année de fabrication — ce qui, selon le juge de première instance, aurait pu facilement être vérifié par la comparaison, avec des dossiers existants, des renseignements techniques fournis dans la soumission —, la Ville a choisi de ne rien faire et de s'en remettre plutôt à son droit d'« exiger le respect » de cette condition essentielle après l'acceptation de la soumission. Sans ce « droit » de la Ville, élément qu'il a jugé déterminant à cet égard, le juge de première instance aurait conclu que la Ville avait fait preuve de négligence en ne vérifiant pas l'exactitude des renseignements techniques fournis et avait donc manqué à son obligation de prendre les mesures raisonnables voulues pour accepter uniquement une soumission conforme.

80 Confining the evaluation of the tender to its *face*, it is argued, is necessary to give certainty to the process and promote the consistent and fair treatment of bidders. But this contention is undermined by the fact that the City took no steps to resolve an ambiguity which *was* apparent on the face of Sureway's tender documents. This ambiguity arose where Sureway offered a "1977 or 1980 Rental Unit" for Unit #2. Again, relying on the centrality of the requirement that all equipment be 1980 or newer, the City takes the position that its unqualified acceptance of Sureway's Unit #2 bid can only be construed as an acceptance of the promise to supply a 1980 Rental Unit. Nor is there any unfairness, it is argued, when an owner accepts only a compliant option offered by a bidder where that option amounts to no more than a promise to comply given, again, the owner's right to "insist on compliance" with the terms of the tender.

L'évaluation, dit-on, devait porter uniquement sur les renseignements fournis dans la soumission de manière à assurer la certitude de l'appel d'offres et à favoriser le traitement cohérent et équitable des soumissionnaires. Cet argument est cependant ébranlé par le fait que la Ville n'a pris aucune mesure pour dissiper l'ambiguïté qui *ressortait* des documents de soumission de Sureway. Cette ambiguïté tient au fait que Sureway a proposé comme machine 2 une machine de [TRADUCTION] « 1977 ou machine de location de 1980 ». Là encore, s'appuyant sur l'exigence fondamentale que toutes les machines soient des modèles 1980 ou plus récents, la Ville soutient que son acceptation inconditionnelle de la soumission de Sureway pour la machine 2 pouvait uniquement être interprétée comme l'acceptation de la promesse de fournir une machine de location de 1980. Il n'y a pas non plus injustice, affirme-t-on, lorsque le propriétaire n'accepte qu'une soumission conforme, qui est seulement la promesse de se conformer aux conditions, étant donné, là encore, le droit d'« exiger le respect » des conditions de l'appel d'offres, dont le propriétaire peut se prévaloir.

81 The City further concedes that it had an obligation to treat all bidders equally and fairly. However,

La Ville reconnaît en outre qu'elle avait l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitable-

during the course of negotiations with the City following the close of tenders, when Double N sought permission to bid older equipment in order to lower the price of its bid, as it believed Sureway had done, the City refused, insisting on the 1980 age requirement as an *essential* term of the contract.

Following acceptance of Sureway's bid, when came the time for the City to exercise this right to "insist on compliance" upon which it had relied in fulfilment of its obligations under Contract A, it chose instead to waive the essential age requirement, claiming that all its obligations under Contract A were now at an end. Because Contract B now governed, it is argued, the parties have the right to amend its terms to suit their need after it is entered into. The City therefore permitted Sureway to perform the contract using its 1977 and 1979 equipment. It is submitted that Double N, not being a party to Contract B, has no right to complain.

In these circumstances, it is perhaps not surprising that the trial judge, in refusing to award the City its full costs at the end of the proceedings, reasoned as follows:

I am not granting costs beyond Column 6 because I have concluded that when the City of Edmonton allowed Sureway to bring the 1977 and 1979 machine to work on the landfill site, they convinced Double N they had breached their obligation to treat all bidders fairly.

((1998), 220 A.R. 73, 1998 ABQB 30, at para. 5)

Indeed, Double N had ample grounds on which to base this conviction. In failing to give effect to these grounds for complaint, the trial judge and the Court of Appeal engaged in circular reasoning. On the one hand, the courts below held that a bid can be regarded as compliant at the Contract A stage because the owner can always insist on compliance with the terms of the tender. On the other hand, they held that the owner does not need to insist on compliance with the terms of the tender at the

ment et sur un pied d'égalité. Toutefois, au cours des négociations avec la Ville qui ont suivi la clôture de l'appel d'offres, lorsque Double N a demandé l'autorisation de proposer des machines antérieures à 1980 afin de baisser son prix, estimant que Sureway avait agi ainsi, la Ville a refusé, soulignant que l'exigence que les machines soient de 1980 constitue une condition *essentielle* du contrat.

82 Après l'acceptation de la soumission de Sureway, quand est venu pour la Ville le moment d'exercer son droit d'« exiger le respect » des conditions, droit qu'elle avait invoqué pour remplir ses obligations au titre du contrat A, la Ville a choisi de lever la condition essentielle relative à la date de fabrication, soutenant que ses obligations au titre du contrat A ont pris fin. On soutient que le contrat B, une fois formé, donne aux parties le droit de modifier les conditions en fonction de leurs besoins. C'est ainsi que la Ville a autorisé Sureway à utiliser ses machines de 1977 et de 1979 pour l'exécution du contrat. On fait valoir que Double N, n'étant pas partie au contrat B, n'a pas le droit de porter plainte.

83 Dans ce contexte, il n'est peut-être pas étonnant que le juge de première instance ait justifié ainsi son refus d'adjuger l'ensemble des dépens à la Ville à la fin de l'instance :

[TRADUCTION] Je n'accorde pas les dépens au-delà de la colonne 6 parce que j'ai conclu que la ville d'Edmonton, en permettant à Sureway d'utiliser des machines de 1977 et de 1979 pour effectuer des travaux à la décharge, a convaincu Double N qu'elle avait manqué à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement.

((1998), 220 A.R. 73, 1998 ABQB 30, par. 5)

Double N avait effectivement de nombreuses raisons de croire qu'il y avait eu manquement. Le refus du juge de première instance et de la Cour d'appel de reconnaître le bien-fondé de ces raisons de porter plainte repose sur un raisonnement circulaire. D'une part, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu qu'une soumission peut être jugée conforme à l'étape du contrat A parce que le propriétaire peut toujours exiger le respect des conditions de l'appel d'offres. D'autre part, ils ont statué

Contract B stage of the process precisely because it accepted a compliant bid at the Contract A stage. With respect, this reasoning completely nullifies the protection afforded by the implied obligation to accept only a compliant bid.

84 I conclude that the City breached its obligation to accept only a compliant bid. Furthermore, I conclude that in the circumstances of this case, when it failed to insist on compliance with the age requirement in awarding Contract B to Sureway, the City breached its duty to treat all bidders equally and fairly. I also conclude that the City's breach of its obligations was effectively caused by Sureway's deceit and its deliberate attempt to induce the City to accept a tender for pre-1980 machinery. I would therefore allow the appeal and grant judgment in the action against the City and in the third party claim against Sureway in the amounts assessed by the trial judge with costs throughout.

85 I will now review the record in more detail to explain on what basis I have reached my conclusions.

2. The Evidence and Findings Below

86 In the summer of 1986, the City of Edmonton called for tenders for equipment and operators to move refuse in its Clover Bar landfill site. The City's tender was composed of a standard Tender Form, an Equipment Requirements form, and a Solid Wastes Branch Tender Specifications form. The closing date for the submission of bids was June 25, 1986.

87 The tender eventually called for two bulldozers, one of which was to be a back-up unit, and a scraper. Six bids were submitted, including bids from the appellant Double N and the respondent

que le propriétaire n'a pas besoin d'exiger le respect des conditions de l'appel d'offres à l'étape du contrat B, précisément parce qu'il a accepté une soumission conforme à l'étape du contrat A. Soit dit en tout respect, ce raisonnement neutralise complètement la protection qu'offre l'obligation implicite d'accepter uniquement une soumission conforme.

Je conclus que la Ville a manqué à son obligation d'accepter seulement une soumission conforme. Je conclus, en outre, qu'en l'espèce elle a manqué à son obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité en formant avec Sureway le contrat B sans exiger qu'elle se conforme à l'exigence relative à la date de fabrication. Par ailleurs, je juge que le manquement de la Ville est effectivement attribuable à la tromperie de Sureway et à sa tentative délibérée d'amener la Ville à accepter une soumission proposant des machines antérieures à 1980. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et, dans l'action intentée contre la Ville et la demande de mise en cause de Sureway, d'ordonner le paiement des montants fixés par le juge de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

Je vais maintenant examiner plus en détail le dossier afin d'expliquer le fondement sur lequel reposent mes conclusions.

2. Preuve et conclusions des tribunaux d'instance inférieure

Au cours de l'été 1986, la ville d'Edmonton a lancé un appel d'offres pour la fourniture de machines et de conducteurs pour déplacer les déchets à sa décharge de Clover Bar. Son dossier d'appel d'offres comprenait le formulaire type de soumission, les Exigences relatives aux machines et les Prescriptions de la Direction de la gestion des déchets solides relatives à l'appel d'offres. La date limite de présentation des soumissions était le 25 juin 1986.

En fin de compte, l'appel d'offres visait deux bouteurs, dont l'un devait servir de machine de remplacement, et une décapeuse. Six soumissions ont été présentées, notamment par l'appelante

Sureway, plus bids by Kerna Construction Ltd. and Twin City Equipment Ltd.

The City made it clear from the outset that the equipment bid needed to meet certain requirements. In particular, the City's tender repeatedly indicated that all machines bid needed to be 1980 or newer. This requirement was included in capital letters on the first page of the Tender Form and was repeated again on the first page of the Equipment Requirements form. In addition, clause 12(a) of the Solid Wastes Branch Tender Specifications form informed bidders that preference would be given to "late model equipment in top mechanical condition. (1980 or newer)." In addition to the year of manufacture, the Equipment Requirements form called for a specification of the make, model, serial number, City of Edmonton registration licence number and the cost per hour. It also reserved to the City the right to inspect the equipment.

On June 25, 1986, Double N submitted a bid that was compliant in all relevant respects. The formation of Contract A between Double N and the City is not in dispute in this appeal.

On June 25, 1986, Sureway submitted its bid. It is this bid that is in issue in this appeal.

For Unit #1, Sureway bid a Caterpillar bulldozer, and listed it as having a year of manufacture of 1980, although it was in fact a 1979 machine. Sureway provided the other required specifications, including the serial number and City of Edmonton registration licence number. For Unit #2, Sureway bid a "1977 or 1980 Rental Unit" Caterpillar bulldozer or equivalent. While the cost listed by Sureway for Unit #2 was consistent with a 1980 Caterpillar bulldozer, the registration and serial numbers corresponded instead to the 1977 machine.

After the tender period ended, Ray Necula, President of Double N, contacted the City by

Double N et l'intimée Sureway ainsi que par Kerna Construction Ltd. et Twin City Equipment Ltd.

88 La Ville a clairement indiqué dès le début que les machines proposées devaient satisfaire à certaines exigences. En particulier, il est indiqué à plusieurs reprises dans ses documents d'appel d'offres que toutes les machines proposées devaient être des modèles 1980 ou plus récents. Cette exigence figure en lettres majuscules en première page du formulaire de soumission et est réitérée en première page des Exigences relatives aux machines. En outre, la clause 12a) des Prescriptions de la Direction de la gestion des déchets solides précise à l'intention des soumissionnaires que la préférence sera accordée [TRADUCTION] « aux machines de fabrication récente qui sont en excellent état (modèles 1980 ou plus récents) ». Outre l'année de fabrication, les Exigences relatives aux machines requièrent que soient indiqués la marque, le modèle, le numéro de série, le numéro d'enregistrement délivré par la ville d'Edmonton et le tarif horaire. Le droit de la Ville d'inspecter les machines y est également prévu.

89 Le 25 juin 1986, Double N a présenté une soumission conforme à tous les points de vue pertinents. La formation d'un contrat A entre Double N et la Ville n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

90 Le 25 juin 1986, Sureway a présenté sa soumission, et c'est de cette soumission qu'il est question ici.

91 Pour la machine 1, Sureway a proposé un bouteur Caterpillar et a indiqué 1980 comme année de fabrication, alors qu'il s'agissait d'une machine de 1979. Elle a fourni les autres renseignements exigés, dont le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la ville d'Edmonton. Pour la machine 2, elle a proposé un bouteur Caterpillar de « 1977 ou machine de location de 1980 », ou l'équivalent. Le tarif qu'elle a indiqué pour la machine 2 correspond à celui d'un bouteur Caterpillar de 1980, mais le numéro de série et le numéro d'enregistrement correspondent plutôt à ceux d'une machine de 1977.

92 À la fin de la période de soumission, Ray Necula, président de Double N, a communiqué par téléphone

phone. During the course of his conversation with Dan Danylak, the Supervisor of the City's Hired Equipment Section, Necula learned which machines Sureway had bid. Based on his knowledge of the equipment owned by Sureway, Necula promptly informed Danylak that Sureway had not bid 1980 or newer equipment. Danylak accepted the information but did nothing about it. Necula concluded that Double N's bid would be successful, since to his knowledge Double N's bid was the lowest compliant bid.

93 Necula repeated this information about Sureway's likely non-compliance in further communications with the City. Among other contacts with City officials, he spoke to Jim Parlee, the City's Purchasing Officer, and informed him of the state of his knowledge. As the trial judge describes the contact: "Necula's strong suggestion to Parlee was that Parlee should have a look at the bid because Sureway was likely not bidding qualifying machines" ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 1998 ABQB 31, at para. 24). Parlee was not very disturbed by the fact that Unit #1, the 1980 Caterpillar bulldozer, might turn out to be a 1979 because the City would be insisting on compliance with the age requirement that all machines be 1980 or newer. Similarly, Parlee's response with respect to Unit #2 was that the City could insist on the 1980 rental unit rather than the 1977 machine (A.R., at p. 23).

94 The trial judge accepted Necula's version of these contacts with City officials (para. 26). He also found that Necula's information about the age of the equipment was easily verifiable (para. 45) against records already in possession of the City and filed with Danylak's area of supervision (para. 11). However no verification was done, nor did the City exercise its right, contained in clause 11 of the Equipment Requirements form, to inspect the equipment.

95 Parlee summarized and ranked the bids according to their cost to the City. Three bids

avec la Ville. Au cours de sa conversation avec Dan Danylak, superviseur au service du matériel de louage, M. Necula a appris ce que Sureway a proposé comme machines. D'après ce qu'il savait des machines de Sureway, M. Necula a immédiatement informé M. Danylak que Sureway n'avait pas proposé des modèles 1980 ou plus récents. M. Danylak a pris bonne note de ce renseignement, mais n'y a pas donné suite. M. Necula a conclu que la soumission de Double N serait retenue parce qu'elle était, à sa connaissance, la soumission conforme la plus basse.

Au cours d'autres entretiens avec les représentants de la Ville, M. Necula a de nouveau informé que les machines de Sureway n'étaient probablement pas conformes. Il a notamment parlé à Jim Parlee, agent des achats à la Ville, et lui a communiqué ce qu'il savait. Le juge de première instance a décrit ainsi leur entretien : [TRADUCTION] « M. Necula a fortement recommandé à M. Parlee d'examiner la soumission parce que Sureway n'avait vraisemblablement pas proposé des machines conformes » ((1998), 57 Alta. L.R. (3d) 288, 1998 ABQB 31, par. 24). Celui-ci ne semblait pas trop inquiet du fait que la machine 1, bouteur Caterpillar de 1980, était peut-être de 1979, parce que la Ville exigerait le respect de la condition relative à la date de fabrication (modèles 1980 ou plus récents). De même, pour ce qui est de la machine 2, M. Parlee a indiqué que la Ville pouvait exiger que la machine de location de 1980, au lieu de la machine de 1977, lui soit fournie (d.a., p. 23).

Le juge de première instance a accepté la version donnée par M. Necula de ces entretiens avec les représentants de la Ville (par. 26). Il a également conclu que ses renseignements au sujet de la date de fabrication étaient faciles à vérifier (par. 45) dans les dossiers que la Ville avait en sa possession et qui étaient classés dans le service dirigé par M. Danylak (par. 11). Pourtant, il n'y a pas eu de vérification, et la Ville n'a pas exercé son droit, prévu à la clause 11 des Exigences relatives aux machines, d'inspecter le matériel.

M. Parlee a fait un résumé des soumissions et les a classées en fonction de leur coût pour la Ville. En

were eventually considered: Kerna's bid; a combined Sureway/Twin City bid; and Double N's bid. On July 3, 1986, W. Worton, the Manager of Solid Wastes Branch, wrote a memo in which he recommended that the combined Twin City/Sureway bid be accepted. This bid was composed of Sureway's bids for the #1 and #2 Units, and Twin City's bid for the Unit #3 scraper. The price of Twin City's scraper was listed on this combined bid at $112.50/hr.

fin de compte, trois soumissions ont été prises en considération : la soumission de Kerna, la soumission combinée de Sureway et de Twin City et la soumission de Double N. Le 3 juillet 1986, W. Worton, directeur de la Gestion des déchets solides, a recommandé dans une note de service l'acceptation de la soumission combinée de Twin City/Sureway, qui est composée de la soumission de Sureway pour les machines 1 et 2 et de la soumission de Twin City pour la machine 3 (décapeuse). Dans cette soumission combinée, le tarif horaire de la décapeuse proposé par Twin City est de 112,50 $.

The trial judge found that between July 3 and July 7, 1986, there were conversations between Twin City, Sureway and the City. He further found that on or about July 6, 1986, Bruce Hagstrom, the principal of Sureway, had a face to face meeting with Bernard Simpson, Operations Director of the City's Solid Wastes Branch. In this meeting it was made apparent to Sureway that if it could provide a scraper at the rate Twin City had originally bid, it would probably be awarded the contract.

96 Le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu, entre le 3 juillet et le 7 juillet 1986, des entretiens entre Twin City, Sureway et la Ville. En outre, il a conclu que le 6 juillet 1986 ou vers cette date, Bruce Hagstrom, le représentant de Sureway, avait rencontré en personne Bernard Simpson, directeur des Opérations à la Direction de la gestion des déchets solides de la Ville. À cette rencontre, il a été clairement laissé entendre à Sureway qu'elle obtiendrait probablement le contrat si elle pouvait offrir la décapeuse au tarif initialement proposé par Twin City.

Necula testified that on July 7, 1986 he met with representatives from the City and asked whether, if Sureway was going to be allowed to bid 1980 or older equipment, he could bid 1980 or older equipment as well. Necula was told that Double N would not be allowed to bid older machines, and that the City would accept only the equipment specified by Double N in its initial bid. It was made clear to Necula that the age of the machines was *not negotiable.*

97 M. Necula a témoigné que, le 7 juillet 1986, il avait rencontré les représentants de la Ville et leur avait demandé s'il pouvait lui aussi, à l'instar de Sureway, proposer des modèles 1980 ou plus vieux. Il a été informé que Double N ne pourrait pas proposer des machines plus vieilles et que la Ville accepterait seulement les machines que Double N a proposées dans sa soumission initiale. Il lui a été clairement indiqué que la date de fabrication *n'était pas négociable.*

On July 7, 1986, Sureway sent a letter to the City confirming its "original intentions to the submitted proposal". In this letter Sureway confirmed that its original Unit #1 would now be used as the #2 back-up unit, that a new Unit #1 would be obtained, and that the Unit #3 scraper would be as previously quoted. The price of the scraper was listed in this letter at $124.12/hr, a rate in excess of the City's acceptable rate for such equipment.

98 Le 7 juillet 1986, Sureway a envoyé à la Ville une lettre confirmant [TRADUCTION] « ses intentions initiales quant à la soumission présentée ». Elle y a confirmé que la machine 1 proposée initialement servirait désormais de machine de remplacement (machine 2), qu'un nouvel engin serait acquis pour servir de machine 1 et que la décapeuse (machine 3) était proposée au tarif déjà fourni. Dans cette lettre, elle a indiqué 124,12 $ comme tarif horaire pour la décapeuse, ce qui était plus élevé que le tarif jugé acceptable par la Ville pour un tel engin.

99 On July 15, 1986, G. E. Weese, General Manager of the Real Estate & Supply Services Department, wrote a memorandum to C. Armstrong, the City Manager, recommending that Sureway's bid be accepted. Kerna's bid was rejected on the grounds that Kerna was not a City of Edmonton contractor, and Double N's bid was rejected because it was too high.

Le 15 juillet 1986, G. E. Weese, directeur général des Services des biens immobiliers et des approvisionnements, a adressé à C. Armstrong, directeur municipal, une note de service recommandant l'acceptation de la soumission de Sureway. La soumission de Kerna a été rejetée au motif que Kerna n'était pas un entrepreneur de la ville d'Edmonton et celle de Double N a été rejetée en raison de son coût trop élevé.

100 Weese's summary of Sureway's bid listed a rate of $112.50/hr for the Unit #3 scraper. This was a change from the revised bid submitted by Sureway in its letter of July 7, 1986. Harold Stoveld, who had oversight of the tender process at the time, became concerned that there was nothing in writing from Sureway confirming the $112.50/hr rate. He spoke with Hagstrom on August 8, 1986, and received a letter from Sureway dated August 11, 1986, confirming the lower price.

Selon le résumé de la soumission de Sureway préparé par M. Weese, le tarif horaire pour la décapeuse (machine 3) est de 112,50 $. Ce tarif n'est pas le même que dans la soumission révisée présentée par Sureway dans sa lettre du 7 juillet 1986. Harold Stoveld, qui était alors chargé de la supervision de l'appel d'offres, s'est inquiété de l'absence de confirmation écrite de la part de Sureway du tarif horaire de 112,50 $. Il en a parlé à M. Hagstrom le 8 août 1986 et, le 11 août 1986, il a reçu de Sureway une lettre confirmant le tarif moins élevé.

101 A purchase order awarding the contract to Sureway was issued by the City on August 18, 1986.

Un bon de commande adjugeant le contrat à Sureway a été délivré par la Ville le 18 août 1986.

102 On August 28, 1986, Sureway attempted to register, as its #1 and #2 Units, a 1979 and 1977 machine, respectively. The City was not happy with this development and communicated its dissatisfaction to Sureway. In response Sureway undertook to supply only 1980 or newer units, but on September 5, 1986 wrote to inform the City that it was unable to do so, and would go forward with the 1979 machine.

Le 28 août 1986, Sureway a tenté de faire enregistrer les machines de 1979 et de 1977 respectivement comme machines 1 et 2. La Ville a fait part de son mécontentement à cet égard à Sureway, qui s'est alors engagée à fournir uniquement des modèles 1980 ou plus récents. Toutefois, le 5 septembre 1986, Sureway a informé la Ville par écrit qu'elle ne pouvait respecter cet engagement et qu'elle utiliserait finalement la machine de 1979.

103 On September 9, 1986, the City decided not to challenge Sureway on this point and let the matter "lie peacefully". The trial judge found that the City effectively waived the age requirement (para. 51). Although Sureway later provided a 1980 bulldozer as a back-up for the 1977 machine, the record shows that it used both the 1977 and 1979 machines during the course of the Clover Bar contract.

Le 9 septembre 1986, la Ville a décidé de ne pas contester la position de Sureway à cet égard et de [TRADUCTION] « laisser dormir la question ». Le juge de première instance a conclu que la Ville avait effectivement levé l'exigence relative à la date de fabrication (par. 51). Sureway a fourni plus tard un bouteur de 1980 comme machine de remplacement pour la machine de 1977, mais il ressort du dossier qu'elle a utilisé les machines de 1977 et de 1979 au cours de l'exécution du contrat à Clover Bar.

3. Analysis

This is the cautionary tale of a tendering process gone badly wrong. Although in some business contexts parties might decide to turn a blind eye to contractual inaccuracies and ambiguities, the tendering process is different. It is a process in which fairness and integrity are of paramount importance. Owners spend large amounts of money composing and issuing tenders, and bidders spend large amounts of money formulating and submitting bids.

As Estey J. said in *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, at p. 121, the "integrity of the bidding system must be protected where under the law of contracts it is possible so to do". In order to protect the integrity of the tendering process, this Court has adopted a particular analysis of that process: *Ron Engineering*; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; and *Martel Building Ltd. v. Canada*, [2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60. This analysis is often referred to as the Contract A/Contract B analysis. According to this analysis, the tendering process is characterized by two contractual stages. At the first stage, the owner issues a tender, in response to which bidders submit bids. This creates a first contract — "Contract A" — between the owner and every compliant bidder. At the second stage, when the owner accepts a bid, a second contract — "Contract B" — is formed. This is the actual contract to supply the equipment or to perform the work that was the subject-matter of the tender. A bidder's bid thus constitutes both an acceptance and an offer. It constitutes an acceptance of the owner's offer to receive and consider tenders, and it simultaneously constitutes an offer to perform the tendered contract.

It is settled law that the terms of Contract A are set out in the tender documents and that, in addition, there may also be implied terms based on custom or usage or on the presumed intentions of

3. Analyse

104 Il est question en l'espèce du récit édifiant d'un appel d'offres qui a mal tourné. Dans certains contextes d'affaires, les parties peuvent choisir de fermer les yeux sur des inexactitudes ou ambiguïtés dans un contrat, mais il n'en est pas ainsi de l'appel d'offres, dont l'équité et l'intégrité revêtent une importance primordiale. La préparation et le lancement d'appels d'offres par les propriétaires, d'une part, et la préparation et la présentation de soumissions par les soumissionnaires, d'autre part, occasionnent des dépenses considérables.

105 Comme le juge Estey l'a souligné dans *La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 111, p. 121, il faut « préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres chaque fois qu'il est possible de le faire en vertu du droit des contrats ». La Cour a adopté une analyse précise de l'appel d'offres afin d'en préserver l'intégrité : *Ron Engineering*; *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619; et *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60. Selon cette analyse, communément appelée l'analyse contrat A/contrat B, l'appel d'offres comporte deux étapes contractuelles. Dans un premier temps, le propriétaire lance un appel d'offres auquel répondent les soumissionnaires en présentant une soumission. Il y a alors formation du premier contrat — le « contrat A » — entre le propriétaire et chacun des soumissionnaires conformes. Dans un deuxième temps, il y a formation du deuxième contrat — « contrat B » — lorsque le propriétaire accepte une soumission. Ce contrat constitue en fait le contrat aux termes duquel la partie s'engage à fournir le matériel ou à accomplir le travail qui faisait l'objet de l'appel d'offres. La soumission constitue donc à la fois l'acceptation et l'offre. En effet, par sa proposition, le soumissionnaire accepte l'offre du propriétaire de recevoir et d'examiner les soumissions et, en même temps, offre d'exécuter le contrat visé.

106 Il est bien établi en droit que les conditions du contrat A sont énoncées dans les documents d'appel d'offres et qu'il peut aussi y avoir des conditions implicites fondées sur la coutume ou l'usage, ou

the parties. An implied duty to accept only a compliant bid was recognized by this Court in *M.J.B. Enterprises*. Speaking for the Court, Iacobucci J. found that this implied term was necessary to give "business efficacy" to the tendering process, explaining as follows:

> The rationale for the tendering process . . . is to replace negotiation with competition. This competition entails certain risks for the appellant. . . . It appears obvious to me that exposing oneself to such risks makes little sense if the respondent is allowed, in effect, to circumscribe this process and accept a non-compliant bid. Therefore I find it reasonable, on the basis of the presumed intentions of the parties, to find an implied term that only a compliant bid would be accepted. [para. 41]

107 Likewise, in *Martel*, this Court held that an owner also had a duty to treat all bidders fairly and equally. As Iacobucci and Major JJ. said, "[i]mplying an obligation to treat all bidders fairly and equally is consistent with the goal of protecting and promoting the integrity of the bidding process, and benefits all participants involved" (para. 88). Such implication, they noted, "is necessary to give business efficacy to the tendering process" (para. 88).

108 The parties agree that these two implied terms formed part of Contract A: the City was obliged to accept only a compliant bid — in other words, it was implied that the City would not enter into a Contract B on terms other than those contemplated in the tender call — and the City was also obliged to treat all bidders fairly and equally. The thread running through *Ron Engineering*, *M.J.B. Enterprises* and *Martel* is the importance of business efficacy and the integrity of the tendering process. In my view, it is through the lens of these concepts that this case must be viewed.

109 The test for compliance in the tendering process is "substantial" rather than strict. Estey J.'s remark

sur les intentions présumées des parties. La Cour a reconnu, dans *M.J.B. Enterprises*, l'obligation implicite d'accepter uniquement une soumission conforme. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a conclu que cette condition implicite était nécessaire pour donner de « l'efficacité commerciale » au mécanisme d'appel d'offres :

> L'idée qui sous-tend l'appel d'offres [. . .] est de remplacer la négociation par la concurrence. Cette concurrence comporte certains risques pour l'appelante. [. . .] Il me semble évident qu'il serait déraisonnable de s'exposer à de tels risques si l'intimée peut, dans les faits, contourner ce processus et accepter une soumission non conforme. J'estime donc qu'il est raisonnable, en se fondant sur l'intention présumée des parties, de conclure à l'existence d'une condition implicite portant que seule une soumission conforme sera acceptée. [par. 41]

De même, dans *Martel*, la Cour a jugé que le propriétaire avait l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Les juges Iacobucci et Major ont indiqué que « [l]'existence présumée d'une obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité est compatible avec l'objectif de protéger et de promouvoir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres et bénéficie à tous les participants en cause » (par. 88). Ils ont souligné qu'une « telle condition implicite s'impose aux fins de l'efficacité commerciale de la procédure d'appel d'offres » (par. 88).

Les parties conviennent que ces deux conditions implicites faisaient partie du contrat A : la Ville avait l'obligation d'accepter uniquement une soumission conforme — en d'autres termes, elle s'engageait implicitement à ne pas conclure le contrat B à des conditions autres que celles prévues dans l'appel d'offres — et elle avait également l'obligation de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Les fils conducteurs des arrêts *Ron Engineering*, *M.J.B. Enterprises* et *Martel* sont l'importance de l'efficacité commerciale et l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres. À mon avis, c'est sous ces angles qu'il faut examiner la présente affaire.

Quant au mécanisme d'appel d'offres, il doit y avoir conformité « pour l'essentiel » plutôt qu'en

in *Ron Engineering* that it would be "anomalous indeed if the march forward to a construction contract could be halted by a simple omission" (p. 127) is often cited in support of the substantial compliance test: for example, see *British Columbia v. SCI Engineers & Constructors Inc.* (1993), 22 B.C.A.C. 89. Although Estey J. made this remark in reference to the Contract B stage of the tendering process, there is no reason to doubt that these same considerations apply to the Contract A stage as well. It would make tendering unworkable if an owner and bidder were prevented from entering into Contract B based on an unchecked box.

tous points. Les remarques du juge Estey dans *Ron Engineering*, à savoir qu'il « serait vraiment anormal que la progression vers la conclusion d'un contrat d'entreprise puisse être entravée par la simple omission » (p. 127), sont souvent citées à l'appui du critère de conformité pour l'essentiel : voir, par exemple, *British Columbia c. SCI Engineers & Constructors Inc.* (1993), 22 B.C.A.C. 89. Même si elles ont été faites à l'égard de la deuxième étape (contrat B) de l'appel d'offres, ces remarques du juge Estey s'appliquent sans aucun doute également à la première étape (contrat A). Le résultat de l'appel d'offres serait inapplicable si le propriétaire et le soumissionnaire étaient empêchés de former le contrat B uniquement parce qu'une case n'a pas été cochée.

Substantial compliance requires that all material conditions of a tender, determined on an objective standard, be complied with: *Silex Restorations Ltd. v. Strata Plan VR 2096* (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376, at paras. 24 and 29; *Graham Industrial Services Ltd. v. Greater Vancouver Water District* (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5, at para 15. A bid is substantially compliant if any departures from the tender call concern mere irregularities. 110

La conformité pour l'essentiel exige le respect de toutes les conditions essentielles de l'appel d'offres selon une norme objective : *Silex Restorations Ltd. c. Strata Plan VR 2096* (2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376, par. 24 et 29; *Graham Industrial Services Ltd. c. Greater Vancouver Water District* (2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5, par. 15. Une soumission est jugée conforme pour l'essentiel si les écarts par rapport à l'appel d'offres constituent de simples vices de forme.

In the present case, it is not disputed that the requirement that all units bid be 1980 or newer was a material term of the tender. As noted earlier, this requirement was specified on the Tender Form, repeated again in the Equipment Requirements form, and referred to again in the Solid Wastes Branch Tender Specifications form. This was not an idle request. To the contrary, the City insisted on 1980 or newer equipment because in its experience older units tended to break down more frequently. The trial judge concluded that, in the view of the City, the age of the equipment was *essential* to the tender (para. 85). Consequently, a failure to bid 1980 or newer equipment would result in a bid that was not substantially compliant with the City's tender request. 111

En l'espèce, l'appel d'offres précisait que toutes les machines devaient être des modèles 1980 ou plus récents, et nul ne conteste qu'il s'agit là d'une condition essentielle. Comme il a été indiqué ci-dessus, cette exigence était précisée tant dans le formulaire de soumission, que dans les Exigences relatives aux machines et les Prescriptions de la Direction de la gestion des déchets solides relatives à l'appel d'offres. Ce n'était pas une demande sans fondement. Au contraire, la Ville a exigé des machines de modèle 1980 ou plus récent parce qu'elle savait par expérience que les modèles plus vieux avaient tendance à tomber en panne plus souvent. Le juge de première instance a conclu que, du point de vue de la Ville, la date de fabrication était un élément *essentiel* de l'appel d'offres (par. 85). Par conséquent, toute soumission ne proposant pas des modèles 1980 ou plus récents serait pour l'essentiel non conforme aux conditions de l'appel d'offres de la Ville.

112 Unit #1 and Unit #2 were to be 1980 or newer Caterpillar bulldozers (or equivalent). What is at issue in this appeal, then, is Sureway's bid in respect of those two pieces of equipment.

3.1 *Sureway's Deceitful Bid for Unit #1*

113 For Unit #1 Sureway bid a Caterpillar bulldozer, listing it as having a year of manufacture of 1980 when in fact it was a 1979 piece of equipment. In their reasons, Abella and Rothstein JJ. note that, on its face, Sureway promised to supply a 1980 Caterpillar D8K and that is what the City accepted. As a result, Sureway was obliged to comply with this term, and that obligation was enforceable by the City. They conclude on that basis that it cannot be successfully argued that Sureway's bid with respect to Unit #1 is non-compliant. With respect, I disagree.

114 There is much merit to the contention that an owner should be entitled to take a submitted bid at face value. However, the tender documents must be carefully reviewed and considered in their totality. There was more than just the "1980 Caterpillar D8K" specification on the face of the tender. As it was required to do, Sureway provided the serial number and the City registration number for the bulldozer. The trial judge found that these specifications were readily verifiable — recall his finding that a check against records in the possession of the City and "filed with Danylak's area of supervision" (Danylak was the first City official to whom Necula spoke) "would have revealed that the year of manufacture of [Unit #1] was 1979" (para. 11). The City did not check its records.

115 The City argues, and my colleagues accept (in their reasons in respect of Unit #2), that these additional specifications were mere informalities that it was at liberty to waive. However, the City did not waive these requirements with respect to Unit #1 — to the contrary, they were provided by Sureway.

Les machines 1 et 2 devaient être des bouteurs Caterpillar de modèle 1980 ou plus récent (ou l'équivalent). Ce qui est donc contesté en l'espèce, c'est la soumission de Sureway pour ces deux machines.

3.1 *Soumission trompeuse de Sureway pour la machine 1*

Comme machine 1, Sureway a proposé un bouteur Caterpillar, indiquant 1980 comme année de fabrication alors qu'il s'agissait en fait d'une machine de 1979. Dans leurs motifs, les juges Abella et Rothstein ont souligné que Sureway s'était engagée dans sa soumission à fournir un Caterpillar D8K de 1980, et c'est ce que la Ville a accepté. Par conséquent, Sureway était tenue de se conformer à cet engagement, et la Ville pouvait en exiger le respect. C'est ainsi que les juges ont donc conclu que la soumission de Sureway pour la machine 1 ne pouvait pas être jugée non conforme. Soit dit en tout respect, je ne partage pas cet avis.

La prétention que le propriétaire devrait pouvoir se fier aux renseignements fournis dans la soumission est certainement fondée. Toutefois, il faut examiner et évaluer attentivement les documents de soumission dans leur totalité. La soumission proposait un « Caterpillar D8K de 1980 », mais elle comportait aussi d'autres renseignements. Comme il avait été exigé, Sureway a fourni à l'égard du bouteur le numéro de série et le numéro d'enregistrement délivré par la Ville. Le juge de première instance a conclu qu'il était facile de vérifier ces renseignements. Je rappelle sa conclusion que la vérification dans les dossiers de la Ville [TRADUCTION] « classés dans le service dirigé par M. Danylak » (le premier représentant de la Ville à qui M. Necula a parlé) « aurait révélé que l'année de fabrication [de la machine 1] était en fait 1979 » (par. 11). La Ville n'a pas vérifié dans ses dossiers.

La Ville a fait valoir, et mes collègues acceptent son argument (dans leurs motifs se rapportant à la machine 2), que ces renseignements complémentaires donnaient lieu à de simples vices de forme auxquels la Ville pouvait passer outre. Or, pour ce qui est de la machine 1, la Ville n'a pas levé

Rather, the City simply chose to ignore this part of the information on the face of the bid, even when urged by Necula to "have a look at the bid". Necula was not asking the City to rely on extrinsic information not available on the face of the tender documents. In effect, he was simply putting the City's nose to the face of the bid and asking that City officials read it attentively.

ces exigences; au contraire, les renseignements en cause ont été fournis par Sureway. La Ville a plutôt simplement choisi de ne pas tenir compte de ces éléments d'information fournis dans la soumission, même lorsque M. Necula lui a fortement recommandé de « la vérifier ». Celui-ci ne demandait pas à la Ville de se fonder sur des renseignements extrinsèques ne figurant pas dans les documents de soumission. En fait, il attirait simplement l'attention de la Ville sur les renseignements fournis dans la soumission et demandait aux représentants de la Ville de les lire attentivement.

In my view, given the circumstances of this case, it was not open to the City to ignore these specifications. The City's casual approach to Sureway's bid, particularly in light of the warning it received about the bid's likely non-compliance, was unfair to other bidders who provided accurate information in accordance with the tender specifications. The obligation to accept only a compliant bid would be meaningless if it did not include the duty to take reasonable steps to ensure that the bid is compliant. In my view, checking the equipment particulars — particulars which the City itself called for — against its own records was one such reasonable step the City was obliged to take in evaluating the bids for compliance. I agree with the trial judge's conclusion that, if there was such a duty, the City was negligent in failing to check its own records. Had it done so, it would have readily uncovered Sureway's deceit in respect of Unit #1.

116 À mon avis, vu les circonstances de l'espèce, il n'était pas loisible à la Ville d'écarter ces renseignements. En traitant de façon désinvolte la soumission de Sureway, surtout qu'elle avait été prévenue de sa non-conformité probable, la Ville n'a pas traité équitablement les autres soumissionnaires qui ont fourni des renseignements exacts suivant les exigences précisées dans l'appel d'offres. L'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme serait vide de sens si elle ne comportait pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer de la conformité de la soumission. À mon avis, la vérification des renseignements fournis au sujet des machines — qu'elle avait elle-même demandés — en les comparant aux données figurant dans ses propres dossiers constitue l'une de ces mesures raisonnables que la Ville avait l'obligation de prendre lors de l'évaluation de la conformité des soumissions. Je conviens avec le juge de première instance que la Ville, si elle avait une telle obligation, a fait preuve de négligence en ne vérifiant pas dans ses propres dossiers. Si elle l'avait fait, elle aurait rapidement découvert la tromperie de Sureway au sujet de la machine 1.

The City further takes the position, and my colleagues accept, that the requirement for equipment particulars was included solely to enable it to more conveniently access information about the equipment and proceed with registration *after* a bid was accepted. In my respectful view, the obligation to accept only a compliant bid requires that reasonable steps be taken to evaluate the bid for compliance *before* acceptance.

117 Par ailleurs, la Ville a soutenu, et mes collègues acceptent son argument, que la demande de détails sur les machines avait pour seul but de lui permettre de plus facilement avoir accès aux renseignements les concernant et procéder à l'enregistrement, *après* l'acceptation d'une soumission. Soit dit en tout respect, l'obligation de n'accepter qu'une soumission conforme suppose la prise de mesures raisonnables visant à vérifier la conformité *avant* l'acceptation.

118 A similar position is taken with respect to the City's right to inspect the equipment under Condition 9 of the Conditions of Tender. As Abella and Rothstein JJ. correctly note, Condition 9 is couched in terms of *cancelling* a purchase order. From this they conclude "that equipment bid would only be checked for compliance with the specifications *after* the contract was awarded" (para. 48). However, while I agree that Condition 9 gave the City a right to cancel the contract after it was awarded if it was discovered that the equipment bid was non-compliant, in my respectful view, this does not mean that the City had no obligation to take reasonable steps to ensure it was accepting only a compliant bid *prior* to acceptance. Indeed, the right to inspect and cancel reserved under Condition 9 is complementary to this obligation. The obligation to accept only a compliant bid requires that the City enter into a Contract B on terms contemplated in the tender call. The right to inspect and cancel for non-compliance, reserved to the City under Condition 9, further enabled the City to fulfill this obligation. In this case, had the City inspected the equipment, Sureway's deceit would have been discovered and, in order to fulfill its obligation to all Contract bidders, the City's only option would have been to cancel the purchase order. The City chose to do neither.

Une position semblable a été adoptée en ce qui concerne le droit d'inspection de la Ville prévu à la clause 9 des Conditions de l'appel d'offres. Comme l'ont souligné à juste titre les juges Abella et Rothstein, la clause 9 est libellée de manière à permettre l'*annulation* d'un bon de commande. Ils en déduisent que « c'est seulement *après* l'adjudication du contrat qu'on vérifie si le matériel proposé est conforme au cahier des charges » (par. 48). Je conviens que la clause 9 confère à la Ville le droit d'annuler le contrat après son adjudication en cas de non-conformité, mais j'estime, soit dit en tout respect, que cela ne signifie pas qu'elle n'avait pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour veiller à n'accepter qu'une soumission conforme *avant* l'acceptation. D'ailleurs, le droit d'inspection et d'annulation prévu à la clause 9 constitue un élément complémentaire de cette obligation. Parce qu'elle est tenue d'accepter uniquement une soumission conforme, la Ville doit conclure le contrat B aux conditions précisées dans l'appel d'offres. Le droit d'inspection et d'annulation en cas de non-conformité, prévu à la clause 9, lui permet aussi de s'acquitter de cette obligation. En l'espèce, si elle avait procédé à l'inspection, elle aurait découvert la tromperie de Sureway et, compte tenu de son obligation envers tous les soumissionnaires, elle n'aurait eu d'autre choix que d'annuler le bon de commande. Or, la Ville a choisi de ne pas agir ainsi.

119 Russell J.A. on behalf of the Court of Appeal expressed concern about imposing any "duty . . . to investigate" on the owner, stating:

> To impose a duty on owners to investigate whether a bidder will comply with the terms of its bid would overwhelm and ultimately frustrate the tender process by creating unwelcome uncertainties.
>
> ((2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 2005 ABCA 104, at para. 36)

Au nom de la Cour d'appel, le juge Russell a exprimé des réserves pour ce qui est d'imposer aux propriétaires « l'obligation de vérifier » :

> [TRADUCTION] Imposer aux propriétaires l'obligation de vérifier si les soumissionnaires respecteront les modalités de leurs soumissions aurait pour effet de gêner le bon fonctionnement du mécanisme d'appel d'offres et d'y faire obstacle finalement en créant des incertitudes fâcheuses.
>
> ((2005), 41 Alta. L.R. (4th) 205, 2005 ABCA 104, par. 36)

Abella and Rothstein JJ. agree with this observation, and I acknowledge that an owner does not have to launch an investigation to satisfy itself that a bidder *will in fact* do what it undertakes to do. Nor

Les juges Abella et Rothstein ont souscrit à cette observation, et je reconnais que le propriétaire n'est pas tenu de procéder à une vérification pour se convaincre que le soumissionnaire *respectera*

do I claim that an owner has a duty, in its evaluation of the bids, to search for additional information or to take action beyond that which it is empowered to take pursuant to the tender documents themselves. But this does not mean that the owner does not have an obligation to take reasonable steps to evaluate the terms of the bid to ensure that they conform with the tender call. Given the central importance of the nature of the equipment bid in this case, it is not surprising that the City specifically required that bidders provide details about the equipment bid that included not only the year of manufacture but also the serial number and city registration licence number. Since serial numbers and registration numbers can hardly be meaningful in and of themselves, an objective observer could only conclude that these specifications were intended to permit verification. It is also not surprising that the City reserved itself a right of inspection. These terms and conditions enabled the City to assure itself that the bid was compliant. By failing to take these reasonable steps to evaluate Sureway's bid for Unit #1, the City breached its obligation to Double N under Contract A.

3.2 *Sureway's Ambiguous Bid for Unit #2*

In its bid for Unit #2, Sureway specified a "1977 or 1980 Rental Unit". As stated earlier, the cost per hour accorded with a 1980 machine but the registration and serial numbers corresponded to the 1977 machine. Therefore, on its face, Sureway's bid offered to supply a particular 1977 Caterpillar D8K *or* an unidentified 1980 Caterpillar D8K rental unit. It can hardly be said that this bid was compliant with the City's request. The City asked only for apples, and Sureway responded by saying that it would provide the City with oranges *or* with apples. At best, the bid was ambiguous. Since the ambiguity related to an essential term of the contract, this ambiguity cannot be said to be a mere irregularity.

Double N also argues that the addition of the words "or 1980 Rental Unit" amounted to a mere

effectivement ses engagements. Je ne crois pas non plus que le propriétaire ait l'obligation, lors de l'évaluation des soumissions, d'obtenir des renseignements supplémentaires ou de prendre des mesures autres que celles prévues dans les documents d'appel d'offres. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'a pas l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour évaluer la conformité de la soumission avec l'appel d'offres. Vu l'importance primordiale du type de machines dont il est question en l'espèce, il n'est pas étonnant que la Ville ait demandé expressément aux soumissionnaires de fournir des détails sur les machines proposées, entre autres, non seulement l'année de fabrication, mais aussi le numéro de série et le numéro d'enregistrement. Étant donné que ces numéros n'ont pour ainsi dire pas de valeur en soi, un observateur objectif peut uniquement en conclure que ces précisions devaient être utilisées à des fins de vérification. Il n'est pas non plus étonnant que la Ville se soit réservé le droit d'inspection. Ces conditions permettaient à la Ville de vérifier la conformité de la soumission. En ne prenant pas ces mesures raisonnables pour évaluer la soumission de Sureway pour la machine 1, la Ville a manqué à son obligation envers Double N au titre du contrat A.

3.2 *Soumission ambiguë de Sureway pour la machine 2*

120 Comme machine 2, Sureway a proposé une machine de « 1977 ou machine de location de 1980 ». Comme il a déjà été mentionné, le tarif horaire correspondait au tarif pour une machine de 1980, mais les numéros de série et d'enregistrement correspondaient à ceux d'une machine de 1977. Ainsi, dans sa soumission, Sureway proposait de fournir un Caterpillar D8K de 1977 *ou* une machine de location Caterpillar D8K de 1980. On peut difficilement affirmer que cette soumission est conforme aux exigences de la Ville. Celle-ci a uniquement demandé des pommes, mais Sureway a proposé de lui fournir des oranges *ou* des pommes. La soumission était pour le moins ambiguë. Comme elle avait trait à un élément essentiel du contrat, l'ambiguïté ne pouvait être considérée comme un simple vice de forme.

121 Double N soutient en outre que l'adjonction du terme « ou machine de location de 1980 » équivaut à

promise to comply and did not constitute a bid: see *Graham Industrial Services*, at para. 35. Abella and Rothstein JJ. reject this argument on the grounds that this is simply "in the nature of the bidding process; it represents a commitment to comply with what is bid" (para. 42). With respect, I disagree. Even if it were open to bidders to offer equipment not currently in their possession, there is a distinction between a bid that provides details of arrangements made to lease or acquire compliant equipment and a bid that provides nothing more than a bald assertion that it will comply. The absence of any information about the proposed 1980 rental unit concerned a material condition of the tender, and was not a mere informality which the City had the right to waive.

une simple promesse de se conformer aux exigences et non à une soumission : voir *Graham Industrial Services*, par. 35. Les juges Abella et Rothstein rejettent cet argument au motif que c'est simplement « la nature même de l'appel d'offres; il s'agit de l'engagement de se conformer aux modalités de la soumission » (par. 42). Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur avis. Même si les soumissionnaires pouvaient proposer des machines qu'ils n'ont pas encore en leur possession, il y a une distinction à faire entre le soumissionnaire qui donne dans sa soumission les détails des dispositions qu'il a prises pour louer ou acheter les machines dont il a besoin pour se conformer aux exigences et le soumissionnaire qui déclare tout simplement dans sa soumission qu'il se conformera aux exigences. L'absence de tout renseignement sur la machine de location de 1980 touche à une condition essentielle de l'appel d'offres; il ne s'agissait pas d'un simple vice de forme auquel la Ville pouvait passer outre.

122 The City argues, and my colleagues agree, that the City's Purchase Order constituted "the City's acceptance of the 1980 rental unit offered in Item 2 of Sureway's bid" (para. 43). This is because the Purchase Order explicitly stipulated that "[a]ll conditions of the tender specifications dated June 09, 1986 will apply." The City relies on its right to insist on compliance in support of its contention that it fulfilled its duty to accept only a compliant bid in respect of the rental unit. It is argued that the integrity of the tendering process is protected by putting the risk of having to comply with any misrepresentation on the deceptive bidder. I am unable to accept this position.

La Ville a fait valoir, et mes collègues acceptent son argument, que le bon de commande constituait « l'acceptation par la Ville de la machine de location de 1980 que Sureway a proposée comme machine 2 dans sa soumission » (par. 43), parce qu'il y précisait : [TRADUCTION] « Toutes les conditions du cahier des charges de l'appel d'offres du 9 juin 1986 s'appliquent. » La Ville invoque son droit d'exiger le respect des conditions à l'appui de son assertion que, pour la machine de location, elle s'est acquittée de son obligation d'accepter uniquement une soumission conforme. On soutient que l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres est préservée du fait que le soumissionnaire qui a fait les déclarations trompeuses est exposé au risque d'avoir à s'y conformer. Je ne puis accepter une telle position.

123 The right to insist on compliance cannot turn what is on its face a non-compliant bid into a compliant one. Furthermore, I fail to see how the integrity of the bidding process is protected by allowing a bidder to get rid of the competition unfairly and then hash it out with the owner after it has been awarded the contract. Approaching the tendering process in this manner encourages precisely the sort of duplicity seen in the present appeal. A

Le droit d'exiger le respect des conditions ne peut transformer une soumission à première vue non conforme en soumission conforme. En outre, je ne vois pas comment on préserve l'intégrité de l'appel d'offres en permettant à un soumissionnaire de se débarrasser de manière déloyale de ses concurrents puis de discuter point par point avec le propriétaire après avoir obtenu le contrat. Cette façon de voir l'appel d'offres encourage précisément le genre de

bidder can submit a bid that is either ambiguous or deliberately misleading but compliant on its face in some respects, secure in the knowledge that if it is awarded Contract B, it will be in a strong position to renegotiate essential terms of the contract. And an owner can reason that it may be best not to resolve any ambiguity before awarding Contract B, since at that time all Contract A obligations towards other bidders will terminate and it can then enter into renegotiations with the successful bidder without fear of liability. This approach is not consistent with a fair and open process.

duplicité que nous voyons en l'espèce. En effet, un soumissionnaire peut présenter une soumission soit ambiguë, soit délibérément trompeuse, mais à première vue conforme à certains égards, sachant que, s'il obtient le contrat B, il sera bien placé pour en renégocier des conditions essentielles. Quant au propriétaire, il peut juger préférable de ne pas régler une ambiguïté avant d'adjuger le contrat B puisqu'il sera alors libéré de toutes ses obligations au titre du contrat A envers les autres soumissionnaires et pourra entamer de nouvelles négociations avec le soumissionnaire retenu sans crainte de poursuites. Cette façon de procéder ne cadre pas avec un mécanisme équitable et transparent.

Moreover, when push came to shove, the City *did not* insist on compliance. Instead, the City acquiesced to Sureway's demands and decided to let the matter "lie peacefully". If what turned Sureway's *prima facie* non-compliant bid into a compliant one was the City's right to insist on compliance, then the City was duty-bound to do precisely that. In my respectful view, when it failed to insist on compliance with this essential term of the tender, the City breached its duty under Contract A to treat all bidders fairly and equally. The City cannot escape this fundamental obligation by postponing the fulfilment of its duty under Contract A to a time after Contract B has been entered into and then argue that Contract A is at an end.

124 Par ailleurs, quand la situation s'est corsée, la Ville *n'a pas* exigé le respect des conditions. En fait, elle a accédé aux demandes de Sureway et a décidé de [TRADUCTION] « laisser dormir la question ». Si ce qui transforme la soumission à première vue non conforme de Sureway en soumission conforme est le droit de la Ville d'exiger le respect des conditions, alors celle-ci avait l'obligation de précisément exercer ce droit. J'estime, en toute déférence, que la Ville, en n'exigeant pas le respect de cette condition essentielle de l'appel d'offres, a manqué à son obligation au titre du contrat A de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Elle ne peut échapper à cette obligation fondamentale en choisissant de s'acquitter de son obligation au titre du contrat A seulement après avoir formé le contrat B, puis de soutenir que le contrat A a pris fin.

To hold the owner to the material terms of its tender call in awarding Contract B is a corollary to the duty to accept only a compliant bid and is necessary to ensure fairness throughout the process. A variation from the essential requirements of the tender call at the time of awarding Contract B is unfair to the other bidders who could have benefited from such variation earlier on in the process. This obligation does not mean that the parties have no freedom to negotiate on informal or non-material requirements at the time they enter into Contract B. Since variations of non-material terms could not have the effect of turning a non-compliant bid into a compliant one, other bidders would have no

125 L'obligation du propriétaire de s'attacher aux conditions essentielles de son appel d'offres lors de la formation du contrat B est le corollaire de l'obligation d'accepter uniquement une soumission conforme et est nécessaire pour assurer l'équité à toutes les étapes du mécanisme. Toute modification des conditions essentielles de l'appel d'offres au moment de l'adjudication du contrat B est inéquitable à l'égard des autres soumissionnaires, qui auraient pu en bénéficier au début. Cette obligation ne signifie pas que les parties ne disposent pas d'une certaine marge de manœuvre pour négocier des exigences non essentielles au moment de la formation du contrat B. Étant donné

cause for complaint if such variations were made. Likewise, the parties are at liberty to amend the terms of Contract B after it has been entered into to address circumstances that may arise during the course of its performance. Since any of the bidders could be faced with changing circumstances that require an amendment to the contract, there could be no allegation of unfairness. However, where, as here, the City failed to take reasonable steps to evaluate the terms of the bid to ensure compliance, its waiver of the essential age requirement effectively turned a non-compliant bid into a compliant one and cannot be condoned.

126 For these reasons, I am of the view that the City breached its obligations to Double N to accept only a compliant bid and to treat all bidders fairly and equally. In light of this conclusion, I do not find it necessary to deal with Double N's contention that the City improperly engaged in bid shopping.

4. Damages

127 I adopt the trial judge's reasons with respect to damages. I accept that had Sureway's bid been disqualified as being non-compliant, Double N, as the lowest evaluated bidder, would have been awarded Contract B. For the purposes of ascertaining damages, I accept the trial judge's finding that Double N should be entitled to damages for loss of the profits of the contract based on an initial rate of $88 an hour for Units #1 and #2 and $112.50 an hour for Unit #3. I see no reason to disagree with his evaluation of the contingency that the City would have rejected all tenders and gone to new tenders at 25 percent.

128 In accordance with the determination of the trial judge, I would therefore award Double N damages

que la modification de conditions non essentielles ne pourrait avoir pour effet de transformer une soumission non conforme en soumission conforme, les autres soumissionnaires n'auraient aucun motif de se plaindre en cas de modification. De même, les parties sont libres de modifier les conditions du contrat B si les circonstances l'exigent pendant l'exécution du contrat. Comme n'importe lequel des soumissionnaires pourrait se retrouver dans une situation où il doit apporter des modifications au contrat, il ne pourrait y avoir allégation d'injustice. Mais lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la Ville n'a pas pris de mesures raisonnables pour vérifier la conformité de la soumission, sa levée de la condition essentielle relative à l'année de fabrication transforme effectivement une soumission non conforme en soumission conforme et ne saurait être justifiée.

Pour ces motifs, j'estime que la Ville a manqué à ses obligations envers Double N d'accepter uniquement une soumission conforme et de traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité. Vu cette conclusion, je ne juge pas nécessaire d'examiner la prétention de Double N que la Ville s'est indûment livrée au marchandage de soumissions.

4. Dommages-intérêts

Je fais miens les motifs du juge de première instance pour ce qui est des dommages-intérêts. J'estime que, si la soumission de Sureway avait été écartée pour non-conformité, Double N, prochain soumissionnaire jugé le moins-disant, aurait obtenu le contrat B. En ce qui concerne le montant des dommages-intérêts, j'accepte la conclusion du juge de première instance, que Double N devrait avoir droit à des dommages-intérêts équivalant aux profits qu'elle aurait réalisés si le contrat lui avait été adjugé, au tarif horaire initial de 88 $ pour les machines 1 et 2 et au tarif de 112,50 $ pour la machine 3. Je ne vois aucune raison de ne pas accepter son évaluation de la probabilité, qu'il estime à 25 p. 100, que la Ville rejette toutes les soumissions et lance un nouvel appel d'offres.

Comme le juge de première instance, je suis donc d'avis d'accorder à Double N des

equal to 75 percent of the lost profits of the contract, with costs throughout.

5. Third Party Liability

As the trial judge rightly concluded, the only way for the City to be liable to Double N "is if the year of manufacturing of the machine was so essential an element that to award the contract to Sureway for a 1979 [and/or 1977] machine would be a breach of a fundamental duty of fairness in the bidding process by the City" (para. 85). As he also remarked, if the City were found to have acted negligently in accepting Sureway's tender for a 1979 or 1977 machine, he would have concluded that "the cause of the breach of the City's duty to act fairly vis-à-vis Double N was the result of the deliberate attempt by Sureway to induce the City to accept a tender which arguably was for a 1979 [and/or 1977] machine" (para. 86). He would then have found Sureway liable to reimburse the City for two-thirds of the damages together with costs.

On the question of third party liability, I agree with the framework proposed by the trial judge. Because I am of the view that the City did breach its obligations under its Contract A with Double N and that Sureway's actions were instrumental in bringing about this result, I would find Sureway liable to reimburse the City for two-thirds of the damages together with costs.

6. Conclusion

I would therefore allow the appeal, set aside the judgments below and give judgment in the main action and the third party claim in accordance with these reasons.

Appeal dismissed, McLachlin C.J. *and* Bastarache, Binnie *and* Charron JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: I. Samuel Kravinchuk, Edmonton.

dommages-intérêts équivalant à 75 p. 100 des profits non réalisés au titre du contrat, avec dépens devant toutes les cours.

5. Responsabilité du tiers mis en cause

129 Le juge de première instance a conclu à bon droit que la Ville ne pouvait être tenue redevable envers Double N que [TRADUCTION] « si l'année de fabrication est une condition à ce point essentielle que l'adjudication du contrat à Sureway pour une machine de 1979 [ou de 1977] constituerait de la part de la Ville un manquement à l'obligation fondamentale d'équité inhérente à l'appel d'offres » (par. 85). Le juge a aussi souligné que, s'il avait jugé que la Ville avait fait preuve de négligence en acceptant la soumission de Sureway pour une machine de 1979 ou de 1977, il aurait conclu que [TRADUCTION] « la Ville a manqué à son obligation de traiter Double N de manière équitable en raison de la tentative délibérée de Sureway d'amener la Ville à accepter une soumission portant sans doute sur une machine de 1979 [ou de 1977] » (par. 86). Il aurait ensuite condamné Sureway à verser à la Ville une somme équivalant aux deux tiers des dommages-intérêts avec dépens.

130 Quant à la question du tiers mis en cause, j'adopte le cadre proposé par le juge de première instance. Comme j'estime que la Ville a manqué à ses obligations au titre du contrat A envers Double N et que les agissements de Sureway ont largement contribué à ce résultat, je suis d'avis de condamner Sureway à verser à la Ville une somme équivalant aux deux tiers des dommages-intérêts avec dépens.

6. Conclusion

131 Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les jugements des instances inférieures et, dans l'action principale et la demande de mise en cause, de rendre jugement conformément aux présents motifs.

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin *et les juges* Bastarache, Binnie *et* Charron *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : I. Samuel Kravinchuk, Edmonton.

Solicitor for the respondent the City of Edmonton: City of Edmonton, Alberta.

Solicitors for the respondent Sureway Construction of Alberta Ltd.: Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

Procureur de l'intimée la Ville d'Edmonton : Ville d'Edmonton, Alberta.

Procureurs de l'intimée Sureway Construction of Alberta Ltd. : Fraser Milner Casgrain, Edmonton.

McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) *Appellant*

v.

Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal *Respondent*

and

Jean Sexton, in his capacity as grievance arbitrator *Respondent*

and

Ontario Network of Injured Workers Groups *Intervener*

INDEXED AS: MCGILL UNIVERSITY HEALTH CENTRE (MONTREAL GENERAL HOSPITAL) *v.* SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL

Neutral citation: 2007 SCC 4.

File No.: 30941.

2006: April 12; 2007: January 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Human rights — Right to equality — Duty to accommodate — Role of collective agreement in assessment of employer's duty to accommodate.

Labour relations — Collective agreement — Clause regarding loss of employment in event of extended absence — Employer's duty to accommodate — Employee unable to return to work after three-year absence owing to health problems — Clause of collective agreement providing that employee to lose job after three-year absence by reason of illness — Whether arbitrator may, in assessing employer's duty to accommodate, consider period provided for in collective agreement.

Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) *Appelant*

c.

Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal *Intimé*

et

Jean Sexton, ès qualités d'arbitre de griefs *Intimé*

et

Ontario Network of Injured Workers Groups *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : CENTRE UNIVERSITAIRE DE SANTÉ MCGILL (HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL) *c.* SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL

Référence neutre : 2007 CSC 4.

N° du greffe : 30941.

2006 : 12 avril; 2007 : 26 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droits de la personne — Droit à l'égalité — Obligation d'accommodement — Rôle d'une convention collective dans l'évaluation de l'obligation d'accommodement d'un employeur.

Relations de travail — Convention collective — Clause de perte d'emploi pour absence prolongée — Obligation d'accommodement d'un employeur — Employée incapable de retourner au travail après une absence de trois ans en raison de problèmes de santé — Clause de la convention collective prévoyant qu'un salarié perd son emploi après trois ans d'absence pour cause de maladie — Dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement de l'employeur, l'arbitre peut-il considérer la période prévue par la convention collective?

In March 2000, B took a leave of absence from her job at a hospital on account of health problems. For more than two years, following her doctor's orders, she tried unsuccessfully to return to work. After the expiry of a period of rehabilitation that was provided for in the collective agreement and had been extended by the employer, B was to return to full-time work in September 2002, but she had an automobile accident. In March 2003, the hospital, citing B's prolonged absence, notified her that her employment relationship would be terminated on April 3, 2003. The union filed a grievance in which it contested the decision and asked the hospital to negotiate a reasonable accommodation with B. The arbitrator dismissed the grievance. He noted that the hospital had already accommodated B by granting her rehabilitation periods more generous than were provided for in the collective agreement, and that B was still unfit for work at the end of the three-year period provided for in the agreement. The Superior Court dismissed the union's application for judicial review. The Court of Appeal reversed that decision and remitted the case to the arbitrator to assess the accommodation issue on an individualized basis and, if applicable, rule on the appropriate compensation.

Held: The appeal should be allowed.

Per Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: The parties to a collective agreement have a right to negotiate, in good faith, clauses to ensure the attendance of employees and to ensure that they do their work. A clause of an agreement that provides for termination of the employment relationship should an employee be absent longer than a specified period of time is clearly aimed at ill or disabled employees and, considered from the perspective of the duty to accommodate, is among the measures implemented in the enterprise to accommodate them. However, although the period negotiated by the parties is a factor to consider when assessing the duty to accommodate, it does not definitively determine the specific accommodation measure to which an employee is entitled, since each case must be evaluated on the basis of its particular circumstances. The right to equality is a fundamental right, and the parties to a collective agreement cannot agree to a level of protection that is lower than the one to which employees are entitled under human rights legislation. In light of the individualized nature of the accommodation process, the parties cannot definitively establish the length of the period in advance. Finally, undue hardship resulting from the employee's absence must be assessed globally starting from the beginning of the absence, not from the expiry of the period provided for in the collective agreement. [18-20] [33]

En mars 2000, B s'absente de son travail dans un centre hospitalier en raison de problèmes de santé. Pendant plus de deux ans, suivant les instructions de son médecin, elle tente, sans succès, de retourner au travail. Après l'expiration d'une période de réadaptation prévue à la convention collective et prolongée par l'employeur, B doit retourner au travail à temps complet en septembre 2002, mais elle subit un accident d'automobile. En mars 2003, le centre, invoquant l'absence prolongée de B, avise celle-ci que son lien d'emploi sera rompu le 3 avril 2003. Le syndicat dépose un grief dans lequel il conteste la décision et demande au centre d'en arriver à un accommodement raisonnable avec B. L'arbitre rejette le grief. Il note que le centre a déjà accommodé B en accordant des périodes de réadaptation plus généreuses que ce que prévoit la convention collective et que B est toujours inapte à travailler à la fin du terme de trois ans prévu à la convention collective. La Cour supérieure rejette la requête du syndicat en révision judiciaire. La Cour d'appel infirme cette décision et retourne le dossier à l'arbitre pour qu'il fasse un examen individualisé de l'accommodement et, le cas échéant, se prononce sur la réparation appropriée.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Les parties à une convention collective ont le droit de négocier, de bonne foi, des clauses assurant la présence des employés et la prestation de leurs services. Une clause d'une convention qui prévoit la rupture du lien d'emploi en cas d'absence se prolongeant au-delà d'une période déterminée vise nettement les employés malades ou handicapés et, vue sous l'angle de l'obligation d'accommodement, fait partie des mesures mises en place dans l'entreprise pour les accommoder. Toutefois, bien que la période négociée par les parties soit un élément pertinent dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement, cette période ne détermine pas de façon définitive la mesure d'accommodement particulière à laquelle un employé a droit, car chaque cas doit être évalué selon les circonstances qui lui sont propres. Le droit à l'égalité est un droit fondamental et les parties à une convention collective ne peuvent convenir d'une protection moindre que celle reconnue par la législation sur les droits de la personne. Elles ne peuvent, de façon définitive, fixer une période déterminée à l'avance compte tenu du caractère individualisé du processus d'accommodement. Enfin, la contrainte excessive résultant de l'absence de l'employé doit s'évaluer globalement à compter du moment où l'employé s'absente et non à l'expiration de la période prévue par la convention collective. [18-20] [33]

In the instant case, the arbitrator was aware of the scope of the employer's duty to accommodate. He took the clause of the collective agreement into account but did not merely apply it automatically. He considered all the events leading up to the termination of the employment relationship, together with the accommodation measures granted by the hospital in agreeing to rehabilitation periods longer than those provided for in the collective agreement. He also considered B's state of health and the absence of evidence that she would be able to return to work in the foreseeable future. The arbitrator therefore correctly concluded that the employer could not continue to employ someone who had been declared to be disabled for an indeterminate period. If in B's view the accommodation provided for in the collective agreement was insufficient, and if she felt that she would be able to return to work within a reasonable period of time, she had to provide the arbitrator with evidence on the basis of which he could find in her favour. [34-38]

Per McLachlin C.J. and Bastarache and Abella JJ.: Automatic termination clauses in a collective agreement are not presumptively discriminatory. To accept that such clauses automatically represent *prima facie* discrimination would render all time-limited legislated employment protections for absences due, for example, to illness, disability, or pregnancy, presumptively vulnerable no matter how reasonable the protections may be in terms of their length, and would remove the incentive to negotiate mutually acceptable absences. [54-55]

Here, B did not claim that the automatic termination clause of the collective agreement was discriminatory. Both the arbitrator and the Superior Court judge found no discrimination in the employer's refusal to continue to employ someone who, after three years of absence due to illness, was still deemed incapable of returning to work by her own doctor. Absent a finding of *prima facie* discrimination, the employer is not required to justify the clause or its conduct. [41-42] [64]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; **referred to:** *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525;

Dans la présente affaire, l'arbitre était conscient de l'étendue de l'obligation d'accommodement de l'employeur. Il a pris en compte la clause de la convention collective mais il ne s'est pas limité à l'appliquer de façon automatique. Il a pris en considération l'ensemble des événements ayant mené à la rupture du lien d'emploi ainsi que les mesures d'accommodement accordées par le centre en consentant à des périodes de réadaptation plus longues que celles prévues par la convention collective. Il a également considéré l'état de santé de B et l'absence de preuve de la capacité de celle-ci de reprendre le travail dans un avenir prévisible. L'arbitre a donc eu raison de conclure que l'employeur ne pouvait garder à son service une employée déclarée invalide pour une période indéterminée. Si l'accommodement prévu par la convention collective lui paraissait insuffisant et qu'elle estimait être en mesure de reprendre le travail dans un délai raisonnable, B devait fournir à l'arbitre les éléments permettant à celui-ci de conclure en sa faveur. [34-38]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache et Abella : On ne peut pas présumer que les clauses d'une convention collective qui prévoient la cessation automatique de l'emploi sont discriminatoires. Accepter que ces clauses constituent automatiquement de la discrimination à première vue permettrait de présumer que, peu importe que leur durée soit raisonnable ou non, toutes les protections temporaires de l'emploi établies par voie législative pour les absences dues, par exemple, à une maladie, à une déficience ou à une grossesse sont vulnérables, en plus d'avoir pour effet de dissuader de négocier des absences mutuellement acceptables. [54-55]

En l'espèce, B n'a pas prétendu que la clause de la convention collective prévoyant la cessation automatique était discriminatoire. L'arbitre et la juge de la Cour supérieure ont tous les deux conclu que l'employeur n'avait pas fait preuve de discrimination en refusant de continuer à employer une personne qui, après trois années d'absence pour cause de maladie, était encore jugée incapable de retourner au travail par son propre médecin. En l'absence d'une conclusion à l'existence de discrimination à première vue, l'employeur n'a pas à justifier la clause ou son comportement. [41-42] [64]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts appliqués : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; **arrêts mentionnés :** *Commission*

Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission), [1990] 2 S.C.R. 489; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *Québec (Procureur général) v. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311; *Maple Leaf Meats Inc. v. United Food and Commercial Workers' International Union, Locals 175 and 633* (2001), 149 O.A.C. 295; *Memorial Hospital, Bowmanville and O.N.A., Re* (1993), 35 L.A.C. (4th) 401.

By Abella J.

Applied: *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; **referred to:** *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting labour standards, R.S.Q., c. N-1.1, s. 79.1.
Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 239.
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 20.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2, s. 44.021.
Labour Standards Act, R.S.N.L. 1990, c. L-2, s. 43.11.
Labour Standards Act, R.S.S. 1978, c. L-1, s. 44.2.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rousseau-Houle, Nuss and Pelletier JJ.A.), [2005] R.J.D.T. 693, [2005] Q.J. No. 1724 (QL), 2005 QCCA 277, setting aside a decision of Poulin J., [2004] Q.J. No. 7555 (QL), dismissing an application for judicial review of an arbitral award. Appeal allowed.

Jacques A. Laurin and *Marie-France Major*, for the appellant.

scolaire régionale de Chambly c. Bergevin, [1994] 2 R.C.S. 525; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *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; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311; *Maple Leaf Meats Inc. c. United Food and Commercial Workers' International Union, Locals 175 and 633* (2001), 149 O.A.C. 295; *Memorial Hospital, Bowmanville and O.N.A., Re* (1993), 35 L.A.C. (4th) 401.

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; **arrêts mentionnés :** *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; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 20.
Code canadien du travail, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 239.
Labour Standards Act, R.S.N.L. 1990, ch. L-2, art. 43.11.
Labour Standards Act, R.S.S. 1978, ch. L-1, art. 44.2.
Loi sur les normes d'emploi, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, art. 44.021.
Loi sur les normes du travail, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 79.1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rousseau-Houle, Nuss et Pelletier), [2005] R.J.D.T. 693, [2005] J.Q. nº 1724 (QL), 2005 QCCA 277, qui a infirmé une décision de la juge Poulin, [2004] J.Q. nº 7555 (QL), qui avait rejeté une requête en révision judiciaire d'une sentence arbitrale. Pourvoi accueilli.

Jacques A. Laurin et *Marie-France Major*, pour l'appelant.

Lise Lanno, Gérard Notebaert and *Catherine Sauvé*, for the respondent union.

Lesli Bisgould, Roberto Lattanzio and *Katherine Haist*, for the intervener.

English version of the judgment of Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ. delivered by

DESCHAMPS J. — This appeal concerns the interaction between labour law and the right of a person to be absent from work owing to an illness or disability. More specifically, what is in issue is the role of a collective agreement in the assessment of an employer's duty to accommodate an employee who is absent for an indeterminate period owing to personal health problems. For the reasons that follow, I find that the collective agreement plays an important role in determining the scope of the employer's duty to accommodate and that, in the case at bar, the three-year period provided for in the collective agreement represents a reasonable accommodation.

I. Facts and Judicial History

On March 24, 2000, on account of a nervous breakdown, Alice Brady took a leave of absence from her job as a medical secretary for the appellant, McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) ("Hospital"), a position she had held since 1985. Between June 26, 2000 and February 28, 2001, on her doctor's orders, she attempted a gradual return to work. Her workload was accordingly reduced to three days a week. No other less demanding work was available. Since the collective agreement in force provided for a maximum period of six months for rehabilitation and no progress had been noted in an evaluation dated February 28, 2001, the Hospital notified Ms. Brady that she would have to stay home until she was able to work full time. On March 14, the rehabilitation period was extended until September 17, 2001 following negotiations with the respondent Syndicat des employés de l'Hôpital Général de Montréal ("Union"), which represented Ms. Brady.

Lise Lanno, Gérard Notebaert et *Catherine Sauvé*, pour le syndicat intimé.

Lesli Bisgould, Roberto Lattanzio et *Katherine Haist*, pour l'intervenant.

Le jugement des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein a été rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Le pourvoi porte sur l'interaction entre le droit du travail et le droit d'une personne de s'absenter de son travail en raison de sa maladie ou de son handicap. Plus précisément, la question qui se pose concerne le rôle de la convention collective dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement de l'employeur envers une employée absente pour une période indéterminée en raison de problèmes personnels de santé. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la convention collective joue un rôle important dans la détermination de l'étendue de l'obligation d'accommodement de l'employeur et que, en l'espèce, le délai de trois ans prévu par la convention collective constitue une mesure d'accommodement raisonnable. 1

I. Exposé des faits et historique judiciaire

Le 24 mars 2000, en raison d'une dépression nerveuse, M^me^ Alice Brady s'absente du poste de secrétaire médicale qu'elle occupe depuis 1985 chez l'appelant, le Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) (« Hôpital »). Du 26 juin 2000 au 28 février 2001, sur les instructions de son médecin, elle tente de retourner progressivement au travail. Sa tâche est alors réduite à trois jours semaine. Aucun autre poste moins exigeant n'est disponible. Comme la convention collective en vigueur prévoit un délai maximal de réadaptation de six mois et qu'aucun progrès n'est constaté lors d'une évaluation faite le 28 février 2001, l'Hôpital informe M^me^ Brady qu'elle doit rester à la maison jusqu'à ce qu'elle soit capable de travailler à temps plein. Le 14 mars, la période de réadaptation est prolongée jusqu'au 17 septembre 2001 à la suite de négociations avec l'intimé, le Syndicat des employés de l'Hôpital Général de Montréal (« Syndicat »), qui représente M^me^ Brady. Le 14 2

On September 14, her return to full-time work was postponed to October 21, 2001, and it was subsequently postponed again to November 23, 2001. However, on November 1, 2001, Ms. Brady's supervisor asked her to go home because she was disorganized and behaving inappropriately. Her supervisor suggested that she see her doctor. The doctor recommended that a new gradual return to work be attempted beginning March 11, 2002, but the Hospital, relying on the lack of progress observed during the previous rehabilitation periods, rejected this recommendation. A return to full-time work was accordingly scheduled for September 2002, but Ms. Brady had an automobile accident on July 28, 2002.

3 The collective agreement provided that rehabilitation periods did not interrupt the disability period. On March 12, 2003, the Hospital notified Ms. Brady that her employment would be terminated on April 3, 2003. It cited her prolonged absence as the reason for its decision. The Union filed a grievance in which it contested the decision of March 12, 2003 and asked the Hospital to negotiate a reasonable accommodation with Ms. Brady.

4 On November 5, 2003, the final day of the grievance hearing, Ms. Brady was still receiving total disability benefits from the Société de l'assurance automobile du Québec and was waiting for a shoulder operation. According to the medical reports in the record, the date of her return to work was undetermined.

5 The arbitrator dismissed the grievance (SOQUIJ AZ-50227506). He found a number of clauses in the collective agreement to be relevant, including one concerning the protection of employees from discrimination and another providing for loss of employment in the event of an absence owing to illness. The clauses quoted by the arbitrator are reproduced in the appendix to these reasons. The arbitrator pointed out that the Hospital had already accommodated Ms. Brady by granting her rehabilitation periods more generous than those provided for in the collective agreement, and that Ms. Brady was still unfit for work at the end of the three-year period provided for in the agreement.

septembre, le retour à temps complet est reporté une première fois au 21 octobre 2001, puis, une seconde fois, au 23 novembre 2001. Cependant, le 1er novembre 2001, la supérieure de Mme Brady lui demande de retourner à la maison, parce qu'elle est désorganisée et qu'elle a un comportement inapproprié. Sa supérieure lui suggère de consulter son médecin. Finalement, le médecin recommande qu'un nouveau retour progressif soit tenté le 11 mars 2002, mais, compte tenu l'absence de progrès constatée pendant les périodes de réadaptation antérieures, l'hôpital rejette cette recommandation. Le retour à temps complet est alors fixé à septembre 2002, mais Mme Brady subit un accident d'automobile le 28 juillet 2002.

La convention collective précise que les périodes de réadaptation n'ont pas pour effet d'interrompre la période d'invalidité. Le 12 mars 2003, l'Hôpital avise Mme Brady qu'il sera mis fin à son emploi le 3 avril 2003. L'Hôpital invoque l'absence prolongée de cette dernière. Le Syndicat dépose un grief dans lequel il conteste la décision du 12 mars 2003 et demande à l'Hôpital de convenir d'un accommodement raisonnable avec Mme Brady.

Le 5 novembre 2003, dernier jour de l'audition du grief, Mme Brady reçoit encore des prestations d'invalidité totale de la Société de l'assurance automobile du Québec et attend une opération à l'épaule. Les rapports médicaux versés au dossier indiquent que la date de retour au travail est indéterminée.

L'arbitre rejette le grief (SOQUIJ AZ-50227506). Il juge pertinentes plusieurs clauses de la convention collective, notamment celle concernant la protection des employés contre la discrimination et celle prévoyant la perte de l'emploi en cas d'absence pour cause de maladie. Les clauses citées par l'arbitre sont reproduites en annexe. L'arbitre souligne que l'Hôpital a déjà accommodé Mme Brady en lui accordant des périodes de réadaptation plus généreuses que celles prévues par la convention collective et que Mme Brady est encore inapte au terme de la période de trois ans prévue par la convention. Il estime que les faits postérieurs à la fin de l'emploi sont pertinents, puisqu'il « s'agit certes de faits

He considered the facts subsequent to the termination of the employment to be relevant, since they were [TRANSLATION] "clearly interrelated facts on a continuum, with Ms. Brady still being, as of the final hearing day, totally [incapable] of performing the usual duties of her position or of any other comparable position for medical reasons" (p. 17). In the arbitrator's view, "it is difficult to imagine an . . . additional duty to accommodate an employee whose attending physician considers her to be totally disabled" (p. 20). After thus finding that the Hospital had discharged its duty to accommodate, the arbitrator concluded "that the employer has treated Ms. Brady in a way that was just and non-discriminatory in correctly applying an express rule set out in the collective agreement" (p. 21). The Union applied for judicial review of the arbitrator's decision.

The Superior Court judge who heard the application noted that Ms. Brady's illness, which was the cause of her loss of employment, was a handicap within the meaning of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12:

> [TRANSLATION] There is no question in the case at bar that Ms. Brady's illness, which is the cause of the loss of her employment, is a handicap within the meaning of the Charter, and "it is of little relevance whether the arbitrator found that there was direct discrimination (handicap) or adverse effect discrimination (because the employee did not meet the availability requirements)". How it is characterized is unimportant, since, in either case, the Supreme Court, in BCGSEU, requires the employer to accommodate the employee in a manner that is not excessive, and to take reasonable measures.
>
> ([2004] Q.J. No. 7555 (QL), at para. 37)

She summed up the arbitrator's conclusions as follows:

> [TRANSLATION] It appears from his decision that the arbitrator found it difficult to imagine a duty to accommodate Ms. Brady, since she was disabled. For him, this in itself constituted undue hardship, as an employer does not have a duty to keep on employees who are incapable of performing their duties. [para. 41]

The judge found that these observations were based on a correct and reasonable interpretation

interreliés dans un continuum, M^me^ Brady étant, au moment du dernier jour d'audience, toujours totalement [incapable] d'accomplir les tâches habituelles de son emploi et tout autre emploi analogue pour des raisons d'ordre médical » (p. 17). Selon l'arbitre, « il est difficile de concevoir une obligation [. . .] additionnelle d'accommodement à l'égard d'une personne salariée [considérée] complètement invalide de par son médecin traitant » (p. 20). Après avoir ainsi jugé que l'Hôpital avait rempli son obligation d'accommodement, l'arbitre conclut en définitive « que l'employeur a agi avec M^me^ Brady avec justice et sans discrimination en lui appliquant correctement une règle explicite prévue à la convention collective » (p. 21). Le Syndicat demande la révision judiciaire de cette décision.

6 La juge de la Cour supérieure saisie du dossier note que la maladie de M^me^ Brady, qui est à l'origine de la perte de l'emploi, constitue un handicap au sens de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 :

> Il ne fait pas de doute ici que la maladie de madame Brady, qui est à la base de la perte de son emploi, constitue un handicap au sens de la Charte et « il importe peu de déterminer si l'arbitre devait conclure à la discrimination directe (handicap) ou indirecte (parce que le salarié ne répondait pas aux exigences de disponibilité) ». En effet, peu importe sa qualification puisque dans les deux cas, dans l'affaire BCGSEU, la Cour suprême oblige l'employeur à des accommodements non excessifs et à des mesures raisonnables.
>
> ([2004] J.Q. n^o^ 7555 (QL), par. 37)

Elle résume ainsi les conclusions de l'arbitre :

> Il appert de sa décision que l'arbitre a conclu qu'il était difficile de concevoir une obligation d'accommodement de madame Brady puisqu'elle était invalide. Pour lui, cet élément constituait en soi une contrainte excessive, l'employeur n'ayant pas l'obligation de garder dans l'entreprise des employés incapables d'exercer leurs fonctions. [par. 41]

7 La juge conclut que ces observations reposent sur une interprétation correcte et raisonnable de

of the evidence and that, even though the arbitrator had not expressly mentioned the principles set out in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"), and *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, he had applied them correctly. She dismissed the application for judicial review. The Union appealed her decision.

8 In the Court of Appeal, the Union argued that the Hospital had [TRANSLATION] "failed to take reasonable measures to accommodate the plaintiff" ([2005] R.J.D.T. 693, 2005 QCCA 277, at para. 9). The Court of Appeal concluded that the arbitrator had not assessed the reasonable accommodation issue on an individualized basis but had instead merely applied the provision of the collective agreement mechanically. The Court of Appeal reversed the judgment of the Superior Court and remitted the case to the arbitrator for a ruling on this duty and, if applicable, on the appropriate compensation.

9 The Hospital was granted leave to appeal to this Court on the issue of the scope of the duty to accommodate and on the possibility of agreeing on it in advance in the context of a collective agreement. The Hospital submits that the clause in dispute is generous and meets the test in *Meiorin*. It claims to have discharged its duty, explaining that it was impossible to further accommodate Ms. Brady, since she was totally disabled and since no date for her return to work was scheduled. The Union, however, considers it contradictory to argue, on the one hand, that accommodation must be individualized and, on the other, that the duty of accommodation can be discharged by mechanically applying a general clause.

10 The rules governing reasonable accommodation in the workplace are well established. The parties do not dispute these principles. The issue here is how they apply to a termination of employment clause.

la preuve et, même si l'arbitre ne les a pas mentionnés expressément, sur une application correcte des principes énoncés dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), et *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868. Elle rejette la requête en révision judiciaire. Le Syndicat porte cette décision en appel.

Devant la Cour d'appel le Syndicat plaide que l'Hôpital « a omis de prendre des mesures raisonnables pour accommoder la plaignante » ([2005] R.J.D.T. 693, 2005 QCCA 277, par. 9). La Cour d'appel conclut que l'arbitre n'a pas fait un examen individualisé de l'accommodement raisonnable, mais qu'il s'est plutôt contenté d'appliquer mécaniquement la disposition de la convention collective. La Cour d'appel infirme le jugement de la Cour supérieure et retourne le dossier à l'arbitre pour qu'il se prononce sur cette obligation et, le cas échéant, sur la réparation appropriée.

L'Hôpital obtient l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour sur la question de l'étendue de l'obligation d'accommodement et sur la possibilité d'en convenir à l'avance dans le contexte d'une convention collective. L'Hôpital soutient que la clause en litige est généreuse et qu'elle satisfait au critère établi dans l'arrêt *Meiorin*. Il prétend avoir rempli son obligation, précisant qu'il était impossible d'accommoder davantage M^me^ Brady, étant donné que celle-ci était totalement invalide et qu'aucune date de retour au travail n'était prévue. Le Syndicat est plutôt d'avis qu'il est antinomique de plaider, d'une part, que l'accommodement doit être individualisé et, d'autre part, que l'obligation d'accommodement peut être réglée au moyen d'une clause d'application générale et automatique.

Les règles régissant l'accommodement raisonnable en milieu de travail sont bien établies. Les parties ne remettent pas en question ces principes. Il s'agit plutôt de déterminer comment ces principes s'articulent dans le contexte d'une clause régissant la rupture du lien d'emploi.

II. Duty to Accommodate and Collective Labour Relations

The duty to accommodate in the workplace arises when an employer seeks to apply a standard that is prejudicial to an employee on the basis of specific characteristics that are protected by human rights legislation. This can occur in the context of a sick employee's right to be absent from work, as in the case at bar, or of a similarly protected right, such as a woman's right to be absent from work owing to pregnancy.

As can be seen from the many cases in this area, collective agreements often contain clauses providing for termination of the employment relationship after an absence for a specified period of time. Such clauses are clearly aimed at ill or disabled persons. The clause in issue in the instant case reads as follows:

[TRANSLATION]

12.11 An employee shall lose his or her seniority rights and his or her employment in the following cases:

. . .

5 - absence by reason of illness or of an accident other than an industrial accident or occupational disease (see above), after the thirty-sixth (36th) month of absence.

It is well established that the employer must justify the standard it seeks to apply by establishing:

(1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;

(2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and

(3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees

II. L'obligation d'accommodement et les relations collectives de travail

L'obligation d'accommodement en milieu de travail naît lorsqu'un employeur cherche à appliquer une norme qui cause préjudice à un employé en raison de caractéristiques particulières protégées par la législation sur les droits de la personne. Il peut s'agir comme en l'espèce du droit d'une employée malade de s'absenter du travail, ou encore de l'exercice d'un autre droit protégé, par exemple le droit d'une femme de s'absenter en raison d'une grossesse. 11

Ainsi qu'il ressort des nombreux litiges en la matière, les conventions collectives comportent souvent une clause prévoyant la rupture du lien d'emploi à l'expiration d'une période d'absence déterminée. De telles clauses visent nettement les personnes malades ou handicapées. La clause en litige dans la présente affaire est rédigée ainsi : 12

12.11 La personne salariée perd son ancienneté et son emploi dans les cas suivants :

. . .

5 - absence pour maladie ou accident autre qu'accident du travail ou maladie professionnelle (ci-haut mentionnée) après le trente-sixième (36e) mois d'absence.

Il est bien établi que l'employeur doit justifier la norme qu'il cherche à appliquer en démontrant : 13

(1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;

(2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques

sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

(*Meiorin*, at para. 54)

14 The first and second steps enable the court to assess the legitimacy of, respectively, the standard's general purpose and the employer's intent in adopting it. They thus guarantee that the standard, whether viewed objectively or subjectively, does not have a discriminatory foundation. The third step is a test of rationality whose purpose is to determine whether the standard is *necessary* in order to accomplish a legitimate purpose. The employer must demonstrate that it cannot accommodate the complainant without suffering undue hardship.

15 The factors that will support a finding of undue hardship are not entrenched and must be applied with common sense and flexibility (*Meiorin*, at para. 63; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 546; and *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 520-21). For example, the cost of the possible accommodation method, employee morale and mobility, the interchangeability of facilities, and the prospect of interference with other employees' rights or of disruption of the collective agreement may be taken into consideration. Since the right to accommodation is not absolute, consideration of all relevant factors can lead to the conclusion that the impact of the application of a prejudicial standard is legitimate.

16 The parties' positions can be summed up succinctly. The Hospital submits that a collective agreement may, in advance, establish the scope of the duty to accommodate and provide for a maximum period of time beyond which any absence would constitute undue hardship. The Union counters that the Hospital cannot rely on employee benefits granted under a collective agreement as a substitute for the duty to accommodate. In the Union's view, this duty arises when the period provided for in the collective agreement expires.

17 It is quite true that employee benefits cannot be invoked as a substitute for the duty to

que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

(*Meiorin*, par. 54)

Les deux premières étapes permettent respectivement de s'assurer de la légitimité de l'objet général de la norme et de l'intention qu'avait l'employeur en l'adoptant. Elles garantissent donc que, tant d'un point de vue objectif que d'un point de vue subjectif, la norme n'a pas un fondement discriminatoire. La troisième étape constitue un test de rationalité s'attachant à la *nécessité* de la norme afin de réaliser une fin légitime. L'employeur doit démontrer qu'il ne peut accommoder le plaignant sans subir de contrainte excessive.

Les facteurs permettant de conclure que la contrainte est excessive ne sont pas consacrés et doivent être appliqués avec souplesse et bon sens (*Meiorin*, par. 63; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 546, et *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 520-521). Par exemple, on pourra considérer le coût de l'accommodement, le moral et la mobilité du personnel, l'interchangeabilité des installations et la perspective d'atteinte aux droits d'autres employés ou à la convention collective. Comme le droit d'être accommodé n'est pas absolu, la prise en compte de tous les facteurs pertinents peut mener à la conclusion que l'impact causé par l'application d'une norme préjudicielle est légitime.

Les positions des parties peuvent être résumées succinctement. L'Hôpital soutient qu'une convention collective peut prévoir à l'avance l'étendue de l'obligation d'accommodement et un délai maximal au-delà duquel toute absence constitue une contrainte excessive. Le Syndicat objecte que l'Hôpital ne peut invoquer les avantages sociaux consentis par la convention collective comme substitut de l'obligation d'accommodement. Pour le Syndicat, cette obligation prend naissance à l'expiration de la période prévue par la convention collective.

Il est tout à fait exact de dire que les avantages sociaux ne peuvent être invoqués comme

accommodate. But the Hospital is not saying that they can.

substitut de l'obligation d'accommodement. Ce n'est cependant pas la position que défend l'Hôpital.

Insofar as the operation of an enterprise relies on its workforce, there is no doubt that an employer may establish *bona fide* measures to ensure employees' regular attendance. For example, an employer's right to require that employees work on certain days of the week was recognized in *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536 ("*O'Malley*"), at pp. 555-56, and in *Central Alberta Dairy Pool*, at p. 520. Similarly, it must be recognized that parties to a collective agreement have a right to negotiate clauses to ensure that sick employees return to work within a reasonable period of time. If this valid objective is recognized, the establishment of a maximum period of time for absences is thus a form of negotiated accommodation.

18 Dans la mesure où l'exploitation d'une entreprise repose sur la fourniture par les employés de leur prestation de travail, il ne fait pas de doute que l'employeur peut, de bonne foi, établir des mesures visant à assurer la présence assidue des employés. Dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 (« *O'Malley* »), p. 555-556, et dans *Central Alberta Dairy Pool*, p. 520, l'employeur s'est vu reconnaître le droit de prescrire la présence au travail certains jours de la semaine. De la même façon, il faut reconnaître aux parties à la convention collective le droit de négocier des clauses assurant le retour au travail des employés malades dans un délai raisonnable. Si cet objectif valable est reconnu, la détermination d'une période d'absence maximale constitue donc une forme d'accommodement négocié.

The fact that such a period of time has been negotiated and included in the collective agreement indicates that the employer and the union considered the characteristics of the enterprise and agreed that, beyond this period, the employer would be entitled to terminate the sick person's employment. The consensus that has been reached is significant, because it was reached by the people who are most familiar with the particular circumstances of the enterprise, and also because these people were representing different interests. It can therefore be assumed that the clause has been negotiated in the mutual interest of the employer and the employees. The three-year period is not, therefore, a monetary benefit included in the remuneration of employees in the same way as health insurance or disability benefits. Rather, it is the maximum period that an employee can be absent before the employment relationship will be terminated. Considered from the perspective of the duty to accommodate, this clause, like the right to return to work part time, is among the measures implemented in the enterprise to enable a sick employee to be accommodated.

19 L'existence d'une telle période, négociée et inscrite dans la convention collective, signale que l'employeur et le syndicat se sont penchés sur les caractéristiques de l'entreprise et ont convenu que, au-delà de cette période, l'employeur était en droit de mettre fin à l'emploi de la personne malade. Le consensus établi est important, parce qu'il émane des personnes qui connaissent le plus les conditions particulières de l'entreprise et, de surcroît, parce que ces personnes représentent des intérêts différents. On peut ainsi présumer que la clause est négociée dans l'intérêt mutuel de l'employeur et des employés. La période de trois ans n'est donc pas un avantage pécuniaire faisant partie de la rémunération des employés au même titre que les prestations d'assurance-maladie ou le régime de pension d'invalidité. Il s'agit plutôt de la période d'absence maximale avant la rupture de la relation d'emploi. Vue sous l'angle de l'obligation d'accommodement, cette clause fait partie, avec le droit de retour au travail à temps partiel, des mesures mises en place dans l'entreprise pour permettre d'accommoder un employé malade.

The period negotiated by the parties is therefore a factor to consider when assessing the duty

20 La période négociée par les parties est donc un élément pertinent dans l'appréciation de l'obligation

of reasonable accommodation. Such clauses do not definitively determine the specific accommodation measure to which an employee is entitled, since each case must be evaluated on the basis of its particular circumstances. In *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, Cory J. wrote the following:

> The provisions of a collective bargaining agreement cannot absolve either the employer or the union from the duty to accommodate. Yet, the terms of the agreement are relevant in assessing the degree of hardship which may be occasioned by interference with its terms. Thus, as pointed out in *Renaud*, *supra*, at p. 987, a substantial departure from the normal operation of the conditions or terms of employment set out in the collective agreement may constitute undue interference in the operation of the employer's business. [p. 551]

Neither the employer nor the union may impose a period shorter than the one to which a sick person is entitled under human rights legislation in light of the facts of and criteria applicable to his or her particular case. A clause purporting to do so would have no effect against an employee who is entitled to a longer period. Since the right to equality is a fundamental right, the parties to a collective agreement cannot agree to a level of protection that is lower than the one to which employees are entitled under human rights legislation, nor can they definitively establish the length of the period in advance, since the specific circumstances of a given case will not be known until they occur, that is, after the collective agreement has been signed.

21 It has long been recognized that the parties to a contract cannot agree to limit a person's fundamental rights: *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, at p. 213. This principle was reaffirmed in the context of management rights 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:

> Under a collective agreement, the broad rights of an employer to manage the enterprise and direct the work

d'accommodement raisonnable. De telles clauses ne déterminent pas de façon définitive la mesure d'accommodement particulière à laquelle un employé a droit, car chaque cas doit être évalué selon les circonstances qui lui sont propres. Dans *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, le juge Cory a fait les observations suivantes :

> Les dispositions d'une convention collective ne peuvent dégager ni l'employeur ni le syndicat de l'obligation d'accommodement. Cependant, les modalités de la convention sont pertinentes pour évaluer le degré de contrainte qui peut résulter de l'ingérence dans ses conditions. Ainsi, comme on le souligne à la p. 987 de l'arrêt *Renaud*, précité, une dérogation importante à l'application normale des conditions d'emploi prévues dans la convention collective peut constituer une ingérence excessive dans l'exploitation de l'entreprise de l'employeur. [p. 551]

Ni l'employeur, ni le syndicat ne peuvent imposer une période plus courte que celle à laquelle une personne malade a droit en vertu de la législation sur les droits de la personne et en fonction des faits et des critères qui s'appliquent à son cas particulier. Une telle clause serait inopposable à l'employé qui a droit à une période plus longue. En effet, comme le droit à l'égalité est un droit fondamental, les parties à une convention collective ne peuvent convenir d'une protection moindre que celle reconnue par la législation sur les droits de la personne et elles ne peuvent fixer cette période à l'avance de façon définitive, étant donné que les circonstances particulières de chaque cas ne sont connues qu'au moment où elles se produisent, c'est-à-dire après la signature de la convention collective.

Le principe selon lequel les parties ne peuvent conventionnellement limiter les droits fondamentaux d'une personne est depuis longtemps reconnu : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202, p. 213. Ce principe a été réaffirmé dans le contexte du droit de gérance 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 :

> En vertu d'une convention collective, le droit général de l'employeur de gérer l'entreprise et de diriger le

force are subject not only to the express provisions of the collective agreement, but also to statutory provisions of the *Human Rights Code* and other employment-related statutes. [para. 23]

Thus, a clause that meets minimum employment standards is *a priori* not suspect. The parties may refer to it to determine the individual accommodation to which an employee is entitled in a given situation.

The importance of the individualized nature of the accommodation process cannot be minimized. The scope of the duty to accommodate varies according to the characteristics of each enterprise, the specific needs of each employee and the specific circumstances in which the decision is to be made. Throughout the employment relationship, the employer must make an effort to accommodate the employee. However, this does not mean that accommodation is necessarily a one-way street. In *O'Malley* (at p. 555) and *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970, the Court recognized that, when an employer makes a proposal that is reasonable, it is incumbent on the employee to facilitate its implementation. If the accommodation process fails because the employee does not co-operate, his or her complaint may be dismissed. As Sopinka J. wrote in *Central Okanagan*, "[t]he complainant cannot expect a perfect solution" (p. 995). The obligation of the employer, the union and the employee is to come to a reasonable compromise. Reasonable accommodation is thus incompatible with the mechanical application of a general standard. In this sense, the Union is correct in saying that the accommodation measure cannot be decided on by blindly applying a clause of the collective agreement. The arbitrator can review the standard provided for in the collective agreement to ensure that applying it would be consistent with the employer's duty to accommodate.

A number of termination of employment clauses have been considered judicially. In *Québec (Procureur général) v. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA

personnel est subordonné non seulement aux dispositions expresses de la convention collective, mais aussi aux dispositions du *Code des droits de la personne* et aux autres lois sur l'emploi. [par. 23]

Une clause qui satisfait aux normes minimales applicables en matière d'emploi n'est donc pas suspecte *a priori*. Les parties peuvent s'y reporter pour évaluer l'accommodement individuel auquel l'employé a droit dans une situation donnée.

22 Le caractère individualisé du processus d'accommodement ne saurait être minimisé. En effet, l'obligation d'accommodement varie selon les caractéristiques de chaque entreprise, les besoins particuliers de chaque employé et les circonstances spécifiques dans lesquelles la décision doit être prise. Tout au long de la relation d'emploi, l'employeur doit s'efforcer d'accommoder l'employé. Cela ne signifie pas pour autant que les contraintes afférentes à l'accommodement doivent nécessairement être à sens unique. Dans *O'Malley* (p. 555) et dans *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970, la Cour a reconnu que, lorsque l'employeur fait une proposition qui est raisonnable, il incombe à l'employé d'en faciliter la mise en œuvre. Si l'absence de coopération de l'employé est à l'origine de l'échec du processus d'accommodement, sa plainte pourra être rejetée. Comme le dit le juge Sopinka dans *Central Okanagan*, « [l]e plaignant ne peut s'attendre à une solution parfaite » (p. 995). L'obligation de l'employeur, du syndicat et de l'employé est d'arriver à un compromis raisonnable. L'accommodement raisonnable est donc incompatible avec l'application mécanique d'une norme d'application générale. En ce sens, le syndicat a raison de dire que la détermination de la mesure de l'accommodement ne peut reposer sur l'application aveugle d'une clause conventionnelle. L'arbitre peut examiner la norme prévue par la convention collective pour s'assurer que son application satisfait à l'obligation d'accommodement qui incombe à l'employeur.

23 Plusieurs clauses de cessation d'emploi ont été soumises à l'examen des tribunaux. Dans *Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)*, [2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311, la

311, the Quebec Court of Appeal ruled on an application for review of an arbitration award dismissing the grievance of an employee whose employment had been terminated after over two years' absence owing to illness. The Court of Appeal criticized the arbitrator for applying the clause mechanically and remitted the case to him to assess the duty to accommodate on an individualized basis. However, Thibault J.A. noted that the employer would be entitled to dismiss a complainant at the end of the period provided for in the collective agreement if the employee could not establish that she would be able to work within a reasonable period of time:

> [TRANSLATION] As drafted, clause 3-1.18 of the collective agreement does not authorize the employer to automatically dismiss an employee at the end of the salary insurance period, although the employer may do so if the employee cannot establish that he or she will be able to work within a reasonable period of time. [para. 76]

24 In Ontario too, courts and tribunals have refused to find that a termination of employment clause authorizes an employer to dismiss an employee without considering the employee's specific circumstances: *Maple Leaf Meats Inc. v. United Food and Commercial Workers' International Union, Locals 175 and 633* (2001), 149 O.A.C. 295 (Div. Ct.), and *Re Memorial Hospital, Bowmanville and O.N.A.* (1993), 35 L.A.C. (4th) 401 (Ont.).

25 To sum up, the conclusion to be drawn from the case law is that a termination of employment clause will be applicable only if it meets the requirements that apply with respect to reasonable accommodation, in particular the requirement that the measure be adapted to the individual circumstances of the specific case. If the period provided for in the termination of employment clause is less generous than the one to which the employee is entitled under the principles applicable to the exercise of human rights, the clause will have no effect against the employee and the employer will have to propose further measures to accommodate him or her. The period provided for in a clause such as this is not meant to be a threshold representing the minimum period to which an employee is entitled. On

Cour d'appel du Québec s'est prononcée sur une demande de révision d'une décision arbitrale qui avait rejeté le grief d'une employée congédiée après plus de deux ans d'absence pour cause de maladie. Reprochant à l'arbitre d'avoir appliqué la clause de façon mécanique, la Cour d'appel lui a retourné le dossier pour qu'il procède à un examen individualisé de l'obligation d'accommodement. La juge Thibault rappelle cependant que l'employeur est en droit de congédier une plaignante à la fin de la période prévue par la convention collective si la salariée ne peut établir qu'elle sera en mesure de travailler dans un avenir raisonnable :

> Telle que rédigée, la clause 3-1.18 de la convention collective ne permet pas à l'employeur de congédier un salarié, de façon automatique, à la fin de la période d'assurance traitement; il pourra cependant le faire dans le cas où le salarié n'est pas en mesure d'établir sa capacité de fournir sa prestation de travail dans un avenir raisonnable. [par. 76]

En Ontario, les tribunaux refusent également de reconnaître qu'une clause de cessation d'emploi permet à un employeur de congédier un employé sans considérer les circonstances particulières de la situation de ce dernier : *Maple Leaf Meats Inc. c. United Food and Commercial Workers' International Union, Locals 175 and 633* (2001), 149 O.A.C. 295 (C. div.), et *Re Memorial Hospital, Bowmanville and O.N.A.* (1993), 35 L.A.C. (4th) 401 (Ont.).

En somme, la jurisprudence ne conclut à l'applicabilité d'une telle clause que si celle-ci satisfait aux exigences applicables en matière d'accommodement raisonnable, particulièrement celle requérant que la mesure soit adaptée aux circonstances individuelles du cas en litige. Si la clause de cessation d'emploi est moins généreuse que ce à quoi l'employé a droit en vertu des principes encadrant l'exercice des droits de la personne, elle lui sera inopposable et l'employeur devra offrir un accommodement additionnel. Ces clauses ne signifient pas que la période qui y est prévue est un seuil indicatif de la période minimale à laquelle un employé a droit. Au contraire, ces clauses devraient prévoir un accommodement généreux, de nature à répondre aux besoins du plus grand nombre d'employés

the contrary, the clause should provide for a generous accommodation likely to meet the needs of as many employees as possible. In providing for the most demanding of circumstances, the employer grants employees whose needs are less acute a period more generous than would be required by human rights legislation. Unions can therefore play an important role, where such clauses are concerned, in the course of the collective bargaining process.

possible. En satisfaisant aux conditions les plus exigeantes, l'employeur se trouve à accorder aux employés qui ont de moins grands besoins un délai plus généreux que ce qu'exigerait la législation sur les droits de la personne. De telles clauses constituent donc un sujet à l'égard duquel les syndicats peuvent jouer un important rôle lors de la négociation des conventions collectives.

The three-year period provided for in the agreement between the Hospital and the Union in the case at bar is longer than those provided for in a number of statutes and collective agreements that have already been considered on judicial review (see: *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, s. 239; *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 79.1; *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2, s. 44.021; *Labour Standards Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-2, s. 43.11; *Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, c. L-1, s. 44.2). 26

La période de trois ans convenue dans la convention qui lie ici l'Hôpital et le Syndicat est d'ailleurs plus longue que celle prévue par plusieurs lois et conventions collectives ayant fait l'objet de révision judiciaire (voir : *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L-2, art. 239; *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1, art. 79.1; *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, art. 44.021; *Labour Standards Act*, R.S.N.L. 1990, ch. L-2, art. 43.11; *Labour Standards Act*, R.S.S. 1978, ch. L-1, art. 44.2).

Thus, although a clause providing for termination of the employment relationship after a specified period is not determinative, it does give a clear indication of the parties' intention with respect to reasonable accommodation. It is accordingly a significant factor that an arbitrator must take into account in considering a grievance. In these circumstances, and depending on the duration of the authorized period of absence, such a clause can serve as evidence of the maximum period beyond which the employer will face undue hardship. This evidence may prove very useful, especially in the case of a large organization, where proving undue hardship resulting from an employee's absence could be complex. 27

Les clauses prévoyant la rupture du lien d'emploi à l'expiration d'une période donnée ne sont donc pas déterminantes, mais constituent plutôt une indication claire des parties sur la question de l'accommodement raisonnable. Il s'agit en conséquence d'un facteur important que l'arbitre doit prendre en considération en cas de dépôt d'un grief. Dans ces circonstances et selon la durée de l'absence autorisée, ces clauses peuvent être utilisées comme preuve de la période maximale au-delà de laquelle l'employeur subit une contrainte excessive. Cette preuve peut s'avérer très utile, surtout dans le cas d'une grande entreprise, où la preuve de l'existence d'une contrainte excessive résultant de l'absence d'un employé pourrait s'avérer complexe.

In short, it cannot be concluded that the accommodation provided for in the collective agreement is a complete answer to the complaint of an employee claiming a more generous accommodation measure. But it is no more appropriate to say that the benefit incorporated into the collective agreement should not be taken into account in the overall assessment of the accommodation granted by the employer. 28

Bref, on ne saurait conclure que l'accommodement prévu par la convention collective constitue une réponse complète à la plainte d'un employé qui réclame un accommodement supplémentaire. Pas plus qu'on ne peut affirmer que l'avantage incorporé à la convention collective ne doit pas être pris en compte dans l'appréciation globale de la mesure d'accommodement consentie par l'employeur.

III. Did the Arbitrator Err in the Case at Bar?

29 The Court of Appeal faulted the arbitrator for failing to assess on an individualized basis the accommodation to which Ms. Brady was entitled:

> [TRANSLATION] The arbitrator could not simply apply the provisions of the collective agreement and state that it is not discriminatory to refuse to extend the employment of an individual who is not physically capable of performing the duties of the position. He should have considered whether the employer had discharged its burden of proof with regard to the submission that the requested accommodation measure was unreasonable because the additional time the employee would have before returning to work would cause it undue hardship. [para. 32]

30 The analysis the arbitrator had to make concerned the reasonableness of the accommodation requested by Ms. Brady. Did the arbitrator fail to discharge his duty? In my view, the Superior Court's interpretation captures the spirit of the arbitrator's analysis better than that of the Court of Appeal. The arbitrator did indeed conclude that the clause in the collective agreement applied to Ms. Brady, but he did so only after having reviewed and analysed the evidence.

31 The arbitrator started by quoting the clauses of the collective agreement that incorporate the employer's quasi-constitutional obligations relating to the right to equality. He then also quoted the clauses concerning rehabilitation measures and, finally, the one that sets out the circumstances that will result in termination of the employment relationship. If he had felt that only the latter clause was relevant and had simply applied it blindly, he would probably have quoted only it.

32 The arbitrator also related the facts and stated that he had to rule on the applicability of the clause [TRANSLATION] "in the context of the duty to accommodate imposed on the employer" (p. 20). He noted that the employer had discharged its duty to accommodate by granting rehabilitation periods that were longer than the ones provided for in the collective agreement. He concluded with a comment that was determinative in the circumstances that had been presented to him, namely that he

III. L'arbitre a-t-il fait erreur en l'espèce?

La Cour d'appel reproche à l'arbitre de ne pas avoir fait un examen individualisé de l'accommodement auquel a droit M^me^ Brady :

> L'arbitre ne pouvait simplement appliquer les dispositions de la convention collective et affirmer qu'il n'est pas discriminatoire de refuser de prolonger l'emploi d'une personne qui n'est pas physiquement capable de l'exécuter. Il devait examiner si l'employeur s'était déchargé de son fardeau de preuve relativement au caractère déraisonnable de la mesure d'accommodement demandée parce que le délai additionnel prévu pour le retour lui causait une contrainte excessive. [par. 32]

L'examen que devait faire l'arbitre concernait en effet le caractère raisonnable de l'accommodement demandé par M^me^ Brady. Mais l'arbitre a-t-il failli à son devoir? À mon avis, l'interprétation de la Cour supérieure rend mieux la démarche de l'arbitre que ne le fait celle de la Cour d'appel. L'arbitre a certes conclu que la clause de la convention collective s'appliquait à M^me^ Brady, mais seulement après avoir revu la preuve et l'avoir analysée.

L'arbitre a d'abord fait état des clauses de la convention collective incorporant les obligations quasi-constitutionnelles de l'employeur en ce qui a trait au droit à l'égalité. Il a ensuite cité les clauses traitant des mesures de réadaptation et enfin celle prévoyant les circonstances donnant ouverture à la rupture du lien d'emploi. S'il avait estimé que seule cette dernière clause était pertinente et qu'il s'était contenté de l'appliquer aveuglément, il n'aurait sans doute cité que cette clause.

De plus, l'arbitre a relaté les faits, précisant qu'il devait se prononcer sur l'applicabilité de la clause « dans le contexte de l'obligation d'accommodement imposé à l'employeur » (p. 20). L'arbitre a souligné que l'employeur s'était acquitté de son obligation d'accommodement en accordant des périodes de réadaptation plus longues que celles prévues par la convention collective. Il a conclu enfin par une remarque déterminante dans le contexte qui lui était soumis en disant qu'il lui était « difficile

found it [TRANSLATION] "difficult to imagine an . . . additional duty to accommodate an employee whose attending physician considers her to be totally disabled" (p. 20).

The Court of Appeal appears to have held that the duty to accommodate must be assessed as of the time the employee was effectively denied an additional measure (para. 31). In my view, this approach is based on a compartmentalization of the employee's various health problems. Undue hardship resulting from the employee's absence must be assessed globally starting from the beginning of the absence, not from the expiry of the three-year period.

The arbitrator was correct to assess the circumstances in light of all the events leading up to the termination of the employment relationship. What is more, when he ruled on the Union's objection to the introduction in evidence of facts subsequent to the filing of the grievance, he made it clear that the employee's overall state of health was relevant:

[TRANSLATION] Certain facts arising after the filing of the grievance designated as Exhibit S-2 are indeed relevant to this case and must be considered, since they help to explain the situation that existed at the time the grievance arose. These facts are clearly, from the perspective of the instant case, complementary facts, are intimately related to the original events and make it possible to ascertain the actual situation at the time the grievance was filed. They are clearly interrelated facts on a continuum, with Ms. Brady still being, as of the final hearing day, totally [incapable] of performing the usual duties of her position or of any other comparable position for medical reasons. [Emphasis added; p. 17.]

The arbitrator took into account not only the accommodation measures granted by the Hospital, which had agreed to rehabilitation periods longer than those provided for in the collective agreement, but also the dynamics leading to the failure of the attempt to return to work before the expiry of the three-year period and, finally, the state of Ms. Brady's health after the employer's decision.

The arbitrator thus did not limit himself to automatically applying a clause of the collective agreement. He was aware of the scope of the

de concevoir une obligation [. . .] additionnelle d'accommodement à l'égard d'une personne salariée [considérée] complètement invalide de par son médecin traitant » (p. 20).

33 La Cour d'appel semble estimer que l'obligation d'accommodement devait être appréciée au moment où l'employée s'était vu en définitive refuser une mesure additionnelle (par. 31). À mon avis, cette approche repose sur une compartimentation des différents problèmes de santé de l'employée. La contrainte excessive résultant de l'absence de l'employée doit s'évaluer globalement à compter du moment où l'employée s'absente et non à l'expiration de la période de trois ans.

34 L'arbitre a eu raison d'apprécier les circonstances en prenant en considération l'ensemble des événements ayant mené à la rupture du lien d'emploi. D'ailleurs, lorsqu'il statue sur l'objection du syndicat à la mise en preuve des faits postérieurs au grief, il s'exprime clairement sur le fait que l'état de santé de l'employée dans son ensemble était pertinent :

Le recours, dans la présente affaire à certains faits postérieurs au grief S-2 sont ici certes pertinents puisqu'ils permettent de comprendre la situation qui existait au moment où il est né. Ces faits, toujours dans la présente affaire, constituent certes des faits complémentaires, sont intimement liés aux faits initiaux et permettent de préciser la situation réelle au moment du grief. Il s'agit certes ici de faits interreliés dans un continuum, Mme Brady étant, au moment du dernier jour d'audience, toujours totalement [incapable] d'accomplir les tâches habituelles de son emploi et tout autre emploi analogue pour des raisons d'ordre médical. [Je souligne; p. 17.]

35 L'arbitre a tenu compte non seulement des mesures d'accommodement accordées par l'Hôpital, qui a consenti à des périodes de réadaptation plus longues que celles prévues par la convention collective, mais aussi de la dynamique ayant conduit à l'échec du retour au travail avant l'expiration de la période de trois ans et, finalement, de l'état de santé de M^me^ Brady après la décision de l'employeur.

36 L'arbitre ne s'est donc pas limité à appliquer de façon automatique une clause de la convention collective. Il était conscient de l'étendue

employer's duty to accommodate but could not anticipate that the employee would be returning to work in the foreseeable future. He therefore correctly concluded that the employer could not continue to employ someone who had been declared to be disabled for an indeterminate period.

37 The arbitrator took into account the clause of the collective agreement that authorized the employer to terminate Ms. Brady's employment, which was an important piece of evidence. This clause was not considered in a factual vacuum. Rather, it acquired particular significance for the purpose of demonstrating the Hospital's willingness to accommodate Ms. Brady during the rehabilitation periods despite the absence of evidence that she would be able to return to work in the foreseeable future.

38 The duty to accommodate is neither absolute nor unlimited. The employee has a role to play in the attempt to arrive at a reasonable compromise. If in Ms. Brady's view the accommodation provided for in the collective agreement in the instant case was insufficient, and if she felt that she would be able to return to work within a reasonable period of time, she had to provide the arbitrator with evidence on the basis of which he could find in her favour.

IV. Conclusion

39 For these reasons, it is my view that the Superior Court did not err in dismissing the application for judicial review. I would accordingly allow the appeal and set aside the Court of Appeal's decision with costs in both courts.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache and Abella JJ. were delivered by

40 ABELLA J. — An employer has a duty to provide a discrimination-free workplace. It is important, therefore, to be clear about what discrimination is — and what it is not — so that employers know their duties and employees know their rights.

41 The grievor, Alice Brady, asked that "By virtue of the collective agreement . . . the employer arrive

de l'obligation d'accommodement de l'employeur, mais ne pouvait prévoir le retour au travail de l'employée dans un avenir prévisible. Il a donc eu raison de conclure que l'employeur ne pouvait garder à son service une employée déclarée invalide pour une période indéterminée.

L'arbitre a pris en compte l'élément important que constitue la clause de la convention collective qui permettait à l'employeur de mettre fin à l'emploi de M^me^ Brady. Cette clause n'a pas été appliquée dans un vide factuel. Elle a plutôt pris une importance particulière dans le contexte de la démonstration de la volonté de l'Hôpital d'accommoder M^me^ Brady lors des périodes de réadaptation et en l'absence de preuve de la capacité de celle-ci de reprendre le travail dans un avenir prévisible.

L'obligation d'accommodement n'est ni absolue ni illimitée. L'employée doit faire sa part dans la recherche d'un compromis raisonnable. Si l'accommodement prévu par la convention collective en l'espèce lui paraissait insuffisant et qu'elle estimait être en mesure de reprendre le travail dans un délai raisonnable, elle devait fournir à l'arbitre des éléments permettant à celui-ci de conclure en sa faveur.

IV. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis que la Cour supérieure n'a commis aucune erreur en rejetant la requête en révision judiciaire. J'accueillerais donc l'appel et infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel, avec dépens devant les deux cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache et Abella rendus par

LA JUGE ABELLA — L'employeur est tenu d'offrir un milieu de travail exempt de discrimination. Il importe donc d'établir clairement ce qui constitue de la discrimination et ce qui n'en constitue pas, afin que les employeurs connaissent leurs obligations et les employés, leurs droits.

La plaignante, Alice Brady, a demandé que [TRADUCTION] « [c]onformément à la convention

at a reasonable accommodation with myself." Notably, Ms. Brady did not claim that the automatic termination clause of the collective agreement pursuant to which her employment was terminated, was discriminatory. Nor did the union allege a breach of the collective agreement.

collective [. . .] l'employeur [lui] accorde une mesure d'accommodement raisonnable. » Il convient de souligner que M^me^ Brady n'a pas prétendu que la clause de la convention collective prévoyant la cessation automatique, en vertu de laquelle on a mis fin à son emploi, était discriminatoire. Le syndicat n'a pas allégué non plus qu'il y avait eu violation de la convention collective.

Both Jean Sexton, the arbitrator, and Poulin J. found no discrimination on the part of the employer in refusing to continue to employ someone who, after three years of absence due to illness, is still deemed to be incapable of returning to work by her own doctor. I agree.

42 L'arbitre Jean Sexton et la juge Poulin ont tous les deux conclu que l'employeur n'avait pas fait preuve de discrimination en refusant de continuer à employer une personne qui, après trois années d'absence pour cause de maladie, était encore jugée incapable de retourner au travail par son propre médecin. Je suis du même avis.

One preliminary matter. Ms. Brady did in fact return to work intermittently on a part-time basis during her absence of more than 36 months. The arbitrator held that these periods of rehabilitation did not interrupt her absence from work under the collective agreement. He reasoned that "absence" — an undefined term in the agreement — should be construed with reference to the definition of "period of disability". The latter provided for continued sick-leave benefits if an employee returned for less than 15 days of full-time work *or if the employee could show that a completely unrelated accident or illness had caused any subsequent periods of disability.* This is important because it would appear that Ms. Brady was injured in a car accident less than two months before she was scheduled to return to work on a full-time basis. Clearly, the injuries she sustained from the car accident were unrelated to her previous illness. Ms. Brady, however, declined to argue the applicability of the sick-leave benefits clause on this appeal, and I would not interfere with the arbitrator's decision on this issue. It appears that it was not clearly established whether Ms. Brady would have been available for work had it not been for the car accident.

43 Une question préliminaire. En fait, M^me^ Brady est retournée au travail à temps partiel et de façon discontinue pendant son absence de plus de 36 mois. L'arbitre a jugé que ces périodes de réadaptation n'avaient pas interrompu son absence du travail au regard de la convention collective. Il estimait que le mot « absence » — qui n'est pas défini dans la convention — devrait être interprété en fonction de la définition de la « période d'invalidité ». Cette définition prévoyait le maintien des prestations de congé de maladie dans le cas où un employé retournait au travail à plein temps pendant moins de 15 jours *ou si cet employé pouvait établir que toute période d'invalidité subséquente était attribuable à une maladie ou à un accident complètement étrangers à la cause de l'invalidité précédente.* Cela est important car il semblerait que M^me^ Brady avait été blessée dans un accident d'automobile moins de deux mois avant la date prévue de son retour au travail à plein temps. Il est évident que les blessures qu'elle a subies lors de cet accident n'avaient rien à voir avec sa maladie antérieure. Cependant, M^me^ Brady a refusé de débattre de l'applicabilité, en l'espèce, de la clause relative aux prestations de congé de maladie, et je suis d'avis de ne pas modifier la décision de l'arbitre à cet égard. Il appert que l'on n'a pas établi clairement que M^me^ Brady aurait été disponible pour travailler si l'accident d'automobile n'était pas survenu.

44 The central issue is whether Ms. Brady has established *prima facie* discrimination, shifting the onus to the employer to justify its workplace standard or conduct. I accept that a collective agreement does not necessarily immunize an employer from a transcendent duty not to discriminate (see *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42), and that this may involve accommodating an employee to the point where it would impose undue hardship on the employer (*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*")). But this is different from creating a legal paradigm that *even if* the employer's conduct is not discriminatory, there is a legal duty to justify all distinctions.

45 Section 10 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), explains discrimination as follows:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

46 Establishing discrimination under s. 10 of the *Quebec Charter* requires a three-step analysis. A plaintiff must demonstrate:

(1) that there is a "distinction, exclusion or preference";

(2) that the "distinction, exclusion or preference" is based on one of the grounds listed in the first paragraph of s. 10 of the Quebec *Charter*; and

La principale question en litige est de savoir si M^me^ Brady a établi l'existence de discrimination à première vue, de sorte qu'il appartient à l'employeur de justifier son comportement ou la norme du milieu de travail qu'il applique. Je reconnais qu'une convention collective ne soustrait pas nécessairement un employeur à une obligation transcendante d'éviter de faire preuve de discrimination (voir 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), et que l'employeur peut être ainsi tenu d'accommoder un employé tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive (*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »)). Toutefois, ce n'est pas la même chose que créer un paradigme juridique selon lequel, *même si* le comportement de l'employeur n'est pas discriminatoire, il existe une obligation légale de justifier toutes les distinctions.

L'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte* québécoise »), explique la discrimination en ces termes :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Pour établir l'existence de discrimination visée par l'art. 10 de la *Charte* québécoise, il faut procéder à une analyse en trois étapes. Un demandeur doit démontrer :

(1) qu'il existe une « distinction, exclusion ou préférence »,

(2) que cette « distinction, exclusion ou préférence » est fondée sur l'un des motifs énumérés au premier alinéa de l'art. 10 de la *Charte* québécoise, et

(3) that the "distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing" the "right to full and equal recognition and exercise of a human right or freedom".

(*Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 538)

McIntyre J. defined discrimination in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, in similar terms:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. [pp. 174-75]

At the heart of these definitions is the understanding that a workplace practice, standard, or requirement cannot disadvantage an individual by attributing stereotypical or arbitrary characteristics. The goal of preventing discriminatory barriers is inclusion. It is achieved by preventing the exclusion of individuals from opportunities and amenities that are based not on their actual abilities, but on attributed ones. The essence of discrimination is in the arbitrariness of its negative impact, that is, the arbitrariness of the barriers imposed, whether intentionally or unwittingly.

What flows from this is that there is a difference between discrimination and a distinction. Not every distinction is discriminatory. It is not enough to impugn an employer's conduct on the basis that what was done had a negative impact on an individual in a protected group. Such membership alone does not, without more, guarantee access to a human rights remedy. It is the link between

(3) que la « distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre » le « droit à la pleine égalité dans la reconnaissance et l'exercice d'un droit ou d'une liberté de la personne ».

(*Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 538)

47 Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre donne une définition similaire de la discrimination :

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. [p. 174-175]

48 La prémisse voulant qu'une pratique, une norme ou une exigence du milieu de travail ne puisse pas désavantager un individu par l'attribution de caractéristiques stéréotypées ou arbitraires est au cœur de ces définitions. Le but de la prévention des obstacles discriminatoires est l'inclusion. Ce but est atteint si on empêche que des individus soient soustraits à des possibilités et à des agréments fondés non pas sur leurs aptitudes réelles, mais sur des aptitudes qu'on leur attribue. La discrimination réside essentiellement dans le caractère arbitraire de son incidence négative, c'est-à-dire le caractère arbitraire des obstacles érigés intentionnellement ou inconsciemment.

49 Il en résulte une différence entre discrimination et distinction. Les distinctions ne sont pas toutes discriminatoires. Il ne suffit pas de contester le comportement d'un employeur pour le motif que ce qu'il a fait a eu une incidence négative sur un membre d'un groupe protégé. La seule appartenance à un tel groupe n'est pas suffisante pour garantir l'accès à une réparation fondée sur les

that group membership and the arbitrariness of the disadvantaging criterion or conduct, either on its face or in its impact, that triggers the possibility of a remedy. And it is the claimant who bears this threshold burden.

50 If such a link is made, a *prima facie* case of discrimination has been shown. It is at this stage that the *Meiorin* test is engaged and the onus shifts to the employer to justify the *prima facie* discriminatory conduct. If the conduct is justified, there is no discrimination.

51 To justify it, an employer must show that the conduct was reasonably necessary to accomplish a legitimate workplace purpose. Part of proving reasonable necessity, as McLachlin J. explained in *Meiorin*, at para. 54, is demonstrating that "it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer". This is where we examine whether the employer has reasonably accommodated an individual whose group identity has resulted in an arbitrary workplace disadvantage.

52 *Meiorin* defines the applicable evidentiary burden on an employer for justifying discriminatory conduct, that is, for demonstrating that such conduct is brought "within an exception to the general prohibition of discrimination": para. 67. It is an onerous burden, and properly so. It reinforces the primacy of human rights principles in a workplace and tells employers that they can only justify such conduct towards a particular employee if the employee cannot reasonably be accommodated. If they can justify the conduct, there is no discrimination. It is part of the justification defence, not a stand-alone legal duty: if the conduct or standard is not discriminatory, on its face or in effect, no such burden of justification falls on the employer.

droits de la personne. C'est le lien qui existe entre l'appartenance à ce groupe et le caractère arbitraire du critère ou comportement désavantageux — à première vue ou de par son effet — qui suscite la possibilité de réparation. Et ce fardeau de preuve préliminaire incombe au demandeur.

Si l'existence de ce lien est établie, il y a alors preuve *prima facie* de l'existence de discrimination. C'est à ce stade que le critère de l'arrêt *Meiorin* s'applique et qu'il appartient alors à l'employeur de justifier le comportement discriminatoire à première vue. Si le comportement est justifié, il n'y a pas de discrimination.

Pour justifier le comportement, l'employeur doit démontrer qu'il était raisonnablement nécessaire pour réaliser un but légitime du milieu de travail. Comme l'explique la juge McLachlin au par. 54 de l'arrêt *Meiorin*, la preuve de la nécessité raisonnable consiste notamment à démontrer qu'« il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive ». C'est là qu'il faut se demander si l'employeur a raisonnablement accommodé un individu dont l'identité collective est à l'origine d'un désavantage arbitraire en milieu de travail.

L'arrêt *Meiorin* définit le fardeau de preuve dont l'employeur doit s'acquitter pour justifier un comportement discriminatoire, c'est-à-dire pour démontrer que ce comportement est visé par « une exception à l'interdiction générale de la discrimination » : par. 67. Cela représente, à juste titre, un lourd fardeau. Ce fardeau renforce la primauté des principes en matière de droits de la personne dans un milieu de travail et indique aux employeurs qu'ils ne peuvent justifier un tel comportement à l'égard d'un employé que si cet employé ne peut pas être raisonnablement accommodé. S'ils peuvent justifier le comportement, il n'y a pas de discrimination. Il constitue un élément du moyen de défense fondé sur la justification, et non une obligation juridique distincte : si le comportement ou la norme n'est pas discriminatoire, à première vue ou de par son effet, aucun fardeau de justification n'incombe à l'employeur.

There is no need to justify what is not, *prima facie*, discriminatory. Unlike Deschamps J., then, the issue for me is not whether the employer has made out the justification defence of having reasonably accommodated the claimant, but whether the claimant has satisfied the threshold onus of demonstrating that there is *prima facie* discrimination, namely, that she has been disadvantaged by the employer's conduct based on stereotypical or arbitrary assumptions about persons with disabilities, thereby shifting the onus to the employer to justify the conduct.

Il n'est pas nécessaire de justifier ce qui, à première vue, n'est pas discriminatoire. Alors, contrairement à la juge Deschamps, j'estime que la question est non pas de savoir si l'employeur a établi, comme moyen de défense fondé sur la justification, qu'il a raisonnablement accommodé la demanderesse, mais plutôt de savoir si la demanderesse s'est acquittée de l'obligation préliminaire de démontrer qu'il y a discrimination à première vue, c'est-à-dire qu'elle a été désavantagée par le comportement que l'employeur a adopté sur la foi de suppositions stéréotypées ou arbitraires concernant les personnes ayant une déficience, de sorte qu'il appartient à l'employeur de justifier ce comportement. 53

I cannot accept the conclusions of the majority that "automatic" termination clauses automatically represent *prima facie* discrimination. This renders presumptively vulnerable, no matter the reasonableness of their length, all time-limited legislated employment protections for absences due, for example, to illness, disability, or pregnancy. It is hard to see how three years of job protection for a disabled employee — a significantly longer period than the 26 weeks in a 12-month period required by Quebec's *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 79.1 — constitutes an arbitrary disadvantage merely because it is finite.

Je ne puis retenir les conclusions des juges majoritaires voulant que les clauses prévoyant la cessation automatique de l'emploi constituent automatiquement de la discrimination à première vue. On peut alors présumer que, peu importe que leur durée soit raisonnable ou non, toutes les protections temporaires de l'emploi établies par voie législative pour les absences dues, par exemple, à une maladie, à une déficience ou à une grossesse seront vulnérables. Il est difficile d'imaginer comment le délai de trois années de protection d'emploi applicable à un employé ayant une déficience — qui est beaucoup plus long que les 26 semaines sur une période de 12 mois requises par l'art. 79.1 de la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., ch. N-1.1 — constitue un désavantage arbitraire du seul fait qu'il est limité. 54

Moreover, from a policy perspective, designating such clauses as presumptively discriminatory removes the incentive to negotiate mutually acceptable absences. It suggests that, regardless of the reasonableness of the duration of the protection, an employee can still, by bringing a grievance, render the clause's term meaningless, shifting the burden to the employer to explain why it was reasonable to terminate a particular employee.

De plus, sur le plan de la politique générale, présumer que ces clauses sont discriminatoires a pour effet de dissuader de négocier des absences mutuellement acceptables. Cela laisse entendre que, peu importe que la durée de la protection soit raisonnable ou non, un employé peut toujours, par voie de grief, faire perdre tout son sens à la condition de la clause, en obligeant l'employeur à expliquer pourquoi il était raisonnable de mettre fin à l'emploi d'un employé particulier. 55

This would leave disabled employees without the lengthy guarantee of job and seniority protection such clauses offer. It is true that they are finite, and therefore, in a technical sense, arbitrary. But they are not arbitrary in the way we understand

Les employés ayant une déficience perdraient ainsi la longue garantie de protection d'emploi et d'ancienneté que ces clauses offrent. Il est exact qu'elles sont limitées et donc, en principe, arbitraires. Toutefois, elles ne sont pas arbitraires au sens 56

arbitrariness in the human rights context, that is, they do not unfairly disadvantage disabled employees because of stereotypical attributions of their ability. Instead, these clauses acknowledge that employees should not be at unpredictable risk of losing their jobs when they are absent from work due to disability.

57 Generally, automatic termination clauses of reasonable length represent a trade off *for employees* between their right to be dismissed for just and sufficient cause (which entails that their employment will not be terminated unless there is no prospect that they may return to work in a reasonable period), and the certainty that the employment relationship will be maintained for a fixed period. There is nothing inherently discriminatory in such a trade-off, especially if the resulting protection is significantly longer than the applicable employment standards legislation.

58 Whether *prima facie* discrimination is established, shifting the obligation of justification on the employer, depends on the facts of the particular case, including the negotiated terms of any contract. In *Meiorin*, *prima facie* discrimination was established by the fact that the requirement at issue had the practical effect of excluding most women from employment as firefighters. This was sufficient to require that the employer justify the requirement.

59 Arbitrators seized with a case such as this must determine, on a case-by-case basis, whether the particular agreement negotiated by the parties is *prima facie* discriminatory. A very short period of leave for disability or illness will raise more concerns than a longer one. The length of time provided by the negotiated clause must be assessed in the context of the nature of the employment and other relevant factors, to determine whether a *prima facie* case of discrimination is established.

60 In this case, the arbitrator, albeit in the context of discussing reasonable accommodation, concluded that the three-year leave period provided

que nous donnons à ce terme dans le contexte des droits de la personne; autrement dit, elles ne désavantagent pas injustement les employés ayant une déficience en raison de stéréotypes attribués à leur capacité. Au contraire, ces clauses reconnaissent que les employés ne devraient pas être exposés au risque imprévisible de perdre leur emploi lorsqu'ils s'absentent du travail en raison d'une déficience.

Les clauses prévoyant la cessation automatique de l'emploi à l'expiration d'un délai raisonnable représentent généralement *pour les employés* un compromis entre leur droit à la cessation d'emploi pour un motif valable et suffisant (qui signifie qu'il ne sera mis fin à leur emploi que s'il n'y a aucune chance qu'ils puissent retourner au travail dans un délai raisonnable), et la certitude que leur lien d'emploi sera maintenu pendant une période déterminée. Un tel compromis n'a rien de discriminatoire en soi, surtout si la protection qui résulte dure beaucoup plus longtemps que la mesure législative applicable en matière de normes d'emploi.

La question de savoir s'il y a preuve *prima facie* de l'existence de discrimination — qui transfère le fardeau de justification à l'employeur — dépend des faits particuliers de l'affaire, dont les clauses négociées d'un contrat. Dans l'affaire *Meiorin*, la preuve *prima facie* de l'existence de discrimination était liée au fait que l'exigence en cause avait pour effet concret d'empêcher la plupart des femmes d'exercer le métier de pompier. Cela était suffisant pour obliger l'employeur à justifier cette exigence.

Les arbitres saisis d'un cas comme la présente affaire doivent déterminer, dans chaque cas, si la convention particulière négociée par les parties est discriminatoire à première vue. Un très bref congé d'invalidité ou de maladie soulève plus de questions qu'un long congé de cette nature. Pour décider s'il y a preuve *prima facie* de l'existence de discrimination, il faut apprécier, en fonction de la nature de l'emploi et d'autres facteurs pertinents, le délai prévu par la clause négociée.

En l'espèce, quoiqu'il l'ait fait en analysant la question de l'accommodement raisonnable, l'arbitre a conclu que le délai de trois ans prévu par la

by the collective agreement — refusing to maintain the employment of someone who has been "totally incapable" of performing the job for three years and who, after three years, continues to be "totally incapable" of doing so — did not raise a *prima facie* case of discrimination. He stated: [TRANSLATION] "it seems clear that clause 12.11.5 of the collective agreement in no way infringes sections 10 and 16 of the *Charter of human rights and freedoms*" (SOQUIJ AZ-50227506, at p. 21). In the Superior Court, Poulin J. endorsed the arbitrator's conclusion ([2004] Q.J. No. 7555 (QL), at paras. 31-42). I see no reason to interfere with the arbitrator's conclusion on this point.

Far from representing discrimination on the basis of disability, the length of this termination clause represents, in purpose and effect, extensive protection from job loss caused by disability. Through clause 12.11.5 of the collective agreement, the union has negotiated exemplary protection for employees who are absent due to illness or accident unrelated to work (work-related accidents or illnesses are covered by a different provision). For 36 months, the employee's job and seniority are protected. According to the definition of "disability" in clause 23.03 of the collective agreement, employees can lose their jobs only if, at the end of the three years, they are [TRANSLATION] "totally incapable of the usual duties of his or her job and of any other comparable, similarly compensated job".

Non-culpable absenteeism, including the failure to achieve a reasonable degree of attendance because of illness, is accepted in arbitral jurisprudence as a just cause for dismissal. The absence of a protection such as the one found in clause 12.11.5 leaves an employee vulnerable to the unpredictable judgment of an employer as to whether his or her "innocent absenteeism" for illness is excessive and therefore justifies dismissal. Here, just cause is only presumed after three years of absence. The clause replaces the uncertainty with a guarantee of job protection for three years. It is common sense that the union and employer would make the trade-offs necessary to avoid an individualized, case-by-case approach to

convention collective — en vertu duquel il peut être mis fin à l'emploi de quelqu'un qui est « totalement incapable » d'exercer ses fonctions depuis trois ans et qui, après trois ans, est encore « totalement incapable » de le faire — ne constituait pas une preuve *prima facie* de discrimination. Il a ajouté : « il apparaît clair que cet article 12.11.5 de la convention collective ne va aucunement à l'encontre des articles 10 et 16 de la *Charte des droits et libertés de la personne* » (SOQUIJ AZ-50227506, p. 21). En Cour supérieure, la juge Poulin a souscrit à la conclusion de l'arbitre ([2004] J.Q. nº 7555 (QL), par. 31-42). Je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de l'arbitre à cet égard.

61 Loin de constituer de la discrimination fondée sur une déficience, le délai établi par cette clause prévoyant la cessation assure, de par son objet et son effet, une protection considérable contre la perte d'emploi due à une déficience. Grâce à la clause 12.11.5 de la convention collective, le syndicat a négocié une protection exemplaire pour les employés absents en raison d'une maladie ou d'un accident non liés au travail (les accidents ou maladies liés au travail faisant l'objet d'une autre disposition). L'emploi et l'ancienneté de l'employé sont protégés pendant 36 mois. Selon la définition du terme « invalidité » à la clause 23.03 de la convention collective, l'employé peut perdre son emploi uniquement si, au bout de ces trois années, il est « totalement incapable d'accomplir les tâches habituelles de son emploi et de tout autre emploi analogue ».

62 La jurisprudence en matière d'arbitrage reconnaît que l'absentéisme non coupable, dont l'omission d'assurer une présence raisonnable en raison d'une maladie, est un motif valable de congédiement. En l'absence de protection comme celle assurée par la clause 12.11.5, l'employé est à la merci du jugement imprévisible d'un employeur quant à savoir si son « absentéisme innocent » pour cause de maladie est excessif et justifie, par conséquent, son congédiement. En l'espèce, l'existence d'un motif valable n'est présumée qu'après trois années d'absence. La clause substitue à l'incertitude une garantie de protection d'emploi pendant trois ans. Logiquement, le syndicat et l'employeur feraient les

undefined periods of absence and, instead, try to delineate a universal, generous period of job protection for disabled employees beyond which the mutual rights and obligations end.

63 This does not target individuals arbitrarily and unfairly because they are disabled; it balances an employer's legitimate expectation that employees will perform the work they are paid to do with the legitimate expectations of employees with disabilities that those disabilities will not cause arbitrary disadvantage. If the employee is able to return to work, the same or an analogous job remains available. If not, he or she lacks, and has lacked for three years, the ability to perform the job. This, it seems to me, is precisely what is protected by s. 20 of the *Quebec Charter* which states, in part, that "[a] distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment . . . is deemed non-discriminatory."

64 On the facts and the findings of the arbitrator, the claimant did not establish *prima facie* discrimination. Absent this, the employer is not called upon to justify the standard or its conduct.

65 For these reasons, I agree with the conclusion of Deschamps J. that the appeal should be allowed.

APPENDIX

Collective Agreement

[TRANSLATION]

3.01 The employer shall treat its employees fairly, and the union shall encourage them to do their work properly.

. . .

3.03 For the purposes of this collective agreement, neither management, nor the union, nor their

compromis nécessaires pour éviter que les absences pendant une période indéterminée soient traitées de manière ponctuelle et individualisée et ils essaieraient plutôt d'établir, pour les employés ayant une déficience, un délai généreux et universel de protection d'emploi à l'expiration duquel les droits et obligations mutuels s'éteindraient.

Une telle mesure ne vise pas des individus d'une manière arbitraire et injuste parce qu'ils ont une déficience; elle établit un équilibre entre l'attente légitime de l'employeur, à savoir que ses employés accompliront le travail pour lequel ils sont payés, et celle des employés ayant une déficience, à savoir que cette déficience ne leur fera pas subir un désavantage arbitraire. Si l'employé est apte à retourner au travail, il conserve la possibilité d'occuper le même emploi ou un emploi analogue. Sinon, il n'est plus en mesure d'exercer ses fonctions, et ce, depuis trois ans. Telle est exactement, me semble-t-il, la protection qu'offre l'art. 20 de la *Charte* québécoise, qui prévoit notamment qu'« [u]ne distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi [. . .] est réputée non discriminatoire. »

Compte tenu des faits et des conclusions de l'arbitre, la demanderesse n'a pas établi l'existence de discrimination à première vue. En l'absence de cette preuve, l'employeur n'a pas à justifier la norme ou son comportement.

Pour ces raisons, je souscris donc à la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle il y a lieu d'accueillir le pourvoi.

ANNEXE

Convention collective

3.01 L'employeur traite ses personnes salariées avec justice et le syndicat les encourage à fournir un travail adéquat.

. . .

3.03 Aux fins de l'application de la présente convention collective, ni la direction, ni le syndicat,

respective representatives shall make threats, exercise coercion or discriminate against an employee because of the employee's race, colour, nationality, social origin, language, sex, pregnancy, sexual orientation, marital status, age, religious beliefs or lack thereof, political opinions, disability, kinship, parental situation or exercise of a right conferred on the employee by this agreement or by law.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying, impairing or restricting a right conferred by this agreement or by law for one of the reasons set out above.

Notwithstanding the above, a distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required to perform the duties of a position is deemed non-discriminatory.

. . .

5.03 No special agreement between an employee and the employer respecting working conditions that differ from those provided for in this agreement or that are not provided for in this agreement shall be valid without the written approval of the union.

. . .

12.11 An employee shall lose his or her seniority rights and his or her employment in the following cases:

1- voluntary termination of his or her employment;

2- in the case of a student, a return to full-time studies constitutes voluntary termination of employment. This paragraph applies only to students hired as replacements for the annual leave (vacation) period;

3- dismissal;

ni leurs représentants respectifs, n'exercent de menaces, contraintes ou discrimination contre une personne salariée à cause de sa race, de sa couleur, de sa nationalité, de son origine sociale, de sa langue, de son sexe, de sa grossesse, de son orientation sexuelle, de son état civil, de son âge, de ses croyances religieuses ou de leur absence, de ses opinions politiques, de son handicap, de ses liens de parenté, de sa situation parentale ou de l'exercice d'un droit que lui reconnaît la présente convention ou la loi.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire, de compromettre ou de restreindre un droit que lui reconnaît la présente convention ou la loi pour l'un des motifs ci-haut prévus.

Malgré ce qui précède, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises pour accomplir les tâches d'un poste est réputée non discriminatoire.

Selon que le contexte le requerra, tout mot écrit au genre masculin comprend le genre féminin.

. . .

5.03 Aucune entente particulière relative à des conditions de travail différentes de celles prévues dans la présente convention, ou aucune entente particulière relative à des conditions de travail non prévues dans la présente convention, entre une personne salariée et l'employeur, n'est valable à moins qu'elle n'ait reçu l'approbation écrite du syndicat.

. . .

12.11 La personne salariée perd son ancienneté et son emploi dans les cas suivants :

1- abandon volontaire de son emploi;

2- dans le cas d'un étudiant, le retour aux études à temps complet constitue un abandon volontaire de son emploi. Seuls les étudiants embauchés pour la période et pour le remplacement du congé annuel (vacances) seulement sont touchés par les dispositions du présent alinéa;

3- renvoi;

4- lay-off for a period exceeding twelve (12) months, except in the case of an employee to whom clause 15.03 applies;

5- absence by reason of illness or of an accident other than an industrial accident or occupational disease (see above), after the thirty-sixth (36th) month of absence.

. . .

23.03 Definition of disability

Disability means a state of incapacity resulting from an illness — including an accident, a pregnancy complication, a tubal ligation, vasectomy or similar case related to family planning, or an organ donation — that requires medical care and renders the employee totally incapable of performing the usual duties of his or her job or of any other comparable, similarly compensated job offered to the employee by the employer.

23.04 A period of disability is any continuous period of disability or a succession of periods separated by fewer than fifteen (15) days of full-time work or availability for full-time work, unless the employee demonstrates to the satisfaction of the employer or the employer's representative that a subsequent period is attributable to an illness or accident that is totally unrelated to the cause of the earlier disability.

23.17 . . .

(c) From the eighth (8th) week of disability within the meaning of clause 23.03, an employee holding a position and receiving salary insurance benefits may, at the employee's request and upon the recommendation of the employee's attending physician, benefit from one or more periods of job rehabilitation within a period not exceeding three (3) consecutive months. This job rehabilitation must be agreed to by the employer and must allow the employee to perform all the usual duties of the position. During any rehabilitation period, the salary insurance plan shall continue to apply to the employee.

4- mise à pied excédant douze (12) mois sauf pour les personnes salariées bénéficiant des dispositions du paragraphe 15.03;

5- absence pour maladie ou accident autre qu'accident du travail ou maladie professionnelle (ci-haut mentionnée) après le trente-sixième (36e) mois d'absence.

. . .

23.03 Définition d'invalidité

Par invalidité, on entend un état d'incapacité résultant d'une maladie y compris un accident ou une complication d'une grossesse, d'une ligature tubaire, d'une vasectomie, de cas similaires reliés à la planification familiale ou d'un don d'organe, faisant l'objet d'un suivi médical et qui rend la personne salariée totalement incapable d'accomplir les tâches habituelles de son emploi et de tout autre emploi analogue et comportant une rémunération similaire qui lui est offert par l'employeur.

23.04 Une période d'invalidité est toute période continue d'invalidité ou une suite de périodes successives séparées par moins de quinze (15) jours de travail effectif à plein temps ou de disponibilité pour un travail à plein temps, à moins que la personne salariée n'établisse à la satisfaction de l'employeur ou de son représentant qu'une période subséquente est attribuable à une maladie ou un accident complètement étranger à la cause de l'invalidité précédente.

23.17 . . .

c) À compter de la huitième (8e) semaine d'invalidité au sens du paragraphe 23.03, une personne salariée titulaire d'un poste qui reçoit des prestations d'assurance-salaire peut, à sa demande et sur recommandation de son médecin traitant, bénéficier d'une ou plusieurs périodes de réadaptation dans son poste, à l'intérieur d'un délai d'une durée maximale de trois (3) mois consécutifs. Cette réadaptation est possible après entente avec l'employeur et pourvu qu'elle puisse permettre à la personne salariée d'accomplir toutes les tâches habituelles de son poste. Durant toute période de réadaptation, la personne salariée continue d'être assujettie au régime d'assurance-salaire.

At the end of the period of three (3) months, the employer and the employee may, on the recommendation of the attending physician, agree to extend this period for up to three (3) consecutive months.

The employee may terminate the period of rehabilitation before the end of the period agreed upon by submitting a medical certificate from the employee's attending physician.

During the rehabilitation period, the employee is entitled to receive both his or her salary for the proportion of the time worked and the benefits for which he or she is eligible for the proportion of the time not worked.

No period of rehabilitation shall have the effect of interrupting the disability period or extending the period of payment of full or partial salary insurance benefits beyond one hundred and four (104) weeks of benefits for the disability.

At the end of a rehabilitation period, the employee may return to his or her position if he or she is no longer disabled. If the disability persists, the employee shall continue to receive benefits as long as he or she is eligible therefor.

Au terme du délai de trois (3) mois, l'employeur et la personne salariée peuvent convenir, sur recommandation du médecin traitant, de prolonger ce délai pour une durée maximale de trois (3) mois consécutifs.

La personne salariée peut mettre fin à sa période de réadaptation avant la fin de la période convenue sur présentation d'un certificat médical de son médecin traitant.

Lorsqu'elle est en réadaptation, la personne salariée a droit d'une part, à son salaire pour la proportion du temps travaillé et d'autre part, à la prestation qui lui est applicable pour la proportion du temps non travaillé.

Toute période de réadaptation n'a pas pour effet d'interrompre la période d'invalidité ni de prolonger la période de paiement des prestations, complètes ou réduites, d'assurance-salaire au-delà de cent quatre (104) semaines de prestation pour cette invalidité.

À la fin d'une période de réadaptation, la personne salariée peut reprendre son poste si elle n'est plus invalide. Si son invalidité persiste, la personne salariée continue de recevoir sa prestation, tant qu'elle y est admissible.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Colby, Monet, Demers, Delage & Crevier, Montréal; Lang Michener, Ottawa.

Procureurs de l'appelant : Colby, Monet, Demers, Delage & Crevier, Montréal; Lang Michener, Ottawa.

Solicitors for the respondent union: Pepin et Roy, Montréal.

Procureurs du syndicat intimé : Pepin et Roy, Montréal.

Solicitor for the intervener: ARCH Disability Law Centre, Toronto.

Procureur de l'intervenant : ARCH Disability Law Centre, Toronto.

Alain Beaudry *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada and Canadian Professional Police Association *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* BEAUDRY

Neutral citation: 2007 SCC 5.

File No.: 31195.

2006: May 12; 2007: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Power of appellate court — Unreasonable verdict — Police discretion — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

Criminal law — Obstructing justice — Elements of offence — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Relationship between offence of obstructing justice and police discretion — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139(2).

The accused, a police officer, was charged with obstructing justice under s. 139(2) of the *Criminal Code* for deliberately failing to gather the evidence needed to lay criminal charges against P, another police officer, who he had reasonable grounds to believe had been operating a motor vehicle while intoxicated. At trial, the accused contended that his decision was a proper exercise of police discretion, while the Crown argued

Alain Beaudry *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada et Association canadienne de la police professionnelle *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BEAUDRY

Référence neutre : 2007 CSC 5.

N° du greffe : 31195.

2006 : 12 mai; 2007 : 31 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels — Pouvoir d'une cour d'appel — Verdict déraisonnable — Pouvoir discrétionnaire d'un policier — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Le verdict est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Droit criminel — Entrave à la justice — Éléments de l'infraction — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Relation entre l'infraction d'entrave à la justice et le pouvoir discrétionnaire d'un policier — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2).

L'accusé, un agent de police, a été inculpé d'entrave à la justice en vertu du par. 139(2) du *Code criminel* pour avoir omis délibérément de recueillir les éléments de preuve nécessaires au dépôt éventuel d'accusations criminelles contre P, un autre policier, dont il avait des motifs raisonnables de croire qu'il avait conduit un véhicule à moteur en état d'ébriété. Au procès, l'accusé a prétendu que sa décision constituait un exercice

that the decision was founded on preferential treatment. The trial judge concluded that the accused had not exercised his discretion when he had deliberately failed to take breath samples, but that he had instead granted preferential treatment to P. The judge accordingly convicted him. The majority of the Court of Appeal upheld the conviction. This is an appeal as of right, and the issue is whether the verdict was unreasonable within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*.

Held (McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps and Fish JJ. dissenting): The appeal should be dismissed and the conviction upheld.

Per LeBel, Abella, Charron and Rothstein JJ.: A police officer who has reasonable grounds to believe that an offence has been committed, or that a more thorough investigation might produce evidence that could form the basis of a criminal charge, may exercise his or her discretion to decide not to engage the judicial process. But this discretion is not absolute. The exercise of the discretion must be justified subjectively, that is, the discretion must have been exercised honestly and transparently, and on the basis of valid and reasonable grounds; it must also be justified on the basis of objective factors. In determining whether a decision resulting from an exercise of police discretion is proper, it is therefore important to consider the material circumstances in which the discretion was exercised. The justification offered must be proportionate to the seriousness of the conduct and it must be clear that the discretion was exercised in the public interest. In the case at bar, it is clear from the evidence that, while the events that led to the police action did not represent the gravest of all possible situations, they were nonetheless serious. P, who was driving at high speed with a flat tire, went through a stop sign, almost hit the median, and continued to drive for some distance even though the patrol car's lights were flashing. Once the accused suspected that P had been drinking, he had to be even more circumspect in deciding how to act. [37-41]

While the administrative directives that apply to the situation in issue can shed light on the circumstances of the exercise of the discretion, they cannot be determinative. These directives do not have the force of law and cannot alter the scope of a discretion that is founded in the common law or a statute. Section 254(2) of the *Criminal Code* is the only legislative provision that applies in the instant case and it gives

légitime de la discrétion policière alors que le ministère public a soutenu que la décision était fondée sur un traitement de faveur. Le juge du procès a conclu que l'accusé n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a délibérément omis de recueillir des échantillons d'haleine, et qu'il avait plutôt accordé un traitement de faveur à P. Le juge l'a donc condamné. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi en est un de plein droit et la question en litige est de savoir si le verdict est déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Deschamps et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté et la déclaration de culpabilité maintenue.

Les juges LeBel, Abella, Charron et Rothstein : Un agent de police qui a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou qu'une enquête plus approfondie permettrait d'obtenir des éléments de preuve susceptibles de mener au dépôt d'accusations pénales, peut exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas emprunter la voie judiciaire. Ce pouvoir n'est toutefois pas absolu. Son exercice doit se justifier subjectivement — c'est-à-dire qu'il doit nécessairement être honnête et transparent et reposer sur des motifs valables et raisonnables; il doit aussi être justifié au regard d'éléments objectifs. Au moment de décider de la légitimité d'une décision discrétionnaire, il importe donc de s'attacher aux circonstances matérielles qui ont donné lieu à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La justification avancée devra être proportionnée à la gravité des actes, et le pouvoir devra avoir été manifestement exercé dans l'intérêt public. Dans la présente affaire, la preuve établit clairement que les faits à l'origine de l'intervention policière, sans être des plus graves, étaient néanmoins sérieux. P, qui circulait à grande vitesse avec un pneu crevé, a omis un arrêt obligatoire, failli percuter le terre-plein et continué à rouler sur une bonne distance malgré le fonctionnement des gyrophares. Dès que l'accusé a soupçonné P d'avoir consommé de l'alcool, il devait envisager son intervention avec encore plus de réserve. [37-41]

Les directives administratives applicables au cas considéré peuvent éclairer les circonstances de l'exercice du pouvoir discrétionnaire mais elles ne sont pas déterminantes. Ces directives n'ont pas force de loi et ne peuvent modifier la portée d'un pouvoir discrétionnaire qui, lui, tire sa source de la common law ou d'une loi. Dans la mesure où le par. 254(2) du *Code criminel*, le seul texte législatif applicable en l'espèce, confère à

peace officers the power, but does not impose on them a duty, to take breath samples. Thus, the municipality's police practices manual cannot transform the discretion to decide whether or not samples should be taken into a binding legal rule. Finally, although in Quebec it is a Crown prosecutor who authorizes the laying of criminal charges, the police officer's discretion is not limited by the discretion of the Crown prosecutor. In discharging their respective duties, both the police officer and the prosecutor have a discretion that must be exercised independently of any outside influence. [44-48]

The accused cannot be convicted of the offence provided for in s. 139(2) of the *Criminal Code* solely because he has exercised his discretion improperly. Where the discretionary power is relied upon, the analysis of the *actus reus* of the offence of obstructing justice must be carried out in two stages. It must first be determined whether the conduct in issue can be regarded as a proper exercise of police discretion. If so, there is no need to go any further, since it would be paradoxical to say that conduct that tends to defeat the course of justice can at the same time be justified as an exercise of police discretion. If, beyond a reasonable doubt, the answer is no, it must then be determined whether the offence of obstructing justice has been committed. The *actus reus* of the offence will thus be established only if the act tended to defeat or obstruct the course of justice. Regarding *mens rea*, this is a specific intent offence. The prosecution must prove beyond a reasonable doubt that the accused did in fact intend to act in a way tending to obstruct, pervert or defeat the course of justice. A simple error of judgment will not be enough. An accused who acted in good faith, but whose conduct cannot be characterized as a legitimate exercise of the discretion, has not committed the criminal offence of obstructing justice. [49-52]

In the instant case, the guilty verdict is reasonable and is supported by a perfectly plausible interpretation of the evidence. The trial judge made no error of law, and it is apparent from the record that there was evidence to support each element of the offence. The resolution of the determinative issue turned on the credibility of the accused, and the trial judge was in the best position to assess the credibility of the witnesses and to determine whether the evidence left room for a reasonable doubt. His findings of fact provide ample support for his conclusion that the accused had, beyond

l'agent de la paix le pouvoir, mais ne lui impose pas l'obligation, de recueillir des échantillons d'haleine, le *Guide de pratiques policières* de la municipalité ne peut faire du pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou non la prise d'échantillons une norme juridique obligatoire. Enfin, bien qu'au Québec il revienne au substitut du procureur général de décider d'autoriser ou non le dépôt d'accusations pénales, le pouvoir discrétionnaire du policier n'est pas limité par celui du substitut du procureur général. Dans l'accomplissement de leurs fonctions respectives, le policier et le substitut du procureur général jouissent d'un pouvoir discrétionnaire qu'ils doivent exercer indépendamment de toute influence externe. [44-48]

L'accusé ne peut être déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 139(2) du *Code criminel* pour le seul motif qu'il n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de manière légitime. Lorsque le pouvoir discrétionnaire est invoqué, l'analyse de l'élément matériel de l'infraction d'entrave à la justice doit comporter deux étapes. Il faut déterminer en premier lieu si les actes reprochés peuvent être considérés comme un exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du policier. Dans l'affirmative, il n'y pas lieu d'aller plus loin puisqu'il serait antinomique de prétendre qu'un acte peut à la fois tendre à contrecarrer le cours de la justice et trouver sa justification dans le pouvoir discrétionnaire de la police. Si, hors de tout doute raisonnable, la réponse est négative, il faut alors déterminer si l'infraction d'entrave au cours de la justice a été commise. L'*actus reus* de l'infraction ne sera donc établi que si l'acte tendait à contrecarrer ou à entraver le cours de la justice. En ce qui concerne la *mens rea*, il s'agit d'une infraction requérant une intention spécifique. La poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait bel et bien l'intention d'adopter une conduite tendant à entraver, détourner ou contrecarrer le cours de la justice. Une simple erreur de jugement ne suffit pas. L'accusé qui a agi de bonne foi, mais dont la conduite ne peut être assimilée à un exercice légitime du pouvoir discrétionnaire, n'a pas commis l'infraction criminelle d'entrave à la justice. [49-52]

En l'espèce, le verdict de culpabilité est raisonnable et s'appuie sur une interprétation tout à fait plausible de la preuve. Le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit et le dossier révèle que des éléments de preuve appuient chacune des composantes de l'infraction. Le règlement de la question déterminante reposait sur la crédibilité de l'accusé et le juge du procès était dans une position privilégiée pour apprécier la crédibilité des témoins et déterminer si la preuve laissait place à un doute raisonnable. Ses conclusions factuelles étayent amplement sa conclusion hors de tout doute raisonnable

a reasonable doubt, breached his duty by giving preferential treatment to P because P was a peace officer, and that he had had the specific intent to obstruct, pervert or defeat the course of justice by not taking the breath samples that would have been needed to lay a charge against P. [4] [55] [74]

The analysis of the evidence made by the dissenting judge in the Court of Appeal is incompatible with the role of an appellate court in reviewing whether a verdict is unreasonable. He exceeded the limits of his role in reinterpreting the evidence presented at trial and interfering with the assessment of the credibility of certain witnesses without showing appropriate deference to the trial judge's findings. His analysis should have focussed on the question whether the verdict was reasonable. [4] [27]

Per Binnie J.: Where the findings of facts essential to the verdict are "demonstrably incompatible" with evidence that is neither contradicted by other evidence nor rejected by the trial judge, such a verdict would lack legitimacy and would properly be treated as "unreasonable" under s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*. However, the circumstances of this case do not meet the test proposed by the minority. The key issue at trial was credibility and the faults identified by the minority in the trial judge's reasons have neither the centrality to the verdict nor the incompatibility with the record sufficient to justify a reversal. [79-80]

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps and Fish JJ. (dissenting): At least in non-jury cases, appellate courts may find a verdict to be unreasonable under s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code* even where the verdict was available on the record. No one should stand convicted on the strength of manifestly bad reasons. A verdict that was reached illogically or irrationally is hardly made reasonable by the fact that another judge could reasonably have convicted or acquitted the accused. While an appellate court, in determining whether a trial judge's verdict is unreasonable, cannot substitute its own view of the facts for that of the judge, a verdict cannot be reasonable within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i) if it is made to rest on findings of fact that are demonstrably incompatible with evidence that is neither contradicted by other evidence nor rejected by the judge. [96-98]

que l'accusé avait manqué à son devoir en accordant un traitement de faveur à P parce qu'il était agent de la paix et qu'il a eu l'intention spécifique d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice en ne recueillant pas les échantillons d'haleine nécessaires à ce qu'une accusation soit déposée contre P. [4] [55] [74]

L'analyse de la preuve mise de l'avant par le juge dissident en Cour d'appel est incompatible avec le rôle d'une cour d'appel appelée à statuer sur le caractère déraisonnable d'un verdict. Il a outrepassé son rôle en réinterprétant la preuve présentée au procès et en intervenant dans l'appréciation de la crédibilité de certains témoins, sans faire preuve de la déférence qui s'impose à l'endroit du juge du procès. Son analyse aurait dû porter sur le caractère raisonnable ou non du verdict. [4] [27]

Le juge Binnie : Si les conclusions de fait essentielles au verdict étaient des conclusions « dont on peut démontrer qu'elles sont incompatibles » avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge du procès, un tel verdict serait privé de légitimité et pourrait être considéré comme « déraisonnable » aux termes du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*. Cependant, les circonstances de l'espèce ne satisfont pas au critère que proposent les juges de la minorité. La question clé au procès était la crédibilité et les vices que la minorité a identifiés dans les motifs du juge du procès ne sont pas à ce point importants pour le verdict et incompatibles avec la preuve qu'il soit justifié d'infirmer sa décision. [79-80]

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Deschamps et Fish (dissidents) : Du moins dans les procès sans jury, les cours d'appel peuvent conclure qu'un verdict est déraisonnable aux termes du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel* même si la preuve autorisait qu'il soit prononcé. Nul ne devrait être reconnu coupable sur le fondement de motifs manifestement mauvais. Un verdict auquel on est arrivé d'une façon illogique ou irrationnelle peut difficilement devenir raisonnable du fait qu'un autre juge aurait pu raisonnablement condamner ou acquitter l'accusé. Lorsqu'elle détermine si un verdict prononcé par le juge du procès est déraisonnable, une cour d'appel ne peut pas substituer son appréciation personnelle des faits à celle du juge, mais un verdict ne saurait être raisonnable au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i) s'il repose sur des conclusions de fait dont on peut démontrer qu'elles sont incompatibles, comme en l'espèce, avec des éléments de preuve qui ne sont ni contredits par d'autres éléments de preuve ni rejetés par le juge. [96-98]

This is a case where the trial judge's reasons suffer, in the language of *Biniaris*, from flaws in the evaluation and analysis of the evidence that justify reversal. This is particularly true with regard to the only real issue in the case: whether the accused had acted corruptly or dishonestly, with the requisite intent to obstruct justice. The accused's conduct in this affair has been marked throughout by transparency, not concealment, and none of the evidence relied upon by the trial judge provides a reasonable foundation for the findings of fact upon which he caused his verdict to rest. More particularly, none of it can reasonably be said to establish that the accused failed to obtain breath samples from P because he wished, for an improper motive, to hinder or foreclose P's prosecution. Therefore, the trial judge's verdict is "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i). Although there was evidence upon which a trier of fact could reasonably find the accused guilty as charged, the accused was nonetheless entitled to a decision that was supported by the reasons upon which it was said to be founded. In the circumstances, a new trial would be more appropriate than an acquittal. [83] [101] [110-111] [115]

Cases Cited

By Charron J.

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 1 All E.R. 763; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *R. v. Jageshur* (2002), 169 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565; *R. v. Regan*, [2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12; *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65; *R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257; *R. v. Hearn* (1989), 48 C.C.C. (3d) 376, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1180; *R. v. Charbonneau* (1992), 13 C.R. (4th) 191; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9; *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17; *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. v. G. (G.)* (1995), 97 C.C.C. (3d) 362; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474.

By Binnie J.

Referred to: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26.

Il s'agit d'un cas où les motifs du juge du procès souffrent, pour reprendre les termes employés dans *Biniaris*, de lacunes dans l'évaluation et l'analyse de la preuve qui permettent de justifier l'annulation. Cela vaut en particulier pour la seule véritable question qui se pose en l'espèce : si l'appelant a agi par corruption ou malhonnêteté, avec l'intention d'entraver la justice. L'accusé a eu tout au long de cette affaire un comportement empreint de transparence et non de dissimulation, et aucun des éléments de preuve sur lesquels s'est appuyé le juge du procès n'offre un fondement raisonnable aux conclusions de fait sur lesquelles il a fait reposer son verdict. Plus particulièrement, on peut raisonnablement affirmer qu'aucun de ces éléments de preuve n'établit que l'accusé a omis d'obtenir des échantillons d'haleine de P parce qu'il voulait, pour une raison illicite, gêner ou empêcher une poursuite contre P. Par conséquent, le verdict du juge du procès est « déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i). Bien qu'il existait des éléments de preuve au vu desquels un juge des faits pouvait raisonnablement déclarer l'accusé coupable de l'infraction reprochée, l'accusé avait néanmoins droit à une décision qu'autorisaient les motifs sur lesquels elle était censée reposer. Dans les circonstances, un nouveau procès serait plus approprié qu'un acquittement. [83] [101] [110-111] [115]

Jurisprudence

Citée par la juge Charron

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 1 All E.R. 763; *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *R. c. Jageshur* (2002), 169 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565; *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12; *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65; *R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257; *R. c. Hearn* (1989), 48 C.C.C. (3d) 376, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1180; *R. c. Charbonneau* (1992), 13 C.R. (4th) 191; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9; *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17; *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193; *R. c. G. (G.)* (1995), 97 C.C.C. (3d) 362; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474.

Citée par le juge Binnie

Arrêt mentionné : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26.

By Fish J. (dissenting)

R. v. Gagnon, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *R. v. Kerr* (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 139(2), 253, 254(2), 649, 686(1)(*a*).
Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 48.

Authors Cited

Ceyssens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1. Toronto: Earlscourt Legal Press, 1994 (loose-leaf updated January 2003, release 16).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Chamberland, Doyon and Giroux JJ.A.), [2005] R.J.Q. 2536, [2005] Q.J. No. 15282 (QL), 2005 QCCA 966, upholding the accused's conviction on a charge of obstructing justice. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps and Fish JJ. dissenting.

Gérald Soulière and *Tristan Desjardins*, for the appellant.

Charles Levasseur and *Daniel Grégoire*, for the respondent.

François Lacasse, for the intervener the Attorney General of Canada.

Ronald Picard, for the intervener the Canadian Professional Police Association.

English version of the judgment of LeBel, Abella, Charron and Rothstein JJ. delivered by

CHARRON J. — The appellant police officer, Alain Beaudry, is charged with obstructing justice under s. 139(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. It is alleged that he deliberately failed to gather the evidence needed to lay criminal charges against a suspect who he had reasonable grounds to

Citée par le juge Fish (dissident)

R. c. Gagnon, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *R. c. Kerr* (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2), 253, 254(2), 649, 686(1)*a*).
Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 48.

Doctrine citée

Ceyssens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1. Toronto : Earlscourt Legal Press, 1994 (loose-leaf updated January 2003, release 16).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Chamberland, Doyon et Giroux), [2005] R.J.Q. 2536, [2005] J.Q. nº 15282 (QL), 2005 QCCA 966, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé pour entrave à la justice. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Deschamps et Fish sont dissidents.

Gérald Soulière et *Tristan Desjardins*, pour l'appelant.

Charles Levasseur et *Daniel Grégoire*, pour l'intimée.

François Lacasse, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Ronald Picard, pour l'intervenante l'Association canadienne de la police professionnelle.

Le jugement des juges LeBel, Abella, Charron et Rothstein a été rendu par

LA JUGE CHARRON — L'appelant Alain Beaudry, un agent de police, est accusé d'entrave à la justice suivant le par. 139(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Il aurait omis délibérément de recueillir les éléments de preuve nécessaires au dépôt éventuel d'accusations criminelles 1

believe had been operating a motor vehicle while intoxicated. In answer to the charge, Mr. Beaudry contended that his decision was a proper exercise of police discretion. The Crown argued that the decision was founded not on police discretion, but on preferential treatment of a fellow police officer. Mr. Beaudry was tried by a judge sitting alone and was convicted. The decision of Judge Beaulieu of the Court of Québec was upheld by the Quebec Court of Appeal, Chamberland J.A. dissenting: [2005] R.J.Q. 2536, 2005 QCCA 966. Chamberland J.A. considered it unreasonable to [TRANSLATION] "reject the appellant's explanations, or at least to find that they did not raise a reasonable doubt as to whether he had honestly exercised his discretion as a police officer not to involve the courts in the case" (para. 65). Mr. Beaudry has appealed to this Court as of right.

2 The issue is therefore whether the trial judge's verdict was unreasonable within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i). This issue cannot be settled properly without first discussing police discretion generally and, more specifically, its relationship to the offence of obstructing justice. Once the applicable legal principles have been established, it will be possible to consider how the trial judge applied them to the evidence.

3 The fact that police discretion is an essential component of both our criminal justice system and the work of a police officer is not in issue. This discretion makes it possible to apply the law more fairly in real-life situations faced by the police. On this subject, I cannot agree completely with the reasons of the majority of the Court of Appeal, which were written by Doyon J.A. Rather, I agree with the legal analysis of Chamberland J.A., in dissent. With respect, I believe that Doyon J.A. has unduly limited the scope of the discretionary power by considering extrinsic factors such as internal directives, which do not have the force of law, and the discretion of Crown prosecutors. However, this aspect of his analysis has no impact on the question before us: whether the verdict

contre un suspect dont il avait des motifs raisonnables de croire qu'il avait conduit un véhicule à moteur en état d'ébriété. En réponse à l'accusation, M. Beaudry prétend que sa décision constituait un exercice légitime de la discrétion policière. Le ministère public soutient que la décision est fondée non pas sur le pouvoir discrétionnaire de la police, mais sur un traitement de faveur accordé à un confrère policier. À l'issue de son procès devant juge seul, M. Beaudry a été déclaré coupable. La décision du juge Beaulieu, de la Cour du Québec, a été maintenue par la Cour d'appel du Québec, le juge Chamberland inscrivant sa dissidence : [2005] R.J.Q. 2536, 2005 QCCA 966. Ce dernier était d'avis qu'il était déraisonnable de « rejeter les explications de l'appelant ou, à tout le moins, de conclure qu'elles ne soulevaient pas de doute raisonnable à l'égard du caractère honnête de l'exercice de sa discrétion, en tant que policier, de ne pas judiciariser l'affaire » (par. 65). Monsieur Beaudry se pourvoit devant la Cour de plein droit.

La question en litige est donc de savoir si le verdict du juge du procès est déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i). Pour trancher adéquatement, il faudra d'abord se pencher sur le pouvoir discrétionnaire des policiers en général et, plus particulièrement, sur sa relation avec l'infraction d'entrave à la justice. Instruit des principes juridiques applicables, l'on pourra ensuite passer à leur application à la preuve par le juge du procès.

Nul ne conteste que le pouvoir discrétionnaire des policiers est un élément essentiel tant de notre système de justice pénale que de la fonction d'agent de police. Il permet une application plus juste du droit aux situations concrètes auxquelles sont confrontés les policiers. Je ne peux, à ce sujet, souscrire entièrement aux motifs majoritaires de la Cour d'appel rédigés par le juge Doyon. Je partage plutôt l'analyse juridique du juge Chamberland, dissident. En toute déférence, je suis d'avis que le juge Doyon limite indûment la portée du pouvoir discrétionnaire en tenant compte de considérations extrinsèques telles que des directives internes qui n'ont pas force de loi ou le pouvoir discrétionnaire des substituts du procureur général. Cependant, cet aspect de son analyse n'a aucun impact sur la

was unreasonable. On this point, I agree with the majority.

As I will explain, the verdict of the Court of Québec judge is reasonable and it is supported by a perfectly plausible interpretation of the evidence. With respect, I believe that Chamberland J.A.'s analysis of the evidence is incompatible with the role of an appellate court in reviewing whether a verdict is unreasonable. In the instant case, the trial judge made no error of law. It is apparent from the record that there was evidence to support each element of the offence. The resolution of the determinative issue turned on the credibility of the accused. The trial judge was in the best position to assess the credibility of the witnesses and to determine whether the evidence left room for a reasonable doubt. I would therefore dismiss the appeal.

1. Facts

At the time of the events that led to this appeal, Alain Beaudry was an officer — a *sergent chargé de la relève* (shift supervisor) — of the police service of the city of Repentigny. On September 22, 2000, at about 3:30 a.m., Sergeant Beaudry was assisting Constable Martin Boucher and Constable Hugo Bélisle in a routine operation when they heard a vehicle coming toward them making an unusual noise, as if it was running on a flat tire. Taking the lead, Sergeant Beaudry returned to his patrol car and set off in pursuit of the vehicle, followed closely by his two colleagues. At that point, Sergeant Beaudry estimated that the vehicle, a minivan, was travelling at between 60 and 70 km/h, which was over the speed limit. He also had the impression that it was a stolen vehicle. Constable Boucher testified that, during the pursuit, the driver of the minivan drove through a stop sign and almost hit the median. Sergeant Beaudry communicated with the dispatcher at the police station, who told him that the vehicle had not been reported stolen and that it belonged to a resident of Repentigny named Patrick Plourde.

question qui nous occupe, soit le caractère déraisonnable du verdict. Sur ce point, je partage l'opinion de la majorité.

4 Comme j'entends le démontrer, le verdict du juge de la Cour du Québec est raisonnable et s'appuie sur une interprétation tout à fait plausible de la preuve. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis que l'analyse de la preuve mise de l'avant par le juge Chamberland, de la Cour d'appel, est incompatible avec le rôle d'une cour d'appel appelée à statuer sur le caractère déraisonnable d'un verdict. En l'espèce, le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit. Le dossier révèle que des éléments de preuve appuient chacune des composantes de l'infraction. Le règlement de la question déterminante reposait sur la crédibilité de l'accusé. Le juge du procès était dans une position privilégiée pour apprécier la crédibilité des témoins et déterminer si la preuve laissait place à un doute raisonnable. Je rejetterais donc le pourvoi.

1. Faits

5 Lors des faits à l'origine du présent pourvoi, Alain Beaudry est policier au service de police de la ville de Repentigny, où il a le grade de sergent chargé de la relève. Vers 3 h 30 du matin le 22 septembre 2000, le sergent Beaudry assiste les agents Martin Boucher et Hugo Bélisle lors d'une intervention de routine. Ils entendent un véhicule se diriger vers eux et faire un bruit anormal donnant à penser qu'il roule avec un pneu crevé. Prenant les devants, le sergent Beaudry regagne son autopatrouille et se lance à la poursuite du véhicule, aussitôt suivi par ses deux collègues. Le sergent Beaudry évalue alors la vitesse du véhicule — une mini-fourgonnette — à 60/70 km/h, ce qui dépasse la vitesse maximale permise. Il a aussi l'impression qu'il s'agit d'un véhicule volé. Selon l'agent Boucher, pendant la poursuite, le conducteur de la mini-fourgonnette omet un arrêt obligatoire et évite de peu le terre-plein. Le sergent Beaudry communique avec la répartitrice du poste de police, qui lui indique que le véhicule n'a pas été déclaré volé et qu'il appartient à un résidant de Repentigny, Patrick Plourde.

6 When the minivan finally stopped, Sergeant Beaudry was the first officer to approach the vehicle. The driver of the vehicle did not seem to pay much attention to Sergeant Beaudry, as he was trying to restrain a German shepherd inside the vehicle. Sergeant Beaudry ordered him, several times, to keep his hands on the steering wheel. The driver did not respond, but began to bang his head on the wheel. Sergeant Beaudry approached the vehicle and tried to speak with the driver, who was crying and talking in a confused manner. He also asked the driver whether he wanted to be taken to the hospital and to have someone look after his dog. This elicited no response either. After a few minutes, the driver got out of the vehicle and threw himself on the ground. While the police were helping him up, Mr. Plourde said, [TRANSLATION] "I do the same job as you do", and showed them his police badge.

Lorsque la mini-fourgonnette s'arrête enfin, Beaudry est le premier agent à s'approcher du véhicule. Le conducteur du véhicule semble faire peu de cas de sa présence, s'efforçant plutôt de retenir le berger allemand qui est à l'intérieur de la voiture. À quelques reprises, le sergent Beaudry lui intime l'ordre de garder ses mains sur le volant. Le conducteur ne réagit pas et se met à se cogner la tête contre le volant. S'approchant du véhicule, le sergent Beaudry essaie d'établir un dialogue avec le conducteur qui pleure et tient un discours confus. Il lui demande aussi s'il veut qu'on l'amène à l'hôpital et qu'on s'occupe de son chien. Il n'obtient pas davantage de réaction. Après quelques minutes, le conducteur sort du véhicule et se projette au sol. Tandis que les policiers l'aident à se relever, M. Plourde déclare : « Je fais la même job que vous autres » et montre son insigne de police.

7 At that point, Sergeant Beaudry remembered that he had met Constable Patrick Plourde about ten days earlier, when a colleague had asked him to act as a witness to a conversation he was having with a woman and Mr. Plourde. Although the woman did not want to file a complaint against Mr. Plourde, she wanted to warn him that she was not going to put up any more with his incessant telephone calls and threats to have his fellow police officers give her tickets if she kept refusing to date him. According to Sergeant Beaudry, she also said that she knew Mr. Plourde was depressed and was being treated by a physician. According to Mr. Plourde, however, the matter had not been raised. The occurrence report prepared by Constable Simard and countersigned by Sergeant Beaudry notes that the woman claimed that Mr. Plourde was [TRANSLATION] "mentally disturbed".

C'est à ce moment que le sergent Beaudry se souvient avoir rencontré l'agent Patrick Plourde une dizaine de jours auparavant lorsqu'un de ses collègues lui avait demandé d'agir à titre de témoin dans une conversation entre lui, une femme et M. Plourde. Sans vouloir porter plainte contre lui, la femme tient à avertir M. Plourde qu'elle ne tolérera plus ses appels téléphoniques incessants, non plus que ses menaces que ses collègues policiers lui donnent des contraventions si elle persiste à refuser de le fréquenter. Selon le sergent Beaudry, elle dit aussi savoir que M. Plourde est en dépression et qu'il est suivi par un médecin. Selon M. Plourde, le sujet n'aurait pas été abordé. Enfin, le rapport d'événement rédigé par l'agent Simard et contresigné par le sergent Beaudry signale que la femme prétend qu'il est « dérangé mentalement ».

8 After Mr. Plourde was back on his feet, the officers took him to the patrol car of Constable Boucher and Constable Bélisle. Mr. Plourde then banged his head several times on the hood of the vehicle, and the officers decided to handcuff him. He resisted, and it was while trying to get him under control that Sergeant Beaudry and his two colleagues first smelled alcohol. On cross-examination, Sergeant Beaudry expressly acknowledged that

Une fois M. Plourde relevé, les policiers le mènent à l'auto-patrouille des agents Boucher et Bélisle. Monsieur Plourde se frappe alors la tête à répétition sur le capot du véhicule. Les policiers décident de le menotter. Monsieur Plourde résiste et c'est en tentant de le maîtriser que le sergent Beaudry et ses deux collègues sentent pour la première fois une odeur d'alcool. Lors de son contre-interrogatoire, le sergent Beaudry reconnaît explicitement qu'il

this was when he suspected Mr. Plourde of driving while impaired. Mr. Plourde was then taken to the Repentigny police station in the vehicle of Constable Bélisle and Constable Boucher.

soupçonnait alors M. Plourde d'avoir conduit avec facultés affaiblies. Ce dernier est ensuite conduit au poste de police de Repentigny à bord du véhicule des agents Bélisle et Boucher.

While Sergeant Beaudry was en route to the station, the dispatcher asked him how to classify the occurrence. He told her: [TRANSLATION] "Enter it as 'Assistance to the public' for now." He testified that when he arrived at the station, he went to see Mr. Plourde, who was still sitting in the back seat of the patrol car. He offered once again to take him to the hospital, but Mr. Plourde refused. Mr. Plourde did not want anyone to be asked to come and pick him up either. Sergeant Beaudry decided to put him in the youth detention room to let him calm down. He testified that it was at this moment, when he saw Mr. Plourde staggering, that he had reasonable and probable grounds to believe that Mr. Plourde had in fact committed the offence of driving while impaired. 9

Pendant le trajet, la répartitrice demande au sergent Beaudry de qualifier l'intervention. Ce dernier lui répond : « Rentre ça "Assistance au public" pour tout de suite. » Selon son témoignage, une fois arrivé au poste, il va voir M. Plourde qui est toujours assis sur la banquette arrière de l'auto-patrouille. Il lui offre à nouveau de l'amener à l'hôpital, mais il refuse. Il ne veut pas non plus qu'on demande à qui que ce soit de venir le chercher. Le sergent Beaudry décide d'installer M. Plourde dans la salle de détention des mineurs pour lui permettre de reprendre ses esprits. Selon son témoignage, c'est à ce moment, en voyant la démarche chancelante de M. Plourde, que le sergent Beaudry acquiert des motifs raisonnables et probables de croire que ce dernier a bel et bien commis l'infraction de conduite avec facultés affaiblies.

This was also when he decided not to demand that Mr. Plourde take a breathalyzer test. He felt that Mr. Plourde was depressed and that he needed treatment. I would note in passing that it is uncontested that a qualified breathalyzer technician — Constable Boucher — was present and that samples could accordingly have been taken within the time provided for by law. 10

Ce serait aussi à ce moment qu'il prend la décision de ne pas faire subir l'alcootest à M. Plourde. Il aurait jugé que celui-ci était une personne dépressive qui avait besoin de soins. Je signale au passage que la présence sur les lieux d'un technicien compétent pour administrer l'alcootest — en l'occurrence l'agent Boucher — n'est pas contestée ni, par conséquent, le fait que les échantillons auraient pu être prélevés dans le délai prévu par la loi.

Later, Constable Boucher asked Sergeant Beaudry whether he should prepare an occurrence report. Sergeant Beaudry said yes. After looking at the list of occurrence codes, he told Constable Boucher to use the code for [TRANSLATION] "unclassified activity". Constable Boucher's report, which Sergeant Beaudry later countersigned, mentions, among other things, that Mr. Plourde was in an advanced state of intoxication. Sergeant Beaudry attached to his report a memorandum to Assistant Director Rocheleau stating that Patrick Plourde was an officer of the Sûreté du Québec and that his immediate superior might have to be contacted. 11

Plus tard, l'agent Boucher demande au sergent Beaudry s'il doit préparer un rapport concernant l'incident. Ce dernier répond par l'affirmative. Après avoir consulté la liste des codes de classification des événements, il lui dit d'utiliser le code « Activité non répertoriée ». Le rapport de l'agent Boucher, contresigné plus tard par le sergent Beaudry, fait notamment mention du fait que M. Plourde était dans un état d'ébriété avancé. Le sergent Beaudry joint à son rapport une note à l'intention du directeur-adjoint Rocheleau indiquant que Patrick Plourde est policier à la Sûreté du Québec et qu'il serait nécessaire de contacter son supérieur immédiat.

12 After being informed of the incident, Assistant Director Rocheleau called Sergeant Beaudry into his office. He asked him where the impaired driving report and breathalyzer results were. Sergeant Beaudry replied that he had exercised his discretion and decided neither to arrest Mr. Plourde nor to have him take a breathalyzer test. He explained that in his opinion Mr. Plourde was more in need of a helping hand than a blow to the head. Assistant Director Rocheleau did not accept this explanation and ordered Sergeant Beaudry to prepare an impaired driving report. About a half hour later, the assistant director asked him if the report was ready. Sergeant Beaudry replied that he had not started to write it, because he had asked his union if he had to obey the order, and was waiting for the union's answer. In response to pressure from the assistant director, an occurrence report entitled [TRANSLATION] "Impaired Driving" was filed. The report was signed by all the members of Sergeant Beaudry's team. As the report was only a few lines long, the senior officers of the Repentigny police were not satisfied with it, and they required that a proper report be written. A detailed report was not submitted until later that night.

Après avoir pris connaissance de l'incident, le directeur-adjoint Rocheleau convoque le sergent Beaudry à son bureau. Il lui demande où se trouve le rapport sur les facultés affaiblies et le résultat de l'alcootest. Le sergent Beaudry répond que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, il a décidé de ne pas arrêter M. Plourde ni lui faire subir l'alcootest. Il explique que, selon lui, ce dernier avait plus besoin d'un coup de main que d'un coup sur la tête. Le directeur-adjoint Rocheleau n'accepte pas cette explication et ordonne au sergent Beaudry de préparer un rapport de facultés affaiblies. Environ une demi-heure après, le directeur-adjoint demande au sergent Beaudry si le rapport est prêt. Ce dernier répond qu'il n'en a pas commencé la rédaction, car il attend la réponse de son syndicat auquel il a demandé s'il devait obtempérer à cet ordre. Suite aux pressions du directeur-adjoint, un rapport d'activités intitulé « Facultés affaiblies » est versé au dossier. Le rapport est signé par tous les membres de l'équipe du sergent Beaudry. Comme il ne fait que quelques lignes, la direction de la police de Repentigny n'en est pas satisfaite et exige un rapport en bonne et due forme. Ce n'est que plus tard dans la soirée qu'un rapport détaillé est soumis.

2. Court of Québec

2. Cour du Québec

13 After setting out the evidence introduced by the parties in great detail, Judge Beaulieu reviewed the applicable law. He began by discussing the burden of proof, and correctly pointed out that the Crown had the onus of proving the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. Because the accused had testified at trial, and because it was necessary to assess the credibility of his testimony, Judge Beaulieu instructed himself in accordance with the principles set out by this Court in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742. He observed that to find the accused guilty requires more than just disbelief of his version of the facts. It must also be determined whether that version raises a reasonable doubt, or whether it is possible, based on the evidence as a whole, to find beyond a reasonable doubt that the accused is guilty.

Après avoir relaté avec force détails les éléments de preuve présentés par les parties, le juge Beaulieu fait état du droit applicable. Tout d'abord, il s'attarde au fardeau de preuve et souligne à juste titre qu'il revient au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. Puisque l'accusé a témoigné au procès et qu'il doit apprécier la crédibilité de son témoignage, le juge Beaulieu rappelle les enseignements de notre Cour dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742. Il note qu'il ne suffit pas de ne pas croire la version des faits de l'accusé pour le déclarer coupable. Il faut aussi déterminer si cette version soulève un doute raisonnable ou si la preuve dans son ensemble permet de conclure hors de tout doute raisonnable que l'accusé est coupable.

14 Judge Beaulieu then considered the offence of obstructing justice and noted that the Crown

Ensuite, quant à l'infraction d'entrave à la justice, le juge Beaulieu rappelle que la poursuite

had to prove beyond a reasonable doubt that the accused had the specific intent to obstruct, pervert or defeat the course of justice when he chose not to have Patrick Plourde take a breathalyzer test even though he had reasonable grounds to believe that Mr. Plourde had been driving while impaired. Judge Beaulieu added that more than a breach of ethics, inappropriate or unprofessional conduct, or an error in judgment was needed for the accused to be found guilty.

devait démontrer hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait l'intention spécifique d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice lorsqu'il a choisi de ne pas soumettre Patrick Plourde à l'alcootest même s'il avait des motifs raisonnables de croire que ce dernier avait conduit avec facultés affaiblies. Il note aussi qu'il faut plus qu'une faute déontologique, une conduite inappropriée ou non professionnelle ou une erreur de jugement pour conclure à la culpabilité de l'accusé.

The main argument advanced by the defence was that Sergeant Beaudry's decision not to gather the evidence needed to lay criminal charges against Patrick Plourde was, as he had explained to Assistant Director Rocheleau at the first interview, a proper exercise of his discretionary power. Judge Beaulieu therefore considered this question first. He observed that no directions can be found in the *Criminal Code* concerning the exercise of police discretion. Nonetheless, he noted that law enforcement and the proper functioning of the criminal justice system require that it be exercised on a daily basis. 15

Le principal moyen invoqué en défense est que la décision du sergent Beaudry de ne pas recueillir les éléments de preuve nécessaires au dépôt d'accusations pénales contre Patrick Plourde constituait un exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire, comme il l'avait expliqué au directeur-adjoint Rocheleau lors de leur premier entretien. Le juge Beaulieu se penche donc d'abord sur cette question. Il constate que le *Code criminel* ne renferme aucune directive concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des policiers. Il note toutefois que l'application de la loi et le bon fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins quotidiennement de son exercice.

According to Judge Beaulieu, when a peace officer claims to have exercised his or her discretion as in the present case, the court must determine the underlying intention of the exercise of the discretion in order to ascertain whether the peace officer exercised it honestly, and not arbitrarily, out of favouritism or with any other dishonest intention. He therefore concluded that the outcome of the trial turned entirely on whether the court was satisfied beyond a reasonable doubt that Alain Beaudry had decided not to have Mr. Plourde take a breathalyzer test *because* Mr. Plourde was a Sûreté du Québec officer. In short, if Sergeant Beaudry was lenient because Mr. Plourde was a peace officer, the exercise of his discretion was unacceptable. 16

Selon le juge Beaulieu, lorsqu'un agent de la paix soutient qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire comme dans la présente affaire, le tribunal devra déterminer l'intention sous-jacente à cet exercice afin de vérifier si l'agent de la paix a exercé ce pouvoir avec honnêteté et non d'une façon arbitraire, par favoritisme ou avec toute autre intention malhonnête. Il conclut donc que l'issue du procès dépend entièrement de ce que le tribunal est convaincu ou non hors de tout doute raisonnable qu'Alain Beaudry a décidé de ne pas soumettre M. Plourde à l'alcootest *parce que* ce dernier était un agent de la Sûreté du Québec. En somme, s'il a fait preuve de clémence parce que M. Plourde était agent de la paix, l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est inacceptable.

Then, in reviewing the evidence, Judge Beaulieu did not call into question the description given by the accused and his colleagues of Mr. Plourde's behaviour during the police intervention. However, he was of the opinion that the justifications offered 17

Se penchant ensuite sur l'analyse de la preuve, le juge Beaulieu ne remet pas en cause la description que font l'accusé et ses collègues du comportement de M. Plourde lors de l'intervention policière. Cependant, il est d'avis que les justifications

by the three police officers who were at the scene were lies and were designed to explain, after the fact, the decision not to pursue the investigation. As for Constable Boucher, Judge Beaulieu characterized as a lie his statement that he had not taken the initiative to have Mr. Plourde take a breathalyzer test because he had only a suspicion of impaired driving. Constable Boucher's testimony was inconsistent with his incident report, in which he had stated that [TRANSLATION] "[w]e quickly observed that the individual was in an advanced state of intoxication." Judge Beaulieu also rejected the explanation given by Constable Bélisle. Even though Constable Bélisle had signed the report prepared by Constable Boucher, he testified that it had been difficult for him to determine that night whether the case was one of impaired driving, whereas it had seemed obvious to him that Mr. Plourde was in a crisis situation.

18 Judge Beaulieu also rejected the justification offered by the accused, Alain Beaudry, characterizing it as [TRANSLATION] "an argument thought of after the fact to try to explain why he acted as he did on September 22". In the judge's opinion, it was not until his actions were questioned that Sergeant Beaudry invoked Mr. Plourde's health to justify his decision.

19 Judge Beaulieu first observed that Sergeant Beaudry had tried to conceal the true nature of the intervention by originally describing it as assistance to the public and then opting to call it an "unclassified activity" even though he knew that it was an impaired driving case.

20 Judge Beaulieu then turned to the allegation that Mr. Plourde was in a depressive state. In his opinion, if Mr. Plourde was so depressed that it was inappropriate either to arrest him or to detain him in a cell for fear that he would do something unfortunate, the accused should have disregarded his refusal and taken him to the hospital. Likewise, Judge Beaulieu found no explanation for the failure to mention this consideration in the documents prepared that night — namely the occurrence report countersigned by the accused and his own activity

avancées par les trois policiers qui étaient sur les lieux de l'interception sont mensongères et qu'elles visent à expliquer après coup la décision de ne pas poursuivre l'enquête. En ce qui concerne l'agent Boucher, il qualifie de mensongère l'affirmation qu'il n'a pas pris l'initiative de soumettre M. Plourde à l'alcootest parce qu'il n'avait que des soupçons de conduite en état d'ébriété. Le témoignage de l'agent Boucher était incompatible avec son rapport d'événement où il précise : « Nous avons vite remarqué que l'individu était en état d'ébriété avancé. » Le juge Beaulieu rejette aussi les explications de l'agent Bélisle. En effet, même s'il a signé le rapport préparé par l'agent Boucher, il a témoigné qu'il lui avait été difficile ce soir-là de déterminer s'il était aux prises avec un cas de facultés affaiblies, alors qu'il lui était apparu évident que M. Plourde était en état de crise.

Le juge Beaulieu rejette aussi la justification de l'accusé Alain Beaudry et la qualifie de « moyen découvert après les événements pour tenter d'expliquer pourquoi il a agi comme il l'a fait le 22 septembre ». Selon lui, ce n'est que lorsque ses actes ont été remis en question que le sergent Beaudry a invoqué l'état de santé de M. Plourde pour justifier sa décision.

Dans un premier temps, le juge Beaulieu relève que le sergent Beaudry a tenté de dissimuler la véritable nature de l'intervention en la qualifiant d'abord d'assistance au public, puis en optant ensuite pour la catégorie « Activité non répertoriée », même s'il savait qu'il s'agissait d'un cas de facultés affaiblies.

Le juge Beaulieu passe ensuite au prétendu état dépressif de M. Plourde. Selon lui, si ce dernier était dépressif au point qu'il ne fallait ni l'arrêter ni le détenir en cellule de crainte qu'il pose un geste malheureux, l'accusé devait passer outre au refus de M. Plourde et le conduire à l'hôpital. De même, il ne trouve aucune explication à l'absence de cette considération dans les documents préparés durant la nuit, que ce soit le rapport d'événement contresigné par l'accusé ou son propre journal d'activités, alors que le sergent Beaudry a dit au procès qu'elle

log — even though Sergeant Beaudry had said at trial that it was what had convinced him to make his decision. In Judge Beaulieu's opinion, Sergeant Beaudry's explanation, that he had been thinking of the case of a police officer who had committed suicide at home after undergoing a breathalyzer test, did not make sense, because Mr. Plourde was safe in a room under camera surveillance.

Judge Beaulieu also questioned Sergeant Beaudry's statement that he had had the interview of September 12 in mind that night. According to Sergeant Beaudry, the woman had advised Mr. Plourde to go back to see his doctor because he was in a state of depression. The judge noted that Mr. Plourde himself did not remember that his sick leave had been mentioned. Furthermore, the occurrence report written after that interview and countersigned by the accused made no mention of a depressive state. Rather, it said that the woman was complaining about being harassed and that she believed Mr. Plourde to be mentally disturbed.

Judge Beaulieu also accepted Constable Raymond Dagenais's testimony that, when he had asked Sergeant Beaudry what Mr. Plourde was doing in the detention room for minors, Sergeant Beaudry had replied that Mr. Plourde was under arrest for impaired driving. In addition, he believed Constable Dagenais's statement that Sergeant Beaudry had told him to wait before photographing Mr. Plourde, because he had to make a decision about him. Again, Judge Beaulieu found these answers to be inconsistent with Sergeant Beaudry's explanation. Why would he have told Constable Dagenais that Mr. Plourde was under arrest if Mr. Plourde was in the room for minors for humanitarian reasons? And why would he have told Constable Dagenais to wait before photographing Mr. Plourde if it had already been decided to characterize the case as an "unclassified activity"? In Judge Beaulieu's view, the sole purpose of the occurrence report and the memorandum addressed to Assistant Director Rocheleau was to divert attention from the fact that Sergeant Beaudry had already decided at the scene of the traffic stop not to make the investigation that was called for under the circumstances.

avait été déterminante dans sa décision. Il est d'avis que l'explication de ce dernier selon laquelle il avait en mémoire le cas d'un policier qui s'était suicidé chez lui après avoir subi l'alcootest ne tient pas puisque M. Plourde était en sécurité dans une salle surveillée au moyen d'une caméra.

Le juge Beaulieu remet aussi en question l'affirmation du sergent Beaudry selon laquelle, cette nuit-là, il avait en mémoire la rencontre du 12 septembre. Selon ce dernier, la femme avait conseillé à M. Plourde de retourner voir son médecin car il était en dépression. Le juge note que pour sa part, M. Plourde ne se souvient pas qu'il ait été question de son congé de maladie. De plus, le rapport d'événement rédigé suite à cette rencontre et contresigné par l'accusé ne fait pas mention d'un état dépressif. On y lit plutôt que la femme se plaint de harcèlement et qu'elle croit M. Plourde dérangé mentalement. 21

Le juge Beaulieu accorde aussi créance au témoignage de l'agent Raymond Dagenais auquel le sergent Beaudry aurait répondu que M. Plourde était en état d'arrestation pour conduite avec facultés affaiblies lorsqu'il lui avait demandé ce que ce dernier faisait dans la salle de détention des mineurs. Il croit aussi l'agent Dagenais lorsqu'il affirme que le sergent Beaudry lui a dit d'attendre avant de photographier M. Plourde parce qu'il devait prendre une décision à son sujet. Encore une fois, il juge ces réponses incompatibles avec la justification avancée par le sergent Beaudry. En effet, pourquoi dire à l'agent Dagenais que M. Plourde est en état d'arrestation, s'il est dans la salle des mineurs pour un motif humanitaire? De même, pourquoi lui dire d'attendre avant de photographier M. Plourde si la décision est déjà prise de classer l'affaire dans la catégorie « Activité non répertoriée »? Selon le juge Beaulieu, le rapport d'événement et la note destinée au directeur-adjoint Rocheleau ne visaient qu'à détourner l'attention du fait qu'il avait décidé sur les lieux même de l'interception de ne pas procéder à l'enquête qu'appelaient les circonstances. 22

23 This is what led the judge to conclude that on September 22, 2000, Alain Beaudry had deliberately failed to perform his duty, instead giving [TRANSLATION] "a chance, preferential treatment, a privilege" to Patrick Plourde, a peace officer of the Sûreté du Québec. Sergeant Beaudry could not have been unaware that breath samples were necessary items of evidence for laying a charge against Mr. Plourde under s. 253 of the *Criminal Code*. The judge therefore found him guilty.

C'est ce qui amène le juge à conclure que, le 22 septembre 2000, Alain Beaudry a délibérément omis d'accomplir son devoir, accordant plutôt « une chance, un traitement de faveur, un privilège » à Patrick Plourde, un agent de la paix de la Sûreté du Québec. Le sergent Beaudry ne pouvait ignorer que les échantillons d'haleine étaient des éléments de preuve nécessaires au dépôt d'une accusation contre M. Plourde en vertu de l'art. 253 du *Code criminel*. Le juge le déclare donc coupable.

3. Quebec Court of Appeal, [2005] R.J.Q. 2536, 2005 QCCA 966

3. Cour d'appel du Québec, [2005] R.J.Q. 2536, 2005 QCCA 966

3.1 *Chamberland J.A. (dissenting)*

3.1 *Le juge Chamberland (dissident)*

24 Chamberland J.A. began his analysis by noting that the trial judge had regarded the failure to gather evidence as the *actus reus* of the offence. In his opinion, however, this was the case only if Sergeant Beaudry had a legal obligation to gather that evidence. Since the officer had exercised his discretion, he did not have an obligation to gather evidence that could be used to lay criminal charges.

Le juge Chamberland amorce son analyse en signalant que le juge du procès a considéré l'omission de recueillir des éléments de preuve comme l'élément matériel de l'infraction. Or, selon lui, cela n'était le cas que dans la mesure où le sergent Beaudry avait l'obligation légale de recueillir ces éléments de preuve. En effet, comme le policier avait exercé son pouvoir discrétionnaire, il n'avait pas l'obligation de recueillir des éléments de preuve pouvant servir au dépôt d'accusations criminelles.

25 According to Chamberland J.A., police discretion exists in matters of criminal justice and is a response to, among other things, the community's wish that not all those who commit minor offences should be arrested by the police or prosecuted. He added that the police may exercise this discretion in respect of anyone, including a fellow police officer, as long as they do so honestly, transparently, and on valid and reasonable grounds.

D'après le juge Chamberland, la discrétion policière existe en matière de justice criminelle et elle répond entre autres choses au vœu de la collectivité que les auteurs d'infractions mineures ne fassent pas tous l'objet d'une arrestation policière ou d'une poursuite judiciaire. Il ajoute que les policiers peuvent exercer ce pouvoir à l'égard de tous, y compris un collègue policier, en autant qu'ils l'exercent de façon honnête, en toute transparence et pour des motifs valables et raisonnables.

26 Referring to Sergeant Beaudry's testimony concerning the instruction he had received at the Institut de police and to the police practices manual (*Guide de pratiques policières*) of Repentigny's public safety service, Chamberland J.A. concluded that Sergeant Beaudry was right to believe that he had the discretionary power to deal with Patrick Plourde's case otherwise than through prosecution. In his view, whether Sergeant Beaudry had a duty to gather evidence depends, in short, on whether the discretion was exercised honestly.

Se référant au témoignage du sergent Beaudry concernant l'enseignement reçu à l'Institut de police et au *Guide de pratiques policières* du Service de la Sécurité publique de Repentigny, le juge Chamberland arrive à la conclusion que le sergent Beaudry était en droit de croire qu'il avait le pouvoir discrétionnaire de régler le cas de Patrick Plourde sans recourir à la voie judiciaire. À son avis, l'existence d'une obligation de recueillir des éléments de preuve dépend en somme du caractère honnête ou non de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

I agree with the essence of Chamberland J.A.'s analysis regarding the nature and scope of the discretion. However, I feel that he exceeded the limits of his role in reinterpreting the evidence presented at trial and interfering with the assessment of the credibility of certain witnesses without showing appropriate deference to the trial judge's findings. His analysis should have focussed on the question whether the trial judge's verdict was reasonable.

Chamberland J.A. cited a number of facts in respect of which he disagreed with the trial judge's interpretation:

- Sergeant Beaudry explained that he was motivated to do what he did by Mr. Plourde's depressive state.
- That explanation was not contradicted either by the fact that Sergeant Beaudry decided at the scene of the traffic stop not to involve the criminal courts or by the use of the R-400 code for "unclassified activity".
- Sergeant Beaudry did not at any time conceal anything. The occurrence report he countersigned stated that the individual was in an advanced state of intoxication and smelled strongly of alcohol. He also mentioned in his log book that the appellant was [TRANSLATION] "sleeping it off".
- Sergeant Beaudry took Mr. Plourde to the police station and put him in a room equipped with a surveillance camera.
- If Sergeant Beaudry had decided to help Mr. Plourde because he was a police officer, he could simply have driven him home.
- The fact that the word "depression" does not appear anywhere in the accused's report cannot be determinative in the instant case. The report also contains an objective description of what some would associate with depressed behaviour: crying fits, and the need to protect Mr. Plourde by putting him in the room reserved for young offenders.

Pour l'essentiel, je partage l'analyse du juge Chamberland quant à la nature et à l'étendue du pouvoir discrétionnaire. Cependant, j'estime qu'il a outrepassé son rôle en réinterprétant la preuve présentée au procès et en intervenant dans l'appréciation de la crédibilité de certains témoins, sans faire preuve de la déférence qui s'impose à l'endroit du juge du procès. Son analyse aurait dû porter sur le caractère raisonnable ou non du verdict du juge de première instance. 27

Ainsi, le juge Chamberland relève certains faits et conteste leur interprétation par le juge de première instance : 28

- Le sergent Beaudry a expliqué que l'état dépressif de M. Plourde avait motivé ses actes.
- Le fait que le sergent Beaudry a décidé sur les lieux de l'interception de ne pas appliquer la justice pénale ne contredit pas cette explication, non plus que l'utilisation du code R-400 « Activité non répertoriée ».
- Le sergent Beaudry n'a jamais caché quoi que ce soit. Le rapport d'événement qu'il a contresigné mentionne que l'individu était en état d'ébriété avancé et qu'il dégageait une forte odeur d'alcool. De plus, son journal de bord précise que l'appelant « cuv[ait] son vin ».
- Le sergent Beaudry a amené M. Plourde au poste de police, puis l'a placé dans une salle dotée d'une caméra de surveillance.
- Si le sergent Beaudry avait décidé d'aider M. Plourde parce qu'il était policier, il aurait pu simplement le conduire chez lui.
- Le fait que le mot « dépression » ne figure nulle part dans le rapport de l'accusé ne saurait être déterminant en l'espèce. De plus, le rapport décrit objectivement ce que d'aucuns associeraient à un comportement dépressif : crise de larmes; nécessité de protéger M. Plourde en le plaçant dans la salle réservée aux délinquants mineurs.

- Sergeant Beaudry suggested that his superior officer contact Mr. Plourde's superior officer at the Sûreté du Québec, which is not indicative of an intent to cover the case up.

- Although the trial judge saw Assistant Director Rocheleau's testimony that Sergeant Beaudry had exercised his discretion [TRANSLATION] "to give [Mr. Plourde] a chance" as an indication that the accused was lying about his intention, this comment by the accused was in fact neutral.

- The record contains no evidence of falsification or alteration of documents or of an intention to mislead anyone regarding Mr. Plourde's condition at the time of the events.

Chamberland J.A. accordingly concluded that it was unreasonable to reject the appellant's explanation, or at least to decide that the explanation did not raise a reasonable doubt as to whether he had decided honestly to exercise his discretion not to set the judicial process in motion. The dissenting judge would therefore have substituted an acquittal for the guilty verdict.

3.2 *Doyon J.A.*

29 Doyon J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, did not dispute the existence of police discretion. However, it was his opinion that an assessment of the exercise of that discretion requires consideration of both the facts in issue and the legal context.

30 He began by stating that the circumstances giving rise to the police action led by Sergeant Beaudry were sufficiently serious that the trial judge had to be circumspect in considering the appellant's version of the facts. As I will explain below, I agree with Doyon J.A. on this point.

31 Where we disagree, however, is on the weight to be attached in the analysis to the legal context. On this point, Doyon J.A. noted that in Quebec,

- Le sergent Beaudry a invité son supérieur à communiquer avec celui de M. Plourde à la Sûreté du Québec, ce qui ne dénote pas l'intention de camoufler l'affaire.

- Le juge de première instance voit dans le témoignage du directeur-adjoint Rocheleau, selon lequel le sergent Beaudry avait exercé sa discrétion « pour donner une chance » à M. Plourde, un indice que l'accusé ment sur ses intentions. Or, les propos de ce dernier sont plutôt neutres.

- Le dossier ne renferme aucune preuve de falsification ou de modification de documents ou d'intention de tromper qui que ce soit quant à l'état de M. Plourde au moment des événements.

Le juge Chamberland conclut donc qu'il était déraisonnable de rejeter les explications de l'appelant ou, à tout le moins, de statuer qu'elles ne soulevaient pas un doute raisonnable quant à l'honnêteté de la décision discrétionnaire de ne pas enclencher la procédure judiciaire. Le juge dissident aurait donc substitué l'acquittement au verdict de culpabilité.

3.2 *Le juge Doyon*

Au nom de la majorité de la Cour d'appel, le juge Doyon ne conteste pas l'existence du pouvoir discrétionnaire de la police. Il est toutefois d'avis que, pour en apprécier l'exercice, il faut considérer tant les faits en cause que le contexte juridique.

Il soutient d'abord que les circonstances ayant donné lieu à l'intervention policière dirigée par le sergent Beaudry étaient d'une gravité telle que le juge du procès aurait dû considérer la version des faits de l'appelant avec circonspection. Comme je l'expose plus loin, je partage l'avis du juge Doyon sur ce point.

Nos vues divergent cependant en ce qui concerne l'importance que revêt le contexte juridique dans l'analyse. À cet égard, le juge Doyon rappelle qu'au

criminal charges are generally authorized and laid by a Crown prosecutor. Sergeant Beaudry's decision to exercise his discretion by not arresting Mr. Plourde and not requiring him to take a breathalyzer test must be assessed in that light. The consequence of the failure to take breath samples despite the existence of reasonable grounds to believe that an offence had been committed was to prevent the prosecutor from performing his or her functions. Doyon J.A. was accordingly of the opinion that, in determining whether a discretionary power has been properly exercised, the impact of the decision on the administration of justice, and in particular on the Attorney General's ability to discharge his or her duties based on all the useful and relevant information, must not be overlooked.

Québec les accusations criminelles sont généralement autorisées et portées par un substitut du procureur général. La décision discrétionnaire du sergent Beaudry de ne pas arrêter M. Plourde et de ne pas le soumettre à l'alcootest doit être évaluée au regard de ce fait. L'omission de recueillir des échantillons d'haleine malgré l'existence de motifs raisonnables de croire à la commission d'une infraction a eu pour conséquence d'empêcher le substitut du procureur général d'exercer ses fonctions. Le juge Doyon est donc d'avis que, au moment d'apprécier la légitimité de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, il ne faut pas faire abstraction de l'impact de la décision sur l'administration de la justice et, notamment, sur la capacité du procureur général d'exercer ses fonctions à partir de toutes les informations utiles et pertinentes.

Further, still on the subject of the legal context, Doyon J.A. noted that the police practices manual of Repentigny's public safety service contained, in addition to the passage quoted by Chamberland J.A., detailed instructions regarding the procedure to be followed in impaired driving cases, and that those instructions showed that the authorities clearly intended such offences to be investigated thoroughly from the outset. He therefore felt that it was open to the trial judge to find that Sergeant Beaudry had not exercised his discretion honestly.

32 Ensuite, toujours au chapitre du contexte juridique, le juge Doyon souligne qu'en plus de l'extrait cité par le juge Chamberland, le *Guide de pratiques policières* du Service de la Sécurité publique de Repentigny comporte des directives détaillées quant à la procédure à suivre dans les cas de conduite avec facultés affaiblies et que celles-ci indiquent une volonté claire des autorités que l'auteur d'une telle infraction fasse d'emblée l'objet d'une enquête complète. Il estime donc que le juge de première instance pouvait conclure que le policier Beaudry n'avait pas exercé sa discrétion en toute honnêteté.

Doyon J.A. then rejected Chamberland J.A.'s interpretation of the evidence. In so doing, he too indulged in a reinterpretation of the evidence rather than analysing the basis for the verdict. Unlike the dissenting judge, however, Doyon J.A. came to the conclusion that there was no fatal error in the trial judgment.

33 Le juge Doyon rejette ensuite l'interprétation de la preuve proposée par le juge Chamberland. Ce faisant, il se livre lui aussi à une réinterprétation de la preuve, au lieu d'analyser le fondement du verdict. Toutefois, contrairement au juge dissident, le juge Doyon parvient à la conclusion que le jugement de première instance n'est entaché d'aucune erreur déterminante.

4. Analysis

4. Analyse

Before considering the main issue in the appeal — whether the trial judge's verdict was unreasonable — I would like to make a few comments regarding police discretion and its relationship to the offence of obstructing justice.

34 Avant de me pencher sur la principale question que pose le pourvoi — le verdict du juge du procès est-il déraisonnable? — voici quelques remarques sur le pouvoir discrétionnaire des policiers et sur sa relation avec l'infraction d'entrave à la justice.

4.1 *Police Discretion*

35 There is no question that police officers have a duty to enforce the law and investigate crimes. The principle that the police have a duty to enforce the criminal law is well established at common law: *R. v. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), *per* Lord Denning, M.R., at p. 769; *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.), *per* Lord Keith of Kinkel; P. Ceyssens, *Legal Aspects of Policing* (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 2-22 *et seq.*

36 Moreover, this principle is codified in s. 48 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1:

48. The mission of police forces and of each police force member is to maintain peace, order and public security, to prevent and repress crime and, according to their respective jurisdiction as set out in sections 50 and 69, offences under the law and municipal by-laws, and to apprehend offenders.

In pursuing their mission, police forces and police force members shall ensure the safety of persons and property, safeguard rights and freedoms, respect and remain attentive to the needs of victims, and cooperate with the community in a manner consistent with cultural pluralism. Police forces shall target an adequate representation, among their members, of the communities they serve.

37 Nevertheless, it should not be concluded automatically, or without distinction, that this duty is applicable in every situation. Applying the letter of the law to the practical, real-life situations faced by police officers in performing their everyday duties requires that certain adjustments be made. Although these adjustments may sometimes appear to deviate from the letter of the law, they are crucial and are part of the very essence of the proper administration of the criminal justice system, or to use the words of s. 139(2), are perfectly consistent with the "course of justice". The ability — indeed the duty — to use one's judgment to adapt the process of law enforcement to individual circumstances and to the real-life demands of justice is in fact the basis of police discretion. What La Forest J. said in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410, is directly on point here:

4.1 *Le pouvoir discrétionnaire des policiers*

Il ne fait pas de doute que l'agent de police a le devoir d'appliquer la loi et d'enquêter sur un crime. Le principe selon lequel il incombe au policier d'appliquer le droit criminel est bien établi en common law : *R. c. Metropolitan Police Commissioner*, [1968] 1 All E.R. 763 (C.A.), le maître des rôles lord Denning, p. 769; *Hill c. Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All E.R. 238 (H.L.), lord Keith of Kinkel; P. Ceyssens, *Legal Aspects of Policing* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 2-22 et suiv.

Ce principe est par ailleurs codifié à l'art. 48 de la *Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1 :

48. Les corps de police, ainsi que chacun de leurs membres, ont pour mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, de prévenir et de réprimer le crime et, selon leur compétence respective énoncée aux articles 50 et 69, les infractions aux lois ou aux règlements pris par les autorités municipales, et d'en rechercher les auteurs.

Pour la réalisation de cette mission, ils assurent la sécurité des personnes et des biens, sauvegardent les droits et les libertés, respectent les victimes et sont attentifs à leurs besoins, coopèrent avec la communauté dans le respect du pluralisme culturel. Dans leur composition, les corps de police favorisent une représentativité adéquate du milieu qu'ils desservent.

Néanmoins, il ne faut pas conclure mécaniquement ou sans discernement à l'existence de ce devoir. Le passage de la lettre de la loi aux situations pratiques et concrètes auxquelles sont confrontés les policiers dans l'exercice journalier de leurs fonctions nécessite certains ajustements. Même s'ils paraissent parfois déroger à la lettre de la loi, ces ajustements sont cruciaux et participent de l'essence même d'une saine administration de la justice criminelle ou, pour reprendre le libellé du par. 139(2), s'inscrivent parfaitement dans le « cours de la justice ». C'est précisément la capacité — voire l'obligation — d'exercer son jugement pour ajuster l'application de la loi aux circonstances ponctuelles et aux impératifs concrets de la justice qui sert de fondement au pouvoir discrétionnaire du policier. À ce propos, la remarque du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 410, conserve toute sa pertinence :

Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid.

Thus, a police officer who has reasonable grounds to believe that an offence has been committed, or that a more thorough investigation might produce evidence that could form the basis of a criminal charge, may exercise his or her discretion to decide not to engage the judicial process. But this discretion is not absolute. Far from having *carte blanche*, police officers must justify their decisions rationally.

The required justification is essentially twofold. First, the exercise of the discretion must be justified subjectively, that is, the discretion must have been exercised honestly and transparently, and on the basis of valid and reasonable grounds (reasons of Chamberland J.A., at para. 41). Thus, a decision based on favouritism, or on cultural, social or racial stereotypes, cannot constitute a proper exercise of police discretion. However, the officer's sincere belief that he properly exercised his discretion is not sufficient to justify his decision.

Hence, the exercise of police discretion must also be justified on the basis of objective factors. I agree with Doyon J.A. that in determining whether a decision resulting from an exercise of police discretion is proper, it is important to consider the material circumstances in which the discretion was exercised. However, I do not agree with him on the importance of the factors he regarded as part of the legal context, that is, the administrative directives and the administration of justice in the province.

4.1.1 Material Circumstances

First, it is self-evident that the material circumstances are an important factor in the assessment of a police officer's decision: the discretion will certainly not be exercised in the same way in a case of shoplifting by a teenager as one involving a robbery. In the first case, the interests of justice may

Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner.

Ainsi, l'agent de police qui a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou qu'une enquête plus approfondie permettrait d'obtenir des éléments de preuve susceptibles de mener au dépôt d'accusations pénales, peut exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de ne pas emprunter la voie judiciaire. Or, ce pouvoir n'est pas absolu. Le policier est loin d'avoir carte blanche et doit justifier rationnellement sa décision.

38 Les justifications requises sont essentiellement de deux ordres. D'abord, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit se justifier subjectivement, c'est-à-dire qu'il doit nécessairement être honnête et transparent et reposer sur des motifs valables et raisonnables (motifs du juge Chamberland, par. 41). Ainsi, une décision fondée sur le favoritisme ou sur des stéréotypes culturels, sociaux ou raciaux ne peut constituer un exercice légitime de la discrétion policière. Toutefois, il ne suffit pas, pour justifier une décision, de croire sincèrement qu'elle a été prise dans l'exercice légitime du pouvoir discrétionnaire.

39 C'est pourquoi l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la police doit ensuite être justifié au regard d'éléments objectifs. Je conviens avec le juge Doyon qu'au moment de décider de la légitimité d'une décision discrétionnaire, il importe de s'attacher aux circonstances matérielles qui ont donné lieu à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cependant, je ne partage pas son opinion en ce qui concerne l'importance des éléments qu'il associe au contexte juridique, soit les directives administratives et l'administration de la justice dans la province.

4.1.1 Circonstances matérielles

40 Premièrement, il va sans dire que les circonstances matérielles constituent un facteur important dans l'appréciation de la décision du policier : le pouvoir discrétionnaire ne s'exerce certainement pas de la même façon dans le cas d'un vol à l'étalage par un adolescent et celui d'un vol qualifié.

very well be served if the officer gives the young offender a stern warning and alerts his or her parents. However, this does not mean that the police have no discretion left when the degree of seriousness reaches a certain level. In the case of a robbery, or an even more serious offence, the discretion can be exercised to decide not to arrest a suspect or not to pursue an investigation. However, the justification offered must be proportionate to the seriousness of the conduct and it must be clear that the discretion was exercised in the public interest. Thus, while some exercises of discretion are almost routine and are clearly justified, others are truly exceptional and will require that the police officer explain his or her decision in greater detail.

41 In the case at bar, it is clear from the evidence that, while the events that led to the police action did not represent the gravest of all possible situations, they were nonetheless serious. The officers originally intervened because Mr. Plourde was driving at high speed with a flat tire. He also drove through a stop sign, almost hit the median, and continued to drive for some distance even though the patrol car's lights were flashing. Once Sergeant Beaudry suspected that the individual had been drinking, he had to be even more circumspect in deciding how to act. To re-emphasize the seriousness of offences associated with drunk driving, and as a caveat against trivializing them, I reproduce without reservation the comment made by Cory J. in *R. v. Bernshaw*, [1995] 1 S.C.R. 254:

> Every year, drunk driving leaves a terrible trail of death, injury, heartbreak and destruction. From the point of view of numbers alone, it has a far greater impact on Canadian society than any other crime. In terms of the deaths and serious injuries resulting in hospitalization, drunk driving is clearly the crime which causes the most significant social loss to the country. [para. 16]

42 The situation in Canada has improved since Cory J. made this damning observation, but only because both the authorities and society itself have made extensive efforts to raise public awareness and

Dans le premier cas, le policier peut très bien servir les intérêts de la justice en adressant un avertissement sévère au jeune contrevenant et en prévenant ses parents. Cela ne veut toutefois pas dire qu'il existe un degré de gravité à partir duquel le pouvoir discrétionnaire de la police disparaît complètement. Dans le cas d'un vol qualifié ou même d'une infraction plus grave, la décision discrétionnaire de ne pas arrêter un suspect ou de ne pas pousser l'enquête peut être prise dans l'exercice de ce pouvoir. Cependant, la justification avancée devra être proportionnée à la gravité des actes, et le pouvoir devra avoir été manifestement exercé dans l'intérêt public. Par conséquent, si certains exercices du pouvoir discrétionnaire sont presque routiniers et se justifient de façon évidente, d'autres sont véritablement exceptionnels et exigent du policier qu'il étaye davantage sa décision.

En l'espèce, la preuve établit clairement que les faits à l'origine de l'intervention policière, sans être des plus graves, étaient néanmoins sérieux. Au départ, l'intervention a eu lieu parce que M. Plourde circulait à grande vitesse avec un pneu crevé. De plus, M. Plourde a omis un arrêt obligatoire, failli percuter le terre-plein et continué à rouler sur une bonne distance malgré le fonctionnement des gyrophares. Dès que le sergent Beaudry a soupçonné l'individu d'avoir consommé de l'alcool, il devait envisager son intervention avec encore plus de réserve. Pour souligner encore une fois la gravité des infractions associées à l'ivresse au volant et pour mettre en garde contre leur banalisation, je n'hésite pas à rappeler les propos du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Bernshaw*, [1995] 1 R.C.S. 254 :

> Chaque année, l'ivresse au volant entraîne énormément de décès, de blessures, de peine et de destruction. Au plan numérique seulement, l'ivresse au volant a une plus grande incidence sur la société canadienne que tout autre crime. Du point de vue des décès et des blessures graves donnant lieu à l'hospitalisation, la conduite avec facultés affaiblies est de toute évidence le crime qui cause la plus grande perte sociale au pays. [par. 16]

Depuis ce constat accablant du juge Cory, la situation ne s'est améliorée au pays qu'en raison des nombreuses mesures de sensibilisation et de répression prises tant par les autorités que par la

crack down on impaired driving. The vigilance and diligence of police forces have played a crucial role in this process. Both Assistant Director Rocheleau and retired officer Lapointe testified eloquently on this subject. It is clear from their testimony that Repentigny's police force considers drunk driving offences to be very serious. Both these experienced police officers asserted that the attitude of the police has changed considerably over the years and that the days of tolerating and trivializing these offences are indeed over. This is also clear from the administrative directives set out in the police practices manual of Repentigny's public safety service, which I will discuss below.

société civile et à l'égard desquelles la vigilance et la diligence des forces policières jouent un rôle capital. D'ailleurs, les témoignages du directeur-adjoint Rocheleau et du policier à la retraite Lapointe sont tous deux éloquents à ce chapitre. Il en ressort qu'au service de police de Repentigny, les infractions liées à l'ivresse au volant sont jugées très graves. Ces deux policiers expérimentés ont fait valoir que l'attitude des policiers a grandement évolué au fil des années et que l'ère du laxisme et de la banalisation de ces infractions est bel et bien terminée. C'est aussi ce qui se dégage clairement des directives administratives contenues dans le *Guide de pratiques policières* du Service de la Sécurité publique de Repentigny, sur lesquelles je me penche ci-après.

4.1.2 Legal Context

There are two points regarding the impact of the legal context on police discretion on which I am not in complete agreement with Doyon J.A. I will discuss, first, the administrative directives and, second, the distribution of responsibilities between the police and Crown prosecutors.

4.1.2.1 *Administrative directives are not conclusive in determining intent to commit an offence*

While the existence of administrative directives that apply to the situation in issue is far from being totally irrelevant, it cannot be as conclusive a factor as Doyon J.A. suggests. After quoting the passages from the police practices manual of Repentigny's public safety service on the procedure to follow in impaired driving cases, he concluded as follows:

[TRANSLATION] In my opinion, these passages demonstrate the authorities' clear intention that impaired driving offences should first be thoroughly investigated, although this does not preclude a subsequent decision not to prosecute. It must be noted that the period of time for taking breath samples is relatively short, which means that the investigation must be completed diligently and that this directive should be followed.

4.1.2 Contexte juridique

43 Je ne peux partager entièrement l'avis du juge Doyon quant à l'impact du contexte juridique sur le pouvoir discrétionnaire de la police, et ce, sur deux points. J'examine d'abord les directives administratives, puis la division des tâches entre la police et les substituts du procureur général.

4.1.2.1 *Les directives administratives ne sont pas déterminantes quant à l'intention de commettre une infraction*

44 Bien que l'existence de directives administratives applicables au cas considéré soit loin d'être entièrement dépourvue de pertinence, elle ne saurait être aussi déterminante que le laisse entendre le juge Doyon. Après avoir cité les extraits du *Guide de pratiques policières* du Service de la Sécurité publique de Repentigny ayant trait à la procédure à suivre dans un cas de capacité de conduite affaiblie, il conclut :

Ces extraits démontrent, me semble-t-il, la volonté claire des autorités que les infractions de capacité affaiblie soient d'abord l'objet d'une enquête complète, ce qui n'empêche pas que, par la suite, l'on n'entreprenne pas de poursuites judiciaires. Il faut rappeler qu'en matière de prise d'échantillons d'haleine, le délai pour s'exécuter est relativement court, ce qui nécessite que l'enquête soit complétée avec diligence et ce qui milite en faveur de l'application de cette directive.

A police officer who is familiar with such a directive and who has solemnly affirmed, under the *Police Act* (R.S.Q., c. P-13.1), that he or she will perform the duties of his or her office honestly cannot be unaware of how serious the state considers this type of offence to be. In fact, the appellant's superior officer himself concluded, after being informed of the events, that breath samples should have been taken. [paras. 78-79]

45 Doyon J.A. seems to be attributing to the administrative directives set out in the police practices manual a normative value that they do not have. It should be pointed out that these directives do not have the force of law. They therefore cannot alter the scope of a discretion that is founded in the common law or a statute. Section 254(2) of the *Criminal Code* is the only legislative provision that applies in the instant case and it gives peace officers the power, but does not impose on them a duty, to take breath samples. Thus, the police practices manual cannot transform the discretion to decide whether or not samples should be taken into a binding legal rule: *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2.

46 In *R. v. Jageshur* (2002), 169 C.C.C. (3d) 225, the Ontario Court of Appeal addressed this question in a context that was very similar to the one now before us. That case concerned the legality of a police operation carried out in compliance with the applicable law but not with the applicable administrative directives. Doherty J.A. wrote the following for a unanimous court:

An officer's duties and hence his or her responsibilities cannot be equated with instructions as to how those duties and responsibilities should be carried out. Police policies speak to the manner in which police should carry out their responsibilities, but do not define or limit those responsibilities.

. . .

My conclusion that the officers' responsibilities were not circumscribed by the RCMP policy concerning major drug operations and reverse stings is fortified by a consideration of the nature of these policies.

Ayant pris connaissance d'une telle directive, le policier, qui a affirmé solennellement, conformément à la *Loi sur la police* (L.R.Q., c. P-13.1), qu'il remplirait les devoirs de sa charge avec honnêteté, ne pourra ignorer l'importance que revêt ce type d'infraction aux yeux de l'État. D'ailleurs, le supérieur de l'appelant a lui-même conclu, après avoir été informé des événements, que des prélèvements d'échantillons d'haleine auraient dû être réalisés. [par. 78-79]

Le juge Doyon semble attribuer aux directives administratives du *Guide de pratiques policières* une valeur normative qu'elles n'ont pas. Il faut se rappeler que ces directives n'ont pas force de loi. Partant, elles ne peuvent modifier la portée d'un pouvoir discrétionnaire qui, lui, tire sa source de la common law ou d'une loi. Dans la mesure où le par. 254(2) du *Code criminel*, le seul texte législatif applicable en l'espèce, confère à l'agent de la paix le pouvoir, mais ne lui impose pas l'obligation, de recueillir des échantillons d'haleine, le *Guide de pratiques policières* ne peut faire du pouvoir discrétionnaire d'ordonner ou non la prise d'échantillons une norme juridique obligatoire : *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2.

Dans *R. c. Jageshur* (2002), 169 C.C.C. (3d) 225, la Cour d'appel de l'Ontario a abordé la question dans un contexte très similaire à celui qui nous intéresse. Cette affaire portait sur la légalité d'une opération policière conduite en conformité avec le droit applicable, mais non avec les directives administratives en vigueur. Le juge Doherty, de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit au nom des juges unanimes :

[TRADUCTION] Les devoirs d'un policier et, partant, ses obligations, ne sauraient se confondre avec les directives sur la manière de s'y conformer. Les politiques de l'Administration policière ont trait aux modalités d'exécution de ces devoirs et obligations, et non à leur définition ou délimitation.

. . .

L'examen de la nature de la politique de la GRC sur les opérations d'envergure en matière de stupéfiants et d'infiltration me conforte dans l'opinion que cette politique ne circonscrivait pas les obligations des policiers.

Section 21(1)(*b*) of the *Royal Canadian Mounted Police Act* authorizes the Governor in Council to make regulations for the conduct and performance of duties by members of the RCMP. Section 21(2)(*b*) authorizes the Commissioner of the RCMP to make rules (standing orders) for the conduct and performance of duties by members of the RCMP. Section 38 of the same *Act* authorizes the Governor in Council to make regulations governing the conduct of members (Code of Conduct). The policies in issue on this appeal did not spring from any of these statutory sources. . . . [Emphasis added; paras. 50 and 52.]

In short, evidence of the existence of directives of this nature and evidence that the accused was, or is presumed to have been, aware of them at the time of the conduct in issue can shed light on the circumstances of the alleged exercise of his discretion. The same is true of evidence about the police service's usual procedures, such as the testimony of Assistant Director Rocheleau and retired officer Lapointe in the case at bar. However, such evidence cannot be conclusive.

4.1.2.2 *The distribution of responsibilities between Crown prosecutors and the police does not eliminate police discretion*

Doyon J.A. also seems to suggest that, in Quebec, where it is a Crown prosecutor who authorizes the laying of criminal charges, Sergeant Beaudry's discretionary power did not allow him to deal with Patrick Plourde's case otherwise than by taking breath samples and arresting him.

With respect, I do not believe it is necessary to go that far. In my opinion, the proper functioning of the criminal justice system requires that all actors involved be able to exercise their judgment in performing their respective duties, even though one person's discretion may overlap with that of another person. The police have a particular role to play in the criminal justice system, one that was initially founded in the common law, and it is important that they remain independent of the executive branch: *R. v. Campbell*, [1999] 1 S.C.R. 565, at paras. 27 to 36, and *R. v. Regan*, [2002] 1

L'alinéa 21(1)*b*) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements sur la conduite et l'exercice des fonctions des membres de la GRC. L'alinéa 21(2)*b*) autorise le commissaire de la GRC à établir des règles (règlements) sur la conduite et l'exercice des fonctions des membres de la GRC. L'article 38 du même texte législatif autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements régissant la conduite des membres (code de déontologie). La politique visée par le présent appel ne tirait pas son origine de ces dispositions. . . [Je souligne; par. 50 et 52.]

En somme, la preuve de l'existence de telles directives, de même que celle de leur connaissance réelle ou présumée par l'accusé au moment des actes reprochés, peut éclairer les circonstances du prétendu exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il en va de même de la preuve des pratiques usuelles du service de police, comme les témoignages du directeur-adjoint Rocheleau et du policier retraité Lapointe entendus en l'espèce. Toutefois, elle ne saurait être déterminante.

4.1.2.2 *La division des tâches entre les substituts du procureur général et la police ne supprime pas la discrétion policière*

47 Par ailleurs, le juge Doyon paraît laisser entendre qu'au Québec, où c'est à un substitut du procureur général que revient la décision d'autoriser ou non le dépôt d'accusations pénales, le pouvoir discrétionnaire du sergent Beaudry ne lui permettait pas de décider que le cas de Patrick Plourde pouvait être réglé autrement qu'en procédant à la prise d'échantillons d'haleine et à l'arrestation.

48 Avec égards pour l'opinion contraire, je ne crois pas qu'il faille aller aussi loin. Le bon fonctionnement du système de justice pénale nécessite selon moi que tous les intervenants puissent exercer leur jugement dans l'accomplissement de leurs fonctions respectives, même s'il peut y avoir chevauchement de leurs pouvoirs discrétionnaires respectifs. Le policier joue un rôle qui lui est propre dans le système de justice pénale, un rôle qui lui a été conféré initialement par la common law, et il importe qu'il demeure indépendant du pouvoir exécutif : *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, par. 27-

S.C.R. 297, 2002 SCC 12. Doyon J.A.'s hierarchical vision according to which a police officer's discretion is limited by the discretion of the Crown prosecutor should therefore be rejected. In discharging their respective duties, both the police officer and the prosecutor have a discretion that must be exercised independently of any outside influence: *Krieger v. Law Society of Alberta*, [2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65. The limits of each official's discretion are inherent in that person's role and duties. However, the responsibilities of Crown prosecutors do not serve to limit the scope of police discretion.

36, et *R. c. Regan*, [2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12. Ainsi, il y a lieu de rejeter la conception hiérarchique du juge Doyon selon laquelle le pouvoir discrétionnaire du policier est limité par celui du substitut du procureur général. Dans l'accomplissement de leurs fonctions respectives, le policier et le substitut du procureur général jouissent d'un pouvoir discrétionnaire qu'ils doivent exercer indépendamment de toute influence externe : *Krieger c. Law Society of Alberta*, [2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65. Les limites de ce pouvoir sont inhérentes aux fonctions et aux devoirs du titulaire. Toutefois, le respect de la compétence des substituts du procureur général ne joue pas dans la délimitation du pouvoir des policiers.

4.2 *Relationship Between the Offence of Obstructing Justice and Police Discretion*

4.2 *La relation entre l'infraction d'entrave à la justice et le pouvoir discrétionnaire de la police*

49 As the trial judge aptly noted, the accused cannot be convicted of the offence provided for in s. 139(2) solely because he has exercised his discretion improperly. Therefore, it seems worth noting at the outset that, although they have some points in common, the review of the exercise of police discretion and the determination whether the offence of obstructing justice has been committed must not be confused. Although, in most cases, the evidence relied upon to establish that a course of conduct was not a proper exercise of the discretion can also be relied upon to establish the offence of obstructing justice, two separate analyses must perforce be conducted.

Comme l'a judicieusement relevé le juge du procès, l'accusé ne peut être déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 139(2) pour le seul motif qu'il n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de manière légitime. C'est pourquoi il m'apparaît pertinent de noter d'entrée de jeu que, malgré un certain nombre de traits communs, l'appréciation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et celle de la commission de l'infraction d'entrave à la justice ne doivent pas être confondues. Bien que, dans la plupart des cas, la preuve avancée pour établir qu'une conduite ne constitue pas un exercice légitime du pouvoir discrétionnaire puisse aussi l'être pour établir l'infraction d'entrave à la justice, il faut nécessairement mener deux analyses distinctes.

50 In his dissenting reasons, Chamberland J.A. noted that, in the case at bar, the analyses of the *actus reus* and of the *mens rea* intersect, because both require that the honesty of the exercise of the discretion be considered. However, the mere fact that there was no dishonest intention does not prove that the discretion has been exercised properly. The exercise of the discretion must also be justified on the basis of objective factors. In every case, it must be determined what a police officer acting reasonably would do in the same situation.

Dans ses motifs dissidents, le juge Chamberland note qu'en l'espèce l'analyse de l'*actus reus* et celle de la *mens rea* se rejoignent puisque l'une et l'autre s'effectuent au regard de l'honnêteté de la décision discrétionnaire. Pourtant, la simple absence d'une intention malhonnête ne prouve pas qu'une décision relève du pouvoir discrétionnaire. L'exercice de ce pouvoir doit aussi être justifié en fonction d'éléments objectifs. Dans tous les cas, il faut déterminer quel serait le comportement d'un policier agissant raisonnablement dans la même situation. Il faut

It is necessary to identify those factors that in the eyes of an objective observer would justify the exercise of the discretion. Although one may assume that in most cases the underlying intention will be the decisive factor both for reviewing the exercise of the discretion and for determining whether there has been an obstruction of justice, it seems preferable to me to link the analysis of the exercise of the discretion with that of the *actus reus*.

Where the discretionary power is relied upon, the analysis of the *actus reus* of the offence must therefore be carried out in two stages. First, it must be determined whether the conduct in issue can be regarded as a proper exercise of police discretion. If so, there is no need to go any further, since, as I have already mentioned, police discretion is an essential component of our criminal justice system. It would therefore be paradoxical to say that conduct that tends to defeat the course of justice can at the same time be justified as an exercise of police discretion. If, beyond a reasonable doubt, the conduct in issue cannot constitute a proper exercise of police discretion, the analysis must be pursued further.

Second, it must be determined whether the offence of obstructing justice, the parameters of which are well established, has been committed. To sum up, the *actus reus* of the offence will be established only if the act tended to defeat or obstruct the course of justice (*R. v. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (Ont. C.A.), *per* Martin J.A.; see also *R. v. Hearn* (1989), 48 C.C.C. (3d) 376 (Nfld. C.A.), *per* Goodridge C.J.N., aff'd [1989] 2 S.C.R. 1180). With respect to *mens rea*, it is not in dispute that this is a specific intent offence (*R. v. Charbonneau* (1992), 13 C.R. (4th) 191 (Que. C.A.)). The prosecution must prove beyond a reasonable doubt that the accused did in fact intend to act in a way tending to obstruct, pervert or defeat the course of justice. A simple error of judgment will not be enough. An accused who acted in good faith, but whose conduct cannot be characterized as a legitimate exercise of the discretion, has not committed the criminal offence of obstructing justice.

circonscrire les facteurs qui, aux yeux d'un observateur objectif, justifieraient l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bien que l'on puisse supposer que, dans la plupart des cas, la question de l'intention sous-jacente à la décision sera déterminante tant pour apprécier l'exercice du pouvoir que pour juger s'il y a eu entrave à la justice, il me semble donc préférable de lier l'analyse du pouvoir discrétionnaire à celle de l'*actus reus*.

51 Ainsi, lorsque le pouvoir discrétionnaire est invoqué, l'analyse de l'élément matériel de l'infraction doit donc comporter deux étapes. Premièrement, les actes reprochés peuvent-ils être considérés comme un exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du policier? Dans l'affirmative, il n'y pas lieu d'aller plus loin puisque, je le répète, le pouvoir discrétionnaire des policiers est une composante essentielle de notre système de justice pénale. Il serait donc antinomique de prétendre qu'un acte peut à la fois tendre à contrecarrer le cours de la justice et trouver sa justification dans le pouvoir discrétionnaire de la police. Si, hors de tout doute raisonnable, les actes reprochés ne peuvent constituer un exercice légitime du pouvoir discrétionnaire de la police, l'analyse doit se poursuivre.

52 Deuxièmement, l'infraction d'entrave au cours de la justice, dont les paramètres sont bien établis par la jurisprudence, a-t-elle été commise? Pour résumer, l'élément matériel de l'infraction ne sera établi que si l'acte tendait à contrecarrer ou à entraver le cours de la justice (*R. c. May* (1984), 13 C.C.C. (3d) 257 (C.A. Ont.), le juge Martin; voir aussi *R. c. Hearn* (1989), 48 C.C.C. (3d) 376 (C.A.T.-N.), le juge en chef Goodridge, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1180). En ce qui concerne la *mens rea*, nul ne conteste qu'il s'agit d'une infraction requérant une intention spécifique (*R. c. Charbonneau* (1992), 13 C.R. (4th) 191 (C.A. Qué.)). La poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait bel et bien l'intention d'adopter une conduite tendant à entraver, détourner ou contrecarrer le cours de la justice. Une simple erreur de jugement ne suffit pas. L'accusé qui a agi de bonne foi, mais dont la conduite ne peut être assimilée à un exercice légitime du pouvoir discrétionnaire, n'a pas commis l'infraction criminelle d'entrave à la justice.

53 As I said in my introductory comments, the purpose of the foregoing remarks is to clarify the legal concept of police discretion and the relationship between the improper exercise of police discretion and the offence of obstructing justice. However, this appeal raises only one question of law: whether the verdict of Judge Beaulieu of the Court of Québec was unreasonable. I will now address this question.

4.3 *Findings of Judge Beaulieu*

54 It should first be noted that the trial judge made no error of law. Judge Beaulieu began by clearly and unambiguously stating the principles applicable to the burden of proof and to his assessment of the credibility of the accused's testimony. He then correctly described police discretion and its importance. He also correctly delimited the scope of application of the criminal law and that of disciplinary law, by recognizing that an unjustified exercise of the discretion does not necessarily mean that the offence provided for in s. 139(2) has been committed. Likewise, he correctly identified the constituent elements of the offence, including the need for the Crown to prove a specific intent to obstruct the course of justice. In short, Judge Beaulieu accurately stated the issue before him:

> [TRANSLATION] In the case at bar, if the Court is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused decided not to have Plourde take a breathalyzer test because he was a Sûreté du Québec officer, a peace officer, and to give him a chance, that exercise of the discretion was unacceptable.

55 I agree with the majority of the Court of Appeal that it was reasonable for the trial judge to find that the accused had breached his duty by giving preferential treatment to Mr. Plourde because he was a peace officer. The standard to be applied in reviewing a verdict was established in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, and *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, and it is not in issue in this appeal. In *Biniaris*, Arbour J. summarized it as follows:

Comme je l'ai dit en introduction, les remarques qui précèdent visent à clarifier la notion juridique de pouvoir discrétionnaire du policier et le rapport entre l'exercice illégitime de celui-ci et l'infraction d'entrave à la justice. Cependant, le présent pourvoi ne soulève qu'une seule question de droit, celle de savoir si le verdict du juge Beaulieu, de la Cour du Québec, est déraisonnable. C'est à elle que je passe maintenant.

4.3 *Les conclusions du juge Beaulieu*

Notons d'emblée que le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit. Le juge Beaulieu énonce d'abord clairement et sans ambiguïté les principes applicables au fardeau de preuve et ceux devant guider son appréciation de la crédibilité du témoignage de l'accusé. Ensuite, c'est avec raison qu'il fait état du pouvoir discrétionnaire de la police et de son importance. Aussi, il délimite bien l'application du droit pénal et celle du droit disciplinaire en reconnaissant qu'un exercice injustifié du pouvoir discrétionnaire n'emporte pas nécessairement la commission de l'infraction pénale prévue au par. 139(2). De même, il identifie correctement les éléments constitutifs de l'infraction, notamment la nécessité pour le ministère public de prouver une intention spécifique d'entraver le cours de la justice. En somme, le juge Beaulieu pose avec précision la question à trancher :

> Dans la présente affaire, si le Tribunal est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé a décidé de ne pas soumettre Plourde à l'alcootest parce que ce dernier est un agent de la Sûreté du Québec, agent de la paix, et de lui accorder une chance, cet exercice de ce pouvoir discrétionnaire est inacceptable.

À l'instar de la majorité des juges de la Cour d'appel, je suis d'avis que le juge du procès pouvait raisonnablement conclure que l'accusé avait manqué à son devoir en accordant un traitement de faveur à M. Plourde parce qu'il était agent de la paix. La norme de contrôle d'un verdict a été établie dans les arrêts *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, et *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, et elle n'est pas remise en cause dans le présent pourvoi. Dans l'arrêt *Biniaris*, la juge Arbour la résume comme suit :

The test for an appellate court determining whether the verdict of a jury or the judgment of a trial judge is unreasonable or cannot be supported by the evidence has been unequivocally expressed in *Yebes* as follows:

> [C]urial review is invited whenever a jury goes beyond a reasonable standard. . . . [T]he test is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered".

(*Yebes*, *supra*, at p. 185 (quoting *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, at p. 282, *per* Pigeon J.).)

That formulation of the test imports both an objective assessment and, to some extent, a subjective one. It requires the appeal court to determine what verdict a reasonable jury, properly instructed, could judicially have arrived at, and, in doing so, to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence. [Emphasis added; para. 36.]

I respectfully disagree with my colleague's analysis. Fish J. relies on the following passage from *Biniaris* to assert that there is a "fundamental distinction between jury verdicts and verdicts rendered by trial judges" where the application of s. 686(1)(*a*)(i) is concerned:

> The *Yebes* test is expressed in terms of a verdict reached by a jury. It is, however, equally applicable to the judgment of a judge sitting at trial without a jury. The review for unreasonableness on appeal is different, however, and somewhat easier when the judgment under attack is that of a single judge, at least when reasons for judgment of some substance are provided. In those cases, the reviewing appellate court may be able to identify a flaw in the evaluation of the evidence, or in the analysis, that will serve to explain the unreasonable conclusion reached, and justify the reversal. [Emphasis added; para. 37.]

Fish J. is correct in saying that a verdict can be unreasonable even if it can be supported by the evidence and that, in such a case, the court should order a new trial rather than entering an acquittal. This Court addressed this question as follows in *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9, at para. 14:

Le critère qu'une cour d'appel doit appliquer pour déterminer si le verdict d'un jury ou le jugement d'un juge du procès est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve a été énoncé clairement dans l'arrêt *Yebes* :

> [I]l doit y avoir révision judiciaire chaque fois que le jury dépasse une norme raisonnable. [. . .] [L]e critère est celui de savoir « si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre ».

(*Yebes*, précité, à la p. 185 (citant *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, à la p. 282, le juge Pigeon).)

Cette formulation du critère implique à la fois une évaluation objective et, dans une certaine mesure, une évaluation subjective. Elle oblige la cour d'appel à déterminer quel verdict un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire, aurait pu rendre, et ce faisant, à examiner, à analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d'appel, à évaluer la preuve. [Je souligne; par. 36.]

56 Avec respect, je ne suis pas d'accord avec l'analyse proposée par mon collègue. Le juge Fish se fonde sur le passage suivant dans *Biniaris* pour affirmer qu'il y a une « distinction fondamentale entre les verdicts du jury et les verdicts prononcés par les juges » dans l'application du sous-al. 686(1)*a*)(i) :

> Le critère de l'arrêt *Yebes* est formulé en fonction d'un verdict prononcé par un jury, mais il s'applique tout autant au jugement d'un juge siégeant sans jury. L'examen en appel du caractère déraisonnable est toutefois différent et un peu plus facile lorsque le jugement contesté est celui d'un juge seul, du moins quand il y a des motifs de jugement assez substantiels. Le cas échéant, le tribunal d'appel qui procède à l'examen est parfois en mesure de déceler une lacune dans l'évaluation de la preuve ou dans l'analyse, qui servira à expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée, et à justifier l'annulation. [Je souligne; par. 37.]

57 Le juge Fish a raison lorsqu'il dit qu'un verdict peut être déraisonnable même s'il peut s'appuyer sur la preuve et, dans un tel cas, il convient d'ordonner la tenue d'un nouveau procès plutôt que d'inscrire un verdict d'acquittement. Dans *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9, notre Cour a traité de cette question au par. 14 en disant ceci :

Where a conviction is set aside on the ground that the verdict is unsupported by the evidence, the court of appeal, absent legal errors in respect of the admissibility of evidence, will usually enter an acquittal. As noted by Doherty J.A. in *R. v. Harvey* (2001), 160 C.C.C. (3d) 52 (Ont. C.A.), at para. 30, "[a]n acquittal is the appropriate order because it would be unfair to order a new trial and give the Crown a second opportunity to present a case on which a reasonable trier of fact could convict." However, where the verdict is found to be unreasonable on the basis of inconsistency of verdicts, but the evidence against the appellant supported the conviction, the appropriate remedy will usually be a new trial.

Lorsqu'une déclaration de culpabilité est annulée pour le motif que le verdict ne s'appuie pas sur la preuve, la cour d'appel inscrit habituellement un verdict d'acquittement en l'absence d'erreur de droit quant à l'admissibilité de la preuve. Comme le juge Doherty l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Harvey* (2001), 160 C.C.C. (3d) 52 (C.A. Ont.), par. 30, [TRADUCTION] « [i]l convient d'ordonner un acquittement parce qu'il serait injuste d'ordonner un nouveau procès et de donner au ministère public une deuxième possibilité de présenter une preuve qui permettrait à un juge des faits raisonnable de prononcer un verdict de culpabilité. » Cependant, lorsque le verdict est jugé déraisonnable pour cause d'incompatibilité des verdicts, mais que la preuve pesant contre l'appelant étaye la déclaration de culpabilité, il convient habituellement d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

58 However, it must not be forgotten that, as Arbour J. clearly indicated, the *Yebes* test does not vary depending on whether the trial is a jury or a non-jury trial. The test to be applied is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered". In every case, it is the *conclusion* that is reviewed, not the process followed to reach it. I agree that, as Arbour J. explained in the passage quoted above, errors or a faulty thought process in a judge's reasons can sometimes explain an unreasonable conclusion reached by the judge. But a verdict is not necessarily unreasonable because the judge has made errors in his or her analysis. The review must go further than that. In every case, the court must determine whether the *verdict* is unreasonable and, to do so, it must consider all the evidence. Arbour J. explained this as follows in *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17:

Par contre, il est important de se rappeler, comme l'indique bien la juge Arbour, que le critère de l'arrêt *Yebes* ne varie pas selon le fait que le procès a eu lieu avec ou sans jury. Le critère qui doit être appliqué est celui de savoir « si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre ». Dans tous les cas, c'est la *conclusion* qui est à l'examen, et non le processus qui a été suivi pour y arriver. Je conviens, comme l'explique la juge Arbour dans l'extrait précité, que si les motifs du juge révèlent des erreurs ou un raisonnement fautif, ceci peut parfois expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée. Mais un verdict n'est pas nécessairement déraisonnable parce que le juge a commis des erreurs au cours de son analyse. L'examen doit être poussé plus loin. Dans tous les cas, le tribunal doit considérer si le *verdict* est déraisonnable et, pour ce faire, l'ensemble de la preuve doit être considéré. La juge Arbour le précise dans l'arrêt *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17 :

In embarking on the exercise mandated by s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*, the reviewing court must engage in a thorough re-examination of the evidence and bring to bear the weight of its judicial experience to decide whether, on all the evidence, the verdict was a reasonable one. [para. 6]

En se livrant à l'exercice prescrit par le sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*, le tribunal d'examen doit réexaminer la preuve en profondeur et mettre à profit toute son expérience pour déterminer si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le verdict était raisonnable. [par. 6]

59 In his analysis, Fish J. criticizes the trial judge for errors made in interpreting the evidence. He then finds that these errors were serious enough

Dans son analyse, le juge Fish reproche au juge du procès d'avoir commis des erreurs dans son interprétation de la preuve. Il conclut ensuite que

to require a new trial. I do not agree that the trial judge made such errors. Moreover, it is important to note that that is not the issue before this Court. This is an appeal as of right concerning the question of law whether the *verdict* is unreasonable within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i). Although there may be a connection between an error made in interpreting evidence and an unreasonable verdict, the two issues must not be confused. Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal explained this well in *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, as follows:

A misapprehension of the evidence does not render a verdict unreasonable. Nor is a finding that the judge misapprehended the evidence a condition precedent to a finding that a verdict is unreasonable. In cases tried without juries, a finding that the trial judge did misapprehend the evidence can, however, figure prominently in an argument that the resulting verdict was unreasonable. An appellant will be in a much better position to demonstrate the unreasonableness of a verdict if the appellant can demonstrate that the trial judge misapprehended significant evidence .... [Emphasis added; p. 220.]

Thus, it is not enough to determine that the trial judge made errors. The analysis must be taken further. Laskin J.A. of the Ontario Court of Appeal summarized the analysis as follows in *R. v. G. (G.)* (1995), 97 C.C.C. (3d) 362:

When an appellate court finds error, it has a duty to consider the nature of the error, its effect on the verdict, and when the verdict is rendered by a judge alone, on the reasoning process by which the verdict was reached. Obviously, not every error in the apprehension or appreciation of evidence or in the drawing of a conclusion from the evidence warrants quashing a conviction. But s. 686(1)(*a*) of the *Criminal Code* requires this court to intervene if the error leads to an unreasonable verdict, or if the error is an error of law which cannot be cured by s. 686(1)(*b*)(iii), or if the error results in a miscarriage of justice.

The appellant submitted that once all the evidence is fairly assessed, no properly instructed trier of fact could reasonably have convicted him. I do not think this

ces erreurs étaient suffisamment graves pour nécessiter un nouveau procès. Je ne suis pas d'accord que le juge du procès a commis de telles erreurs. Qui plus est, il est important de souligner que là n'est pas la question devant cette Cour. Ce pourvoi en est un de plein droit sur la question de droit à savoir si le *verdict* est déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i). Il peut exister un lien entre une erreur d'interprétation de la preuve et un verdict déraisonnable mais il ne faut pas confondre les deux questions. Le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario l'explique bien dans *R. c. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193, comme suit :

[TRADUCTION] Une erreur dans l'interprétation de la preuve ne rend pas un verdict déraisonnable. Une conclusion que le juge a commis une erreur en interprétant la preuve n'est pas non plus une condition préalable à une conclusion qu'un verdict est déraisonnable. Dans les affaires jugées sans jury, une conclusion que le juge du procès a commis une erreur en interprétant la preuve peut toutefois occuper une place importante dans un argument selon lequel le verdict qui en est résulté était déraisonnable. Un appelant sera beaucoup mieux en mesure de démontrer le caractère déraisonnable d'un verdict s'il peut démontrer une erreur du juge du procès dans l'interprétation d'un élément de preuve important ... [Je souligne; p. 220.]

Il ne suffit donc pas de déterminer si le juge du procès a commis des erreurs. L'analyse doit être poursuivie. Le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario résume l'analyse comme suit dans *R. c. G. (G.)* (1995), 97 C.C.C. (3d) 362 : 60

[TRADUCTION] Lorsqu'une cour d'appel constate une erreur, elle est tenue d'examiner la nature de l'erreur, son effet sur le verdict et, lorsque le verdict est celui d'un juge seul, sur le raisonnement suivi pour rendre ce verdict. Évidemment, les erreurs d'interprétation ou d'appréciation de la preuve ou celles qui entachent une conclusion tirée de la preuve ne justifient pas toutes l'annulation d'une déclaration de culpabilité. Mais l'al. 686(1)*a*) du *Code criminel* oblige cette Cour à intervenir si l'erreur mène à un verdict déraisonnable, si l'erreur est une erreur de droit qui ne peut être réparée aux termes du sous-al. 686(1)*b*)(iii), ou si l'erreur entraîne une erreur judiciaire.

L'appelant a fait valoir qu'à l'issue d'une évaluation correcte de l'ensemble de la preuve, aucun juge des faits ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu

is a tenable submission. A.G.'s evidence did not legally require corroboration. Her evidence, even in the context of the other evidence in this case, was evidence which could reasonably support the appellant's conviction. Therefore, I cannot say the verdict was unreasonable. [p. 377]

61 In his analysis, Fish J. does not consider all the evidence in determining whether the verdict is unreasonable. Hence, the reasoning that leads him to an order for a new trial seems to me rather to involve a finding under s. 686(1)(*a*)(iii) "that . . . on any ground there was a miscarriage of justice". That is not the question before the Court. Moreover, the question whether the judge misapprehended the evidence to such an extent that there was a miscarriage of justice is a mixed question of fact and law. An appellate court that considers a question such as this must bear in mind the privileged position of the trial judge.

62 I readily appreciate that the deference owed to a trial court's findings of fact must not become a pretext for an appellate court to evade its responsibility to set aside an unreasonable verdict. This is why no finding of fact is entirely exempt from appellate court scrutiny. Nonetheless, as this Court has consistently said, the integrity of our judicial system requires that the trial judge's privileged position in assessing the facts be respected. It should also be borne in mind that the question whether a verdict is unreasonable is not the same as the question whether a different verdict would have been reasonable had the evidence presented at trial been interpreted differently. With respect, it is my view that Chamberland J.A. considered the latter question in his dissenting reasons. Moreover, his analysis does not take into account the trial judge's privileged position in assessing the evidence. With respect, Fish J. does not take it into account either. The comments of Iacobucci and Major JJ. for the majority of the Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, are worth repeating:

raisonnablement le déclarer coupable. Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'un argument défendable. La loi n'exigeait pas que le témoignage de A.G. soit corroboré. Son témoignage, même dans le contexte des autres éléments de preuve en l'espèce, constituait un élément de preuve qui pouvait raisonnablement appuyer la déclaration de culpabilité de l'appelant. Par conséquent, je ne puis affirmer que le verdict était déraisonnable. [p. 377]

Dans son analyse, le juge Fish ne considère pas l'ensemble de la preuve pour déterminer si le verdict est déraisonnable. Ainsi, il me semble que le raisonnement qui le mène à l'ordonnance d'un nouveau procès est plutôt une application du sous-al. 686(1)*a*)(iii), soit, « que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire ». Cette question n'est pas devant la Cour. De plus, la question à savoir si le juge a mal interprété la preuve à un tel point qu'il y a eu erreur judiciaire est une question mixte de fait et de droit. La Cour d'appel qui examine une telle question doit tenir compte de la position privilégiée du juge du procès.

Je reconnais sans hésiter que la déférence envers les conclusions factuelles de la cour de première instance ne doit pas servir de prétexte à la cour d'appel pour se soustraire à son obligation de réformer un verdict déraisonnable. C'est pourquoi aucune conclusion factuelle n'est entièrement à l'abri du regard scrutateur de la cour d'appel. Néanmoins, comme la Cour l'a affirmé de façon constante, le respect de la position privilégiée du juge du procès vis-à-vis de l'appréciation des faits est nécessaire à l'intégrité de notre système judiciaire. Il importe aussi de garder à l'esprit que la question de savoir si un verdict est déraisonnable est distincte de celle de savoir si un autre verdict était raisonnable suivant une autre interprétation de la preuve présentée au procès. Avec égards pour l'opinion contraire, je suis d'avis que c'est plutôt à ce dernier exercice que s'est livré le juge Chamberland dans ses motifs dissidents. Qui plus est, son analyse ne tient aucunement compte de la position privilégiée du juge du procès pour apprécier la preuve. En toute déférence, le juge Fish n'en tient pas compte non plus. Les propos tenus par les juges Iacobucci et Major au nom de la majorité de la Cour dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, méritent d'être rappelés :

While the theory has acceptance, consistency in its application is missing. The foundation of the principle is as sound today as 100 years ago. It is premised on the notion that finality is an important aim of litigation. There is no suggestion that appellate court judges are somehow smarter and thus capable of reaching a better result. Their role is not to write better judgments but to review the reasons in light of the arguments of the parties and the relevant evidence, and then to uphold the decision unless a palpable error leading to a wrong result has been made by the trial judge. [para. 4]

Quoique cette théorie soit généralement acceptée, elle n'est pas appliquée de manière systématique. Le fondement de cette théorie est aussi valide aujourd'hui qu'il l'était il y a 100 ans. Cette théorie repose sur l'idée que le caractère définitif des décisions est un aspect important du processus judiciaire. Personne ne prétend que les juges des cours d'appel seraient, d'une manière ou d'une autre, plus intelligents que les autres et donc capables d'arriver à un meilleur résultat. Leur rôle n'est pas de rédiger de meilleurs jugements, mais de contrôler les motifs à la lumière des arguments des parties et de la preuve pertinente, puis de confirmer la décision à moins que le juge de première instance n'ait commis une erreur manifeste ayant conduit à un résultat erroné. [par. 4]

In my view, the need to adhere to this fundamental principle is even more acute when, as in the instant case, what is in issue is the trial judge's assessment of the credibility of the witnesses. That is why in *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, Sopinka J. stated that the appellate courts' power of review must be exercised sparingly when the verdict rests on a question of credibility (paras. 5-6). He added that instances where a trial court's assessment of credibility cannot be supported on any reasonable view of the evidence were "rare" (para. 7). It is therefore with this caveat in mind that I will now consider Judge Beaulieu's interpretation of the evidence.

63 D'après moi, la nécessité de respecter ce principe fondamental est encore plus criante lorsque, comme en l'espèce, c'est l'appréciation de la crédibilité des témoins par le juge du procès qui est en cause. C'est pourquoi, dans l'arrêt *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, le juge Sopinka a dit que le pouvoir de révision des cours d'appel doit être exercé avec circonspection lorsque le verdict tient à une question de crédibilité (par. 5-6). Il a en outre précisé que les cas où l'appréciation de la crédibilité par la cour de première instance ne peut pas s'appuyer sur quelque interprétation raisonnable de la preuve étaient « peu communs » (par. 7). C'est donc avec cette mise en garde en tête que je me penche maintenant sur l'interprétation de la preuve par le juge Beaulieu.

There is no doubt that Mr. Plourde was operating his vehicle while intoxicated, and indeed in an advanced state of intoxication. It has also been clearly established that Sergeant Beaudry decided not to gather the evidence that would have been needed in order to lay criminal charges. The charge against Sergeant Beaudry is in fact based on *his decision not to obtain breath samples*. The Crown submits that in deciding not to do so, he was obstructing justice, since he knew that this evidence was necessary to prove the offence alleged against Mr. Plourde under s. 253 of the *Criminal Code*. It is important to note that the charge is not based on an allegation that Sergeant Beaudry attempted to conceal the commission of an offence by Mr. Plourde. If I understand Fish J.'s reasons correctly, he concludes that the verdict is unreasonable, at least in part, because, in his view, there

64 Il ne fait nul doute que M. Plourde a conduit son véhicule en état d'ébriété et même en état d'ébriété avancé. Il a aussi été clairement établi que le sergent Beaudry a bel et bien décidé de ne pas recueillir les éléments de preuve nécessaires au dépôt d'accusations pénales. L'accusation portée contre ce dernier repose précisément sur *sa décision de ne pas obtenir d'échantillons d'haleine*. La poursuite prétend que, par cette décision, il a entravé la justice puisqu'il savait que ces éléments de preuve étaient nécessaires pour prouver l'infraction portée contre M. Plourde en vertu de l'art. 253 du *Code criminel*. Il est important de souligner que l'accusation ne repose nullement sur la prétention que le sergent Beaudry ait tenté de dissimuler la commission d'une infraction par M. Plourde. Si je comprends bien les motifs du juge Fish, il conclut que le verdict est déraisonnable, du moins en partie, parce que,

is no evidence capable of supporting a finding that Sergeant Beaudry attempted to conceal the fact that Mr. Plourde had committed an offence (see, *inter alia*, para. 111 of Fish J.'s reasons). But that is not the issue. What is in fact in issue is Sergeant Beaudry's decision not to obtain breath samples. In the present case, was this an acceptable exercise of police discretion? If not, did it constitute an obstruction of the course of justice?

65 In his analysis, Judge Beaulieu first described the facts that were relevant to the question whether Sergeant Beaudry's decision constituted a proper exercise of his discretion. On this point, the evidence as a whole was such that it was reasonable to find that the circumstances were very serious. Admittedly, there were no accidents or injuries on the night in question. Nonetheless, there is no doubt that what took place before Sergeant Beaudry intervened was serious. Patrick Plourde was speeding and was driving on a public roadway with a flat tire, and he failed to make a stop and just missed the median. Then, when the police gave chase, he continued along his way for some distance before bringing his vehicle to a stop. After pulling over, he ignored Sergeant Beaudry for several minutes, sat with his head down on the wheel, cried, spoke in a confused manner, and fell down when he got out of his vehicle.

66 Furthermore, although I do not agree completely with the weight Doyon J.A. gave to the administrative directives set out in the police practices manual, the fact remains that the directives, as well as the testimony of Assistant Director Rocheleau and retired officer Lapointe regarding the procedure normally followed in impaired driving cases, justifiably prompted the trial judge to require more convincing evidence in support of the claim that the discretion had been exercised for a humanitarian reason. As Doyon J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, pointed out, [TRANSLATION] "[i]n light of the seriousness of these circumstances, it was open to the judge to be circumspect, as he was, in considering [Sergeant Beaudry's] version" (para. 71).

selon lui, il n'y a aucune preuve qui permettrait de conclure que le sergent Beaudry ait tenté de dissimuler le fait que M. Plourde avait commis une infraction (voir, entre autres, le par. 111 des motifs du juge Fish). Là n'est pas la question. Il s'agit plutôt d'examiner la décision prise par le sergent Beaudry de ne pas obtenir d'échantillons d'haleine. S'agissait-il en l'espèce d'un exercice acceptable du pouvoir discrétionnaire de la police et, dans la négative, d'une entrave au cours de la justice?

Dans son analyse, le juge Beaulieu décrit d'abord les faits pertinents pour la question de savoir si la décision du sergent Beaudry constituait un exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire. À cet égard, tous les éléments sont réunis pour conclure raisonnablement qu'il s'agissait de circonstances très sérieuses. Certes, il n'y a pas eu d'accident ou de blessure ce soir-là. Toutefois, il ne fait nul doute que des gestes graves ont précédé l'intervention du sergent Beaudry. Patrick Plourde excédait la limite permise et circulait sur la voie publique avec un pneu crevé, il a omis d'effectuer un arrêt et il a frôlé le terre-plein. De plus, lorsque les policiers l'ont pris en chasse, il a poursuivi sa course sur une bonne distance avant d'immobiliser son véhicule. Une fois rangé sur le côté de la rue, il ignore le sergent Beaudry pendant quelques minutes, il a la tête penchée sur le volant, il pleure, il tient des propos confus et il tombe au sol en descendant de son véhicule.

De plus, même si je ne suis pas tout à fait d'accord avec le poids que le juge Doyon accorde aux directives administratives contenues dans le *Guide de pratiques policières*, il n'en demeure pas moins que, tout comme le témoignage du directeur-adjoint Rocheleau et du policier retraité Lapointe concernant la procédure habituelle dans les cas de conduite avec facultés affaiblies, elles pouvaient à juste titre accroître la preuve exigée par le juge du procès à l'appui de la prétention selon laquelle le pouvoir discrétionnaire avait été exercé pour un motif humanitaire. Comme l'a souligné le juge Doyon pour la majorité de la Cour d'appel, « [c]onfronté à des circonstances de cette gravité, le juge pouvait, comme il l'a fait, considérer avec circonspection la version de [Beaudry] » (par. 71).

The trial judge was also careful in weighing the testimony of the two officers, Constable Boucher and Constable Bélisle, who were with the accused on the night of September 22, 2000. Constable Boucher said that he had not taken the initiative to have Mr. Plourde take a breathalyzer test because he only suspected him of impaired driving. The appellant concedes that the judge correctly characterized that statement as a lie. Constable Bélisle stated that it was hard for him to say whether this was an impaired driving case. Once again, the judge made no error in finding that this was a lie. It was certainly open to the trial judge, in deciding whether the exercise of police discretion was appropriate in this case, to consider the testimony of the other officers who had also been in a position to assess the circumstances of the case. While only Sergeant Beaudry's decision was in issue, the testimony of the other two officers was nonetheless important contextual evidence. That testimony was quite likely to enlighten the trial judge in his assessment of the situation the police had been dealing with that night. The fact that Sergeant Beaudry's colleagues lied to the court cannot help but raise doubts about what really happened at the roadside, and subsequently at the police station.

Moreover, the trial judge noted that the evidence established beyond a reasonable doubt that, even while at the roadside, the accused had remembered meeting the individual a little over a week earlier, on September 12, 2000. As of that point, therefore, he knew that he was dealing with a Sûreté du Québec officer. This finding is crucial, because it is the cornerstone of Judge Beaulieu's verdict. Moreover, the evidence establishes that it was also at the roadside that Sergeant Beaudry decided not to follow the usual procedure. There are thus two possibilities: Sergeant Beaudry decided not to pursue the investigation either out of favouritism because Mr. Plourde was a peace officer, or because he knew that Mr. Plourde was depressed and needed help. The parties agree that if Sergeant Beaudry acted out of favouritism he is guilty of the offence with which he is charged.

Le juge du procès soupèse aussi avec soin le témoignage des deux policiers qui accompagnaient l'accusé le soir du 22 septembre 2000, les agents Boucher et Bélisle. L'agent Boucher indique qu'il n'a pas pris l'initiative de soumettre M. Plourde à l'alcootest parce qu'il n'avait que des soupçons de conduite avec facultés affaiblies. Le tribunal a eu raison, et l'appelant en convient, de qualifier cette affirmation de mensongère. Quant à l'agent Bélisle, il indique qu'il lui a été difficile de dire s'il s'agissait d'un cas de facultés affaiblies. De nouveau, le tribunal ne commet aucune erreur en concluant qu'il s'agit d'un mensonge. Le juge du procès pouvait fort bien considérer le témoignage des autres policiers, qui eux aussi avaient pu apprécier les circonstances de l'espèce, afin de décider si l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la police était approprié dans ce cas. Bien que seule la décision du sergent Beaudry soit en cause, les témoignages des deux autres agents constituaient tout de même des éléments de contexte importants. Ces témoignages étaient tout à fait de nature à éclairer le juge du procès dans son appréciation de la situation à laquelle les policiers avaient été confrontés ce soir-là. Le fait que les collègues du sergent Beaudry ont menti au tribunal ne peut que soulever des doutes sur ce qui s'est véritablement passé sur les lieux de l'interception, puis au poste de police. 67

En outre, le juge du procès note que la preuve révèle hors de tout doute raisonnable que, sur les lieux mêmes de l'intervention, l'accusé s'est souvenu avoir rencontré l'individu un peu plus d'une semaine auparavant, le 12 septembre 2000. Ainsi, dès ce moment, il sait qu'il a affaire à un agent de la Sûreté du Québec. Cette conclusion est cruciale puisqu'elle constitue la pierre angulaire du verdict du juge Beaulieu. La preuve révèle par ailleurs que c'est aussi sur les lieux de l'intervention que le sergent Beaudry a pris la décision de ne pas suivre la procédure habituelle. Deux hypothèses se posent donc : le sergent Beaudry a pris la décision de ne pas poursuivre l'enquête soit par favoritisme parce que M. Plourde était un agent de la paix, soit parce qu'il savait que ce dernier était dépressif et qu'il avait besoin d'aide. Les parties conviennent que si le sergent Beaudry a agi par favoritisme, il est coupable de l'infraction qu'on lui reproche. 68

69 This, then, is the question on which the case turns, and Judge Beaulieu devoted the largest portion of his reasons to it. He believed the version of Sergeant Beaudry and his colleagues with respect to the description of Mr. Plourde himself and of Mr. Plourde's conduct, but he was of the opinion that the [TRANSLATION] "climate of distress" was raised after the fact to try to justify Sergeant Beaudry's actions. The logic behind Judge Beaulieu's finding that Alain Beaudry was guilty is clear. The main points of his reasoning are as follows.

70 Judge Beaulieu examined in detail Sergeant Beaudry's claim that he had decided not to take breath samples because he wanted to help Mr. Plourde, knowing him to be depressed. However, the judge expressed scepticism regarding that explanation. To justify the decision he had made at the very scene of the incident, Sergeant Beaudry claimed to have recalled that Mr. Plourde's depressive state had been discussed in the course of the interview on September 12, ten days earlier. Mr. Plourde, however, did not, in testifying, remember any discussion about this. Nor did the incident report written at the time mention it. In any event, the trial judge asked why Sergeant Beaudry had not taken Mr. Plourde to the hospital if he was so depressed that he posed a danger to himself. In the judge's opinion, if the accused had been so worried about Mr. Plourde's health, he should have ignored his refusal to go to the hospital, particularly when the accused expressly admitted in his testimony that it would have been preferable to take Mr. Plourde to the hospital. Judge Beaulieu also rightly observed that detaining Mr. Plourde in a room under video surveillance would have obviated the risk of a suicide attempt even if breath samples had been taken.

71 The trial judge also could not understand why Mr. Plourde's depressive state was not mentioned anywhere in the file if that fact was so striking. For example, in his own activity log, the accused described Mr. Plourde as being in an advanced state of intoxication and noted that he had to "sleep it off". It therefore seems that Sergeant Beaudry

Telle est donc la question déterminante, et le juge Beaulieu y consacre la plus grande partie de ses motifs. Il ajoute foi à la version du sergent Beaudry et de ses collègues en ce qui a trait à la description de la personne de M. Plourde et de sa conduite, mais il est d'avis que « l'atmosphère de détresse » a été invoquée après coup pour tenter de justifier les actes du sergent Beaudry. La logique du raisonnement qui sous-tend la conclusion du juge Beaulieu quant à la culpabilité d'Alain Beaudry est manifeste. Voici les points principaux de son raisonnement.

Le juge Beaulieu examine en détail les prétentions du sergent Beaudry selon lesquelles il a pris la décision de ne pas recueillir les échantillons d'haleine parce qu'il voulait aider M. Plourde, qu'il savait dépressif. Or, il exprime son scepticisme vis-à-vis de cette justification. Pour justifier sa décision, prise sur les lieux même de l'incident, le sergent Beaudry prétend s'être souvenu que le sujet de la dépression de M. Plourde avait été abordé lors de la rencontre du 12 septembre, dix jours plus tôt. Pourtant, dans son témoignage, M. Plourde ne se souvient pas qu'il en ait été question. De même, le rapport d'événement rédigé alors n'en fait pas mention. Quoi qu'il en soit, le juge du procès se demande pourquoi le sergent Beaudry n'a pas conduit M. Plourde à l'hôpital s'il était dépressif au point que l'on craigne qu'il pose un geste malheureux. À son avis, si l'accusé était aussi préoccupé de la santé de M. Plourde, il devait passer outre à son refus d'aller à l'hôpital, d'autant plus qu'il a explicitement reconnu dans son témoignage qu'il aurait été préférable que M. Plourde soit conduit à l'hôpital. Le juge Beaulieu note aussi à bon droit que la garde de celui-ci dans une salle faisant l'objet d'une surveillance vidéo aurait neutralisé le risque de tentative de suicide même si les échantillons d'haleine avaient été recueillis.

Le juge du procès ne s'explique pas non plus l'absence au dossier de toute mention de l'état dépressif de M. Plourde si le fait était si criant. Par exemple, dans son propre journal d'activité, l'accusé décrit M. Plourde comme une personne en état d'ébriété avancé, notant qu'il doit « cuve[r] son vin ». Il semble donc que le sergent Beaudry

had inferred from the signs of distress exhibited by Mr. Plourde when he was stopped that he was drunk, not that he was depressed. The conclusion noted by Sergeant Beaudry, that Mr. Plourde was in an advanced state of intoxication, was perfectly reasonable, given the difficulty, to say the least, in distinguishing an abnormal mental state from a state of intoxication combined with the stress inherent in this kind of interaction with the police. The trial judge also could not have failed to notice that the handwritten memorandum stapled to the report prepared for Assistant Director Rocheleau did not mention depression or any other humanitarian reason, but referred only to the fact that Patrick Plourde was a police officer. This leads to the inexorable conclusion that more would be needed before a clinical diagnosis of severe depression or suicidal tendencies could be considered likely.

conclut des signes de détresse manifestés par M. Plourde lors de son interception qu'il est ivre et non qu'il est dépressif. La conclusion notée par le sergent Beaudry que M. Plourde était en état d'ébriété avancé était tout à fait raisonnable puisqu'il est pour le moins difficile de distinguer un état mental anormal d'un état d'ébriété conjugué au stress inhérent à une interaction avec les forces policières dans de telles conditions. Le juge du procès n'a pu manquer de remarquer non plus que la note manuscrite agrafée au rapport destiné au directeur-adjoint Rocheleau ne fait pas mention de la dépression ou de quelque autre motif humanitaire, mais seulement du fait que Patrick Plourde est policier. Force est donc d'admettre qu'il manque quelques éléments pour croire à un diagnostic clinique de dépression sévère ou de tendances suicidaires.

In addition to rejecting Sergeant Beaudry's justifications based on humanitarian reasons, the trial judge also concluded, beyond a reasonable doubt, that the accused had acted knowingly and out of favouritism when he had failed to take timely breath samples. On this point, Chamberland J.A. was of the opinion (at para. 55) that Sergeant Beaudry had acted transparently and that he had never attempted to conceal anything. Judge Beaulieu, however, was of a very different opinion, and in my view his conclusion was perfectly reasonable. 72

En plus de rejeter les justifications avancées par le sergent Beaudry quant à son motif humanitaire, le juge du procès arrive aussi à la conclusion hors de tout doute raisonnable que l'accusé a agi sciemment et par favoritisme en omettant de recueillir des échantillons d'haleine en temps utile. À cet égard, le juge Chamberland est d'avis (au par. 55) que le sergent Beaudry a agi avec transparence et qu'il n'a jamais tenté de cacher quoi que ce soit. Pourtant, le juge Beaulieu est d'un tout autre avis et, selon moi, sa conclusion est entièrement raisonnable.

First, the trial judge believed Constable Dagenais's testimony that when he had asked the accused whether he should obtain biometric information (photograph and fingerprints) from Mr. Plourde, the accused had replied that Mr. Plourde was under arrest for impaired driving. Here again, the trial judge was justified in wondering why the accused had not instead seen fit to explain to his colleague that Mr. Plourde had been brought to the police station for his own safety, because he was depressed and needed help more than anything else. The judge also believed Constable Dagenais when he added that Sergeant Beaudry had told him to wait because he had to make a decision. But Sergeant Beaudry had already decided to characterize the incident as an "unclassified" one. It was certainly open to the trial judge to conclude, unlike 73

Tout d'abord, le juge du procès a ajouté foi au témoignage de l'agent Dagenais selon lequel l'accusé lui a répondu que M. Plourde était en état d'arrestation pour facultés affaiblies lorsqu'il lui a demandé s'il devait obtenir les informations biométriques (photo et empreintes digitales) de M. Plourde. Là encore, le juge du procès a raison de se demander pourquoi l'accusé n'a pas jugé bon d'expliquer plutôt à son collègue que le prévenu a été amené au poste pour sa propre sécurité, parce qu'il était dépressif et avait besoin d'aide plus qu'autre chose. Le juge croit aussi l'agent Dagenais lorsqu'il ajoute que le sergent Beaudry lui a dit d'attendre parce qu'il avait une décision à prendre. Pourtant, le sergent Beaudry avait déjà décidé de classer l'événement comme « non répertorié ». Le juge du procès pouvait très bien conclure, contrairement

Chamberland J.A., that in acting in this way, the accused had not been candid.

74 Accordingly, these findings of fact, particularly with respect to Sergeant Beaudry's credibility, provide ample support for the judge's conclusion that on September 22, 2000, Sergeant Beaudry acted out of favouritism and had the specific intent to obstruct, pervert or defeat the course of justice by not taking the breath samples that would have been needed to lay a charge against Patrick Plourde under s. 253 of the *Criminal Code*.

5. Conclusion

75 For these reasons, I find that Judge Beaulieu's verdict was not unreasonable and I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

76 BINNIE J. — I agree with my colleague Justice Charron that the appeal should be dismissed. As she notes, the verdict turned on issues of credibility and "[t]he trial judge was in the best position to assess the credibility of the witnesses and to determine whether the evidence left room for a reasonable doubt" (para. 4).

77 Quite apart from the merits of the appeal, however, Justice Fish urges the Court to reconsider the traditional scope of s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In particular, Fish J. contends that an appellate court's finding that a verdict is "unreasonable or cannot be supported by the evidence" should be available in a case where the verdict is dependent on findings of fact made by the trial judge "that are demonstrably incompatible . . . with evidence that is neither contradicted by other evidence nor rejected by the judge" (para. 98); in other words, in cases where on examination the substratum of findings on which the verdict rests disappears.

78 As Charron J. points out, the law has traditionally focussed on the reasonableness of the verdict,

au juge Chamberland, que par ces actes, l'accusé ne faisait pas preuve de transparence.

Ainsi, ces conclusions factuelles, particulièrement en ce qui concerne la crédibilité de Beaudry, étayent amplement la conclusion du juge suivant laquelle, le 22 septembre 2000, le sergent Beaudry a agi par favoritisme et a eu l'intention spécifique d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice en ne recueillant pas les échantillons d'haleine nécessaires à ce qu'une accusation fondée sur l'art. 253 du *Code criminel* soit déposée contre Patrick Plourde.

5. Conclusion

C'est pourquoi je conclus que le verdict du juge Beaulieu n'est pas déraisonnable et je suis d'avis de rejeter l'appel.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — Je suis d'accord avec ma collègue la juge Charron que le pourvoi doit être rejeté. Comme elle le fait remarquer, le verdict dépendait de questions de crédibilité et « [l]e juge du procès était dans une position privilégiée pour apprécier la crédibilité des témoins et déterminer si la preuve laissait place à un doute raisonnable » (par. 4).

Indépendamment du bien-fondé du pourvoi cependant, le juge Fish exhorte la Cour à réexaminer la portée traditionnelle du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. En particulier, le juge Fish soutient qu'une cour d'appel pourrait conclure qu'un verdict est « déraisonnable » ou « ne peut pas s'appuyer sur la preuve » dans un cas où ce verdict repose sur des conclusions de fait du juge de première instance « dont on peut démontrer qu'elles sont incompatibles [. . .] avec des éléments de preuve qui ne sont ni contredits par d'autres éléments de preuve ni rejetés par le juge » (par. 98); autrement dit, dans les cas où, à l'examen, le fondement des conclusions sur lesquelles repose le verdict disparaît.

Comme le signale la juge Charron, le droit a toujours mis l'accent sur le caractère raisonnable du

not on the quality of the reasons given for reaching it. Nevertheless, Charron J. accepts that "there may be a connection between an error made in interpreting evidence and an unreasonable verdict" (para. 59).

In *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26, we held that a trial judge's failure to deliver reasons sufficient to permit meaningful appellate review was an "error of law" within the scope of s. 686(1)(*a*)(ii). The dissent in this case of Chamberland J.A. was not based on an "error of law" ([2005] R.J.Q. 2536, 2005 QCCA 966); accordingly, s. 686(1)(*a*)(ii), is not available to the appellant/accused here, even if it was thought to be applicable. However, it is useful to recall that in *Sheppard* we observed more broadly that:

> . . . the requirement of reasons is tied to their purpose and the purpose varies with the context. At the trial level, the reasons justify and explain the result. The losing party knows why he or she has lost. . . . Interested members of the public can satisfy themselves that justice has been done, or not, as the case may be. [para. 24]

As a practical matter, these functional concerns are equally applicable to an appellate court's consideration of an appeal based on the allegations of unreasonable verdict or a verdict that cannot be supported by the evidence. In the eyes of the litigants and the public, where the findings of facts essential to the verdict are "demonstrably incompatible" with evidence that is neither contradicted by other evidence nor rejected by the trial judge, such a verdict would lack legitimacy and would properly, I think, be treated as "unreasonable".

My disagreement with Fish J., therefore, is with his conclusion that the circumstances of this case meet the test he has proposed. The key issue, as stated, is credibility. In my view, with respect, the faults he has identified in the trial judge's reasons have neither the centrality to the verdict nor the incompatibility with the record sufficient to

verdict, non sur la qualité des motifs sur lesquels il repose. La juge Charron accepte néanmoins qu'il « peut exister un lien entre une erreur d'interprétation de la preuve et un verdict déraisonnable » (par. 59).

79 Dans *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26, nous avons conclu que le juge du procès qui ne donne pas des motifs suffisants pour permettre un examen valable de sa décision en appel commet une « erreur de droit » au sens du sous-al. 686(1)*a*)(ii). La dissidence du juge Chamberland en l'espèce ne reposait pas sur une « erreur de droit » ([2005] R.J.Q. 2536, 2005 QCCA 966); par conséquent, l'accusé appelant ne peut se prévaloir du sous-al. 686(1)*a*)(ii) même si l'on pouvait croire qu'il s'applique. Cependant, il est utile de rappeler que dans *Sheppard*, nous avons fait remarquer de façon plus générale ce qui suit :

> . . . l'obligation de donner des motifs est liée à leur fin, qui varie selon le contexte. En première instance, les motifs justifient et expliquent le résultat. La partie qui n'a pas gain de cause sait pourquoi elle a perdu. [. . .] Les membres du public intéressés peuvent constater que justice a été rendue, ou non, selon le cas. [par. 24]

En pratique, ces préoccupations fonctionnelles s'appliquent tout autant à l'examen par une cour d'appel d'un appel fondé sur des allégations de verdict déraisonnable ou de verdict qui ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Aux yeux des parties et des membres du public, si les conclusions de fait essentielles au verdict étaient des conclusions « dont on peut démontrer qu'elles sont incompatibles » avec une preuve qui n'est ni contredite par d'autres éléments de preuve ni rejetée par le juge du procès, un tel verdict serait privé de légitimité et pourrait, à juste titre à mon avis, être considéré comme « déraisonnable ».

80 Mon désaccord avec le juge Fish tient par conséquent à sa conclusion que les circonstances de l'espèce satisfont au critère qu'il a proposé. La question clé, telle qu'elle est énoncée, est la crédibilité. À mon avis, avec égards, les vices qu'il a identifiés dans les motifs du juge du procès ne sont pas à ce point importants pour le verdict et incompatibles

justify a reversal. For that reason, I concur with Charron J. in the dismissal of the appeal.

The reasons of McLachlin C.J. and Bastarache, Deschamps and Fish JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

81 A police officer is entitled, like any other accused, to be presumed innocent until reasonably and properly convicted — even when another officer is the beneficiary of the alleged offence.

82 In this case, Alain Beaudry, an experienced municipal police officer with an impeccable record, stands convicted of obstruction of justice for having failed to perform his duties upon the arrest of Patrick Plourde, a member of the Quebec police force (the "Sûreté du Québec"). The uncontradicted evidence is that Mr. Plourde was in an advanced state of intoxication when arrested at the wheel of his car. He was taken to the station, but was not asked to provide the breath or blood sample necessary to determine the concentration of alcohol in his blood.

83 The decisive question at trial was whether Mr. Beaudry had refrained from asking for that sample because Mr. Plourde was a police officer. The trial judge answered that question in the affirmative and the issue on this appeal is whether the judge's decision is "unreasonable", within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. In my respectful view it is, because the judge's conclusions are not supported by the reasons upon which he caused them to rest — and because his reasons are fundamentally incompatible with the uncontradicted evidence at trial.

84 I would therefore allow the appeal and set aside Mr. Beaudry's conviction. In the circumstances, however, I would order a new trial and not substitute an acquittal.

avec la preuve qu'il soit justifié d'infirmer sa décision. Pour cette raison, je suis d'accord avec la juge Charron pour rejeter le pourvoi.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Deschamps et Fish rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

Un policier a le droit, à l'instar de tout autre accusé, d'être présumé innocent tant qu'il n'a pas été raisonnablement et régulièrement déclaré coupable — même si un autre policier a bénéficié de l'infraction alléguée.

En l'espèce, Alain Beaudry, un policier municipal d'expérience aux antécédents irréprochables, a été reconnu coupable d'entrave à la justice pour avoir omis de s'acquitter de ses obligations lors de l'arrestation de Patrick Plourde, un policier de la Sûreté du Québec. D'après la preuve non contredite, M. Plourde était dans un état d'ébriété avancé lorsqu'il a été arrêté au volant de sa voiture. Il a été emmené au poste sans qu'on lui demande de fournir l'échantillon d'haleine ou de sang nécessaire pour déterminer son alcoolémie.

Au procès, la question déterminante était de savoir si M. Beaudry s'était abstenu de demander cet échantillon parce que M. Plourde était policier. Le juge du procès a répondu à cette question par l'affirmative et dans cet appel, la question est de savoir si sa décision est « déraisonnable » au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Avec égards pour l'opinion contraire, j'estime qu'elle l'est parce que les conclusions du juge ne s'appuient pas sur les motifs qui l'y ont conduit — et parce que ses motifs sont fondamentalement incompatibles avec la preuve non contredite présentée lors du procès.

Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Beaudry. Dans les circonstances toutefois, j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès plutôt que de prononcer un verdict d'acquittement.

II

I agree with Justice Charron's analysis of s. 139(2) of the *Criminal Code*. More particularly, I agree that the *actus reus* and the *mens rea* for obstruction of justice should not be conflated. An improper exercise of discretion will amount to an obstruction of justice only when it is accompanied by an intent to "obstruct, pervert or defeat the course of justice". Mr. Beaudry must thus be shown to have acted corruptly or dishonestly — that is, beyond the scope of what he believed to be within his lawful discretion as a police officer.

Like Justice Charron, I believe that police discretion is an essential element of the justice system in Quebec, as in other provinces. It is neither narrowed by the attorney general's authority to press charges independently of a police recommendation, nor displaced by the provisions of internal police directives.

III

In *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, Justice Deschamps and I, dissenting in the result, held that "[t]he duty of an appellate court is not limited to ensuring that 'the verdict was available on the record'" (para. 36). This is because s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code* specifically provides that a verdict may be set aside on appeal if it is "unreasonable or cannot be supported by the evidence".

The majority in *Gagnon* did not address this issue and I find it necessary and appropriate to revisit it here before proceeding to apply what I believe to be the appropriate test.

Section 686(1)(*a*)(i) empowers a court of appeal to allow the appeal "where it is of the opinion that . . . the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence". In my view, the disjunctive "or" indicates a clear Parliamentary intention to differentiate

II

85 Je suis d'accord avec la juge Charron pour ce qui est de l'analyse qu'elle fait du par. 139(2) du *Code criminel*. Plus particulièrement, j'estime comme elle que l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction d'entrave à la justice ne doivent pas être confondus. L'exercice illégitime du pouvoir discrétionnaire n'équivaudra à une entrave à la justice que s'il s'accompagne d'une intention « d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice ». Il faut donc démontrer que M. Beaudry a agi par corruption ou malhonnêteté — c'est-à-dire qu'il a outrepassé ce qu'il croyait être l'exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire de policier.

86 À l'instar de la juge Charron, je crois que le pouvoir discrétionnaire des policiers est un élément essentiel du système de justice au Québec, comme dans les autres provinces. Il n'est pas limité par le pouvoir du procureur général de porter des accusations indépendamment d'une recommandation policière, et ne saurait être écarté par les directives internes de la police.

III

87 Dans *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, la juge Deschamps et moi, dissidents quant au résultat, avons conclu que « [l]e devoir d'une cour d'appel ne se limite pas à s'assurer que "le dossier autorisait le verdict prononcé" » (par. 36). Cela s'explique par le fait que le sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel* prévoit expressément qu'un verdict peut être rejeté en appel s'il est « déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve ».

88 Dans *Gagnon*, les juges majoritaires n'ont pas abordé cette question et j'estime qu'il est nécessaire et opportun d'y revenir en l'espèce avant d'appliquer ce que je crois être le critère pertinent.

89 Le sous-alinéa 686(1)*a*)(i) autorise une cour d'appel à admettre l'appel « si elle est d'avis [. . .] que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve ». À mon avis, la conjonction disjonctive « ou » indique que le législateur avait clairement

between verdicts that cannot be supported by the evidence and verdicts that may properly be characterized as unreasonable *on some other ground*. To construe the test otherwise would be to permit for appeals, including appeals *as of right*, a narrower scope of curial review than for intervention by way of prerogative writ — where no appeal lies, with or without leave.

90 It is important to remember that the unreasonable verdict test has more often than not been described and explained in cases involving jury trials, where particular considerations govern: See, for example, *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

91 Unlike judges, juries are neither required nor even permitted to give reasons. Their reasons, in this country at least, are forever shrouded in the compelled secrecy of their deliberations: Section 649 of the *Criminal Code* prohibits the disclosure, subject only to narrow exceptions, of any information relating to the proceedings of a jury. Why the jury concluded as it did is thus beyond the ken of the court, both at trial and on appeal.

92 Appellate courts are no more entitled to speculate about than to know how or why the jury reached its verdict. The jury is presumed to have been composed of reasonable people acting reasonably. It follows that its verdict must be deemed to be reasonable unless *no* properly instructed jury could reasonably have reached that verdict or, in the words of s. 686(1)(*a*)(i), it "cannot be supported by the evidence".

93 The same, however, cannot be said for the verdict of a judge. The delivery of reasoned decisions is inherent in the judge's role: *R. v. Sheppard*, [2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26. And evaluating the reasonableness of those reasons is not a matter of speculation. Moreover, while the necessary degree of detail will vary according to the circumstances

l'intention d'établir une distinction entre les verdicts qui ne peuvent pas s'appuyer sur la preuve et ceux qui peuvent à juste titre être qualifiés de déraisonnables *pour un autre motif*. Toute autre interprétation du critère reviendrait à permettre que les appels, y compris les appels de *plein droit*, soient assujettis à un examen judiciaire de portée plus restreinte que les interventions par voie de bref de prérogative — non susceptibles d'appel, avec ou sans autorisation.

Il importe de se rappeler que le critère du verdict déraisonnable a été plus souvent qu'autrement défini et expliqué dans des cas de procès devant jury, où s'appliquent des considérations particulières : voir, par exemple, *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Contrairement aux juges, les jurés ne sont pas tenus de motiver leur décision, ni même autorisés à le faire. Leurs motifs, au Canada du moins, demeurent à jamais entourés du secret de leurs délibérations : l'art. 649 du *Code criminel* interdit la divulgation, sous réserve seulement d'exceptions limitées, de tout renseignement relatif aux délibérations d'un jury. Les raisons pour lesquelles le jury a conclu comme il l'a fait échappent au tribunal, tant en première instance qu'en appel.

Les cours d'appels n'ont pas plus le droit de savoir comment ou pourquoi le jury est arrivé à son verdict qu'elles n'ont celui d'émettre des hypothèses à ce sujet. Il faut présumer que le jury était composé de gens raisonnables agissant raisonnablement. Son verdict doit donc être tenu pour raisonnable, sauf si *aucun* jury ayant reçu des directives appropriées n'aurait pu raisonnablement arriver à un tel verdict ou, pour reprendre le libellé du sous-al. 686(1)*a*)(i), si le verdict « ne peut pas s'appuyer sur la preuve ».

On ne peut cependant pas en dire autant du verdict prononcé par un juge. C'est le rôle du juge de prononcer des décisions motivées : *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26. Et évaluer le caractère raisonnable de ces motifs ne saurait relever de la conjecture. De plus, si le niveau de détails requis variera selon les circonstances de l'affaire,

of the case, the reasons must be sufficient to permit meaningful review on appeal. There would be no need for this requirement if the sole test of unreasonableness under s. 686(1)(*a*)(i) is whether there is any evidence capable of supporting the verdict.

This fundamental distinction between jury verdicts and verdicts rendered by trial judges was explicitly recognized in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, where Arbour J., speaking for the Court, explained the matter this way:

> The review for unreasonableness on appeal is different, however, and somewhat easier when the judgment under attack is that of a single judge, at least when reasons for judgment of some substance are provided. In those cases, the reviewing appellate court may be able to identify a flaw in the evaluation of the evidence, or in the analysis, that will serve to explain the unreasonable conclusion reached, and justify the reversal. [Emphasis added; para. 37.]

See also *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, particularly at p. 665, and *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474.

In short, the text of the governing provision of the *Criminal Code* and its recent application by the Court suggest that, at least in non-jury cases, appellate courts may find a verdict to be unreasonable even where the verdict was available on the record.

In Justice Charron's view, a verdict based on unreasonable reasons is not unreasonable if there is evidence upon which another trier of fact could have reached the same conclusion by a different and proper route. With respect, I do not share that view. No one should stand convicted on the strength of manifestly bad reasons — reasons that are illogical on their face, or contrary to the evidence — on the ground that another judge (who never did and never will try the case) could *but might not necessarily* have reached the same conclusion for *other reasons*. A verdict that was reached illogically or irrationally is hardly made reasonable by the fact that another judge could reasonably have convicted *or acquitted* the accused. I think it preferable by far, where there is evidence capable of supporting a

les motifs doivent être suffisamment détaillés pour permettre un examen valable en appel. Une telle exigence serait inutile si le seul critère permettant d'apprécier le caractère déraisonnable pour l'application du sous-al. 686(1)*a*)(i) consistait à se demander si la preuve permet de justifier le verdict.

94 Cette distinction fondamentale entre les verdicts du jury et les verdicts prononcés par les juges a été expressément reconnue dans *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, où la juge Arbour, au nom de la Cour, explique ainsi la situation :

> L'examen en appel du caractère déraisonnable est toutefois différent et un peu plus facile lorsque le jugement contesté est celui d'un juge seul, du moins quand il y a des motifs de jugement assez substantiels. Le cas échéant, le tribunal d'appel qui procède à l'examen est parfois en mesure de déceler une lacune dans l'évaluation de la preuve ou dans l'analyse, qui servira à expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée, et à justifier l'annulation. [Je souligne; par. 37.]

95 Voir aussi *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, en particulier p. 665, et *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474.

96 Bref, le texte de la disposition pertinente du *Code criminel* et son application par la Cour récemment indiquent que, du moins dans les procès sans jury, les cours d'appel peuvent conclure au caractère déraisonnable d'un verdict même si la preuve autorisait qu'il soit prononcé.

97 Selon la juge Charron, un verdict qui s'appuie sur des motifs déraisonnables n'est pas déraisonnable s'il existe des éléments de preuve qui auraient permis à un autre juge des faits d'arriver à la même conclusion par une démarche différente et appropriée. Avec égards, je ne partage pas ce point de vue. Nul ne devrait être reconnu coupable sur le fondement de motifs manifestement mauvais — des motifs à première vue illogiques ou contraires à la preuve — parce qu'un autre juge (qui n'a jamais entendu l'affaire et qui ne l'entendra jamais) aurait peut-être pu, *mais pas nécessairement*, arriver à la même conclusion pour *d'autres motifs*. Un verdict auquel on est arrivé d'une façon illogique ou irrationnelle peut difficilement devenir raisonnable du fait qu'un autre juge aurait pu raisonnablement

conviction, to order a new trial so that a fresh and proper determination can be made by a real and not hypothetical "other judge".

98 I hasten to add that appellate courts, in determining whether a trial judge's verdict is unreasonable, cannot substitute their own view of the facts for that of the judge or intervene on the ground that the judge's reasons ought to have been more fully or more clearly expressed. That is beyond the purview of an appellate court: *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Burke*; *Biniaris*; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *R. v. Kerr* (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30. But where reasons do exist, a verdict cannot be reasonable within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i) if it is made to rest on findings of fact that are demonstrably incompatible, as in this case, with evidence that is neither contradicted by other evidence nor rejected by the judge.

IV

99 The trial judge's findings of fact can be fairly summarized this way:

(1) Neither of the officers who were with the appellant at the time of the incident are credible witnesses because they both denied having anything more than a suspicion that Mr. Plourde was intoxicated when he was first pulled over;

(2) The appellant's decision to classify the incident as [TRANSLATION] "assistance to the public" and "unclassified activity", though he knew that Mr. Plourde was driving while intoxicated, indicates that he was trying to hide that fact;

(3) The appellant's contention that he believed Mr. Plourde was depressed and in need of help is not true. Had the appellant really believed that Mr. Plourde was depressed, he would have taken him to the hospital and not to the

condamner *ou acquitter* l'accusé. J'estime que si la preuve est susceptible d'appuyer une condamnation, il est de loin préférable d'ordonner un nouveau procès de sorte qu'une décision nouvelle et correcte puisse être prise par un « autre juge » qui sera un véritable juge et non un juge hypothétique.

Je m'empresse d'ajouter que lorsqu'elles déterminent si un verdict prononcé par le juge du procès est déraisonnable, les cours d'appel ne peuvent pas substituer leur appréciation personnelle des faits à celle du juge, ou intervenir parce que les motifs du juge auraient dû être plus détaillés ou être formulés plus clairement. Cela ne relève pas de la compétence d'une cour d'appel : *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Burke*; *Biniaris*; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *R. c. Kerr* (2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30. Mais lorsqu'il est motivé, un verdict ne saurait être raisonnable au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i) s'il repose sur des conclusions de fait dont on peut démontrer qu'elles sont incompatibles, comme en l'espèce, avec des éléments de preuve qui ne sont ni contredits par d'autres éléments de preuve ni rejetés par le juge.

IV

Les conclusions de fait du premier juge peuvent se résumer comme suit :

(1) Les policiers qui étaient avec l'appelant au moment de l'incident ne sont pas des témoins crédibles parce qu'ils ont tous deux nié avoir eu plus que des soupçons quant au fait que M. Plourde était ivre lorsqu'il a été intercepté.

(2) La décision de l'appelant de classer l'incident comme une « Assistance au public » et une « Activité non répertoriée », alors qu'il savait que M. Plourde conduisait en état d'ébriété, indique qu'il tentait de cacher ce fait.

(3) La prétention de l'appelant selon laquelle il croyait que M. Plourde était dépressif et avait besoin d'aide est fausse. Si l'appelant avait réellement cru que M. Plourde était dépressif, il l'aurait conduit à l'hôpital et non au poste

police station. Moreover, the police report did not indicate that Mr. Plourde was depressed; rather, the woman who accused Mr. Plourde of harassment in the incident ten days prior referred to Mr. Plourde as being [TRANSLATION] "mentally disturbed" (not "depressed") and the report on that incident used the same words. Finally, Mr. Plourde himself testified that he did not recall the issue being raised with the appellant; and

(4) The testimony of Raymond Dagenais and Marc Rocheleau carried much weight. Dagenais testified that the appellant told him that Mr. Plourde was under arrest but that Dagenais should not photograph him yet because [TRANSLATION] "he had a decision to make". Rocheleau testified that the appellant told him that [TRANSLATION] "[w]e've exercised our discretion to give a chance."

On this basis, the trial judge concluded that the appellant attempted to conceal that Mr. Plourde had driven a motor vehicle while intoxicated and thus to preclude the laying of charges against him. The judge found as well that the appellant had improperly exercised his discretion in failing to subject Mr. Plourde to a breathalyzer test and in declining to recommend that he be prosecuted (whether to prosecute was not for the appellant to decide). In the judge's view, the appellant had acted out of favouritism for a fellow police officer and not because he believed that Mr. Plourde was depressed and in need of help.

In my respectful view, this is a case where the trial judge's reasons suffer, in the language of *Biniaris*, from flaws in the evaluation and analysis of the evidence that justify reversal (para. 37). This is particularly true with regard to the only real issue in the case — whether the appellant had acted corruptly or dishonestly, with the requisite intent to obstruct justice.

I defer to the trial judge's adverse conclusion as to the credibility of officers Boucher and Bélisle. In any event, their testimony is hardly decisive.

de police. En outre, le rapport de police ne mentionne pas que M. Plourde était dépressif; au contraire, la femme qui l'a accusé de harcèlement lors de l'incident survenu dix jours auparavant a dit de lui qu'il était « dérangé mentalement » (non « dépressif »), selon les termes mêmes du rapport dressé à cette occasion. Enfin, M. Plourde a lui-même témoigné qu'il ne se souvenait pas que cette question ait été soulevée avec l'appelant.

(4) Les témoignages de Raymond Dagenais et de Marc Rocheleau ont plus de poids. Selon M. Dagenais, l'appelant lui a dit que M. Plourde était en état d'arrestation et qu'il ne devrait pas le photographier parce qu'« il a une décision à prendre ». M. Rocheleau a déclaré que l'appelant lui a dit ceci : « On a exercé notre pouvoir discrétionnaire pour donner une chance. »

100 Pour ces motifs, le juge du procès a conclu que l'appelant avait tenté de cacher que M. Plourde avait conduit un véhicule à moteur en état d'ébriété et d'empêcher ainsi que des accusations soient portées contre lui. Le juge a aussi conclu que l'appelant avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon illégitime en décidant de ne pas soumettre M. Plourde à l'alcootest et en refusant de recommander qu'il soit poursuivi (la décision de poursuivre ou non ne relevait pas de l'appelant). De l'avis du juge, l'appelant a agi par favoritisme envers un collègue policier et non parce qu'il croyait que M. Plourde était dépressif et avait besoin d'aide.

101 Avec égards pour l'opinion contraire, il s'agit d'un cas où les motifs du juge du procès souffrent, pour reprendre les termes employés dans *Biniaris*, de lacunes dans l'évaluation et l'analyse de la preuve qui permettent de justifier l'annulation (par. 37). Cela vaut en particulier pour la seule véritable question qui se pose en l'espèce — savoir si l'appelant a agi par corruption ou malhonnêteté, avec l'intention d'entraver la justice.

102 Je m'en remets à la conclusion défavorable du juge du procès quant à la crédibilité des agents Boucher et Bélisle. De toute façon, leur témoignage

Whether or not they immediately had reasonable grounds to suspect that Mr. Plourde was drunk does not bear on the critical issues: Did the appellant exercise his discretion in good faith or with intent to obstruct justice? Did the appellant refrain from arresting Mr. Plourde and administering the alcohol test because he believed Mr. Plourde was depressed and in need of help or because he wanted to shield a fellow police officer from criminal proceedings?

peut difficilement être déterminant. Qu'ils aient eu ou non immédiatement des motifs raisonnables de soupçonner que M. Plourde était ivre n'a aucune incidence sur les questions cruciales suivantes : l'appelant a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire de bonne foi ou avec l'intention d'entraver la justice? L'appelant s'est-il abstenu d'arrêter M. Plourde et de lui administrer l'alcootest parce qu'il le croyait dépressif et pensait que ce dernier avait besoin d'aide ou parce qu'il voulait soustraire un collègue policier à des poursuites criminelles?

103 I now turn to the trial judge's other findings which are more relevant to this issue.

J'examine maintenant les autres conclusions du juge du procès, qui sont plus pertinentes en l'espèce.

104 With respect to the police reports, the trial judge stated:

[TRANSLATION] The Court has taken into consideration the writing of the incident report and the memorandum prepared by the accused and stapled to the report, which was left in Rocheleau's pigeonhole. The only purpose of these documents was to divert attention from the events that had occurred during the night.

Au sujet des rapports de police, le juge du procès a dit ceci :

Le Tribunal a pris en considération la rédaction du rapport d'événement ainsi que la note préparée par l'accusé et brochée au rapport laissé dans le pigeonnier de Rocheleau. Ces documents n'ont que pour fonction de détourner l'attention au sujet des événements survenus pendant la nuit.

105 With respect, the appellant's explicit disclosure in these documents that Mr. Plourde was in an advanced state of intoxication could only have attracted attention to — not diverted attention from — that very fact. The judge's inference in this regard is plainly contradicted by the very evidence from which it was drawn.

Avec égards, j'estime qu'en indiquant expressément dans ces documents que M. Plourde était dans un état d'ébriété avancé, l'appelant ne peut qu'avoir attiré l'attention sur ce fait — et non détourné l'attention de celui-ci. La conclusion du juge à cet égard est clairement contredite par l'élément de preuve à partir duquel elle est tirée.

106 Similarly, the trial judge's characterization of the "depression excuse" as a subsequently concocted justification is inconsistent with the undisputed evidence. Even the Crown conceded that the appellant *did in fact offer to take Mr. Plourde to the hospital* but to no avail: Mr. Plourde refused to go.

De même, en qualifiant « l'excuse de la dépression » de moyen de justification concocté subséquemment, le juge du procès va à l'encontre d'un élément de preuve non contredit. Même le ministère public a admis que l'appelant *avait effectivement offert de conduire M. Plourde à l'hôpital*, mais en vain : M. Plourde a refusé de s'y rendre.

107 Moreover, the distinction between the words "depressed" and "mentally disturbed" is more semantic than significant. And the absence of the word "depressed" in the police report is also of limited importance. Rather than undermining the appellant's assertion, this evidence aptly demonstrates the tenuous foundation of the Crown's case. As Chamberland J.A. stated:

En outre, la distinction entre les mots « dépressif » et « dérangé mentalement » est davantage sémantique que significative. Et l'absence du terme « dépressif » dans le rapport de police n'a que peu d'importance. Au lieu de discréditer la déclaration de l'appelant, cette absence témoigne bien des assises fragiles sur lesquelles repose la preuve du ministère public. Comme l'a dit le juge Chamberland :

[TRANSLATION] The fact that the word "depression" does not appear in the incident report is not, in my opinion, determinative, or at any rate it is not sufficient to support a finding that the appellant's explanations are unreliable or do not, at the very least, raise a reasonable doubt. I refuse to believe that the guilt or innocence of an accused can depend on whether or not a given word appears in a report. The purpose of the document is to report on an incident and the ensuing police action; it is not not a medical report, even though the words used describe what some would naturally associate with a depressive state:

. . . Mr. Plourde had crying fits throughout the action, so we put him, for his protection, in the room for minors so that he would be better . . . .

([2005] R.J.Q. 2536, 2005 QCCA 966, at para. 59)

Finally, the trial judge's reliance on Marc Rocheleau's testimony is inconclusive at best. The judge stated:

[TRANSLATION] Marc Rocheleau, the assistant director, is a very credible witness. The Court believes his account of the comments the accused made to him, including the following:

"We've exercised our discretion to give a chance."

Assuming this evidence to be true, as indeed we must, the only inference to which it reasonably gives rise is as consistent with innocence as with guilt. There is no dispute that the appellant had made a conscious decision to help rather than charge Mr. Plourde. The question was whether he was motivated by a sense of camaraderie or by compassion, misguided or not. Mr. Rocheleau's evidence is of little assistance in that regard, either on its own or in the context of the evidence as a whole.

In short, the appellant's conduct in this affair has been marked by transparency and not concealment throughout. In his contemporaneous and signed report, he stated that Mr. Plourde was apprehended in an [TRANSLATION] "advanced state of intoxication". He again disclosed this fact in his activity log, which was available for inspection by his superiors. And when the appellant brought Mr. Plourde to the

Le fait que le mot « dépression » ne soit pas mentionné dans le rapport d'événement ne me semble pas déterminant, à tout événement pas au point de conclure que les explications de l'appelant ne sont pas dignes de foi ou, à tout le moins, ne soulèvent pas de doute raisonnable. Je refuse de croire que la culpabilité ou l'innocence d'un accusé puisse tenir à l'absence ou à la présence d'un mot dans un rapport. Le document vise à rapporter un événement et l'intervention policière qui a suivi; ce n'est pas un rapport médical, encore que les mots utilisés décrivent ce que d'aucuns associeraient naturellement à un état dépressif :

. . . M. Plourde était en crise de larmes tout au long de l'intervention, alors pour sa protection nous l'avons placé dans la salle mineur (*sic*) afin que celui-ci soit mieux . . .

([2005] R.J.Q. 2536, 2005 QCCA 966, par. 59)

108 Enfin, la crédibilité que le juge du procès accorde au témoignage de Marc Rocheleau n'est pas concluante, au mieux. Le juge a dit ce qui suit :

Marc Rocheleau, directeur[-]adjoint, est un témoin fort crédible. Le Tribunal le croit lorsqu'il rapporte les propos que l'accusé lui a tenus dont, entre autres :

« On a exercé notre pouvoir discrétionnaire pour donner une chance. »

109 Si cet élément de preuve est véridique, comme nous devons en fait le supposer, la seule inférence qu'il est raisonnable d'en tirer est tout aussi compatible avec un verdict d'innocence qu'avec un verdict de culpabilité. Il est indéniable que l'appelant avait sciemment décidé d'aider M. Plourde au lieu de l'inculper. La question était de savoir s'il l'avait fait par esprit de camaraderie ou par compassion, à tort ou à raison. Considéré isolément ou dans le contexte de l'ensemble de la preuve, le témoignage de M. Rocheleau n'est guère utile à cet égard.

110 Bref, l'appelant a eu tout au long de cette affaire un comportement empreint de transparence et non de dissimulation. Dans le rapport qu'il a rédigé et signé à l'époque de l'incident, il a déclaré que M. Plourde a été arrêté dans un « état d'ébriété avancé ». Il a de nouveau indiqué ce fait dans son journal d'activités, que ses supérieurs pouvaient consulter. Et lorsque l'appelant a amené M. Plourde

police station, he placed him in a cell under *video surveillance* rendering it virtually impossible for anyone to deny that Mr. Plourde was intoxicated. Finally, lest any of this might otherwise have gone unnoticed, the appellant left a note for his superior officer suggesting that Mr. Plourde's superiors be informed of the incident.

111 None of this evidence is disputed. None of it depends for its veracity on the credibility of any witness. None of it supports the inference that the appellant sought to conceal Mr. Plourde's offence. None of it provides a reasonable foundation for the findings of fact upon which the trial judge caused his verdict to rest. More particularly, none of it can reasonably be said to establish that the appellant failed to obtain breath samples from Mr. Plourde because he wished, for an improper motive, to hinder or foreclose the prosecution of Mr. Plourde. And that, as mentioned earlier (at para. 101), is the critical issue in this case.

112 With respect, I therefore feel bound to conclude that the trial judge's decision is unreasonable within the meaning of s. 686(1)(*a*)(i) of the *Criminal Code*. Accordingly, I would allow the appeal and order a new trial.

V

113 The integrity of our legal system depends in large measure on the integrity of those charged with its administration and enforcement. This assumes, so far as criminal justice is concerned, that police officers will act without fear or favour in the apprehension and prosecution of offenders. It is therefore essential, and not just understandable, for concerns to arise whenever there are grounds to suspect a police "cover-up" to protect one of their own or to please someone to whom they might feel otherwise beholden.

114 Neither bad judgment nor an inappropriate — or even suspect — exercise of discretion by police officers in the execution of their duties are in themselves conclusive evidence of an attempt to obstruct

au poste, il l'a placé dans une cellule sous *surveillance vidéo*, de sorte qu'il était presque impossible pour quiconque de nier que M. Plourde était ivre. Enfin, de crainte que tout cela puisse par ailleurs passer inaperçu, l'appelant a laissé à son supérieur une note dans laquelle il suggérait d'informer les supérieurs de M. Plourde de l'incident.

Aucun de ces éléments de preuve n'est contesté. Aucun d'eux ne dépend de la crédibilité d'un témoin quant à sa véracité. Aucun d'eux n'étaye la conclusion selon laquelle l'appelant a tenté de dissimuler l'infraction commise par M. Plourde. Aucun d'eux n'offre un fondement raisonnable aux conclusions de fait sur lesquelles le juge du procès a fait reposer son verdict. Plus particulièrement, on peut raisonnablement affirmer qu'aucun de ces éléments de preuve n'établit que l'appelant a omis d'obtenir des échantillons d'haleine de M. Plourde parce qu'il voulait, pour une raison illicite, gêner ou empêcher une poursuite contre M. Plourde. Et c'est là, comme je l'indique précédemment (au par. 101), la question critique en l'espèce.

Avec égards, j'estime devoir conclure que la décision rendue par le juge du procès est déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)*a*)(i) du *Code criminel*. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

V

L'intégrité de notre système juridique dépend dans une large mesure de l'intégrité de ceux qui en assurent l'administration et l'application. Cela suppose, pour ce qui est de la justice pénale, que les policiers procéderont sans crainte ni favoritisme à l'arrestation et à la poursuite des contrevenants. Il est donc essentiel, et non pas seulement compréhensible, de s'inquiéter chaque fois qu'il y a lieu de soupçonner qu'un policier tente « d'étouffer » une affaire pour protéger un collègue ou pour plaire à quelqu'un envers qui il se sent redevable.

Ni l'erreur de jugement commise par un policier ni l'exercice inapproprié — ou même douteux — de son pouvoir discrétionnaire dans l'accomplissement de ses fonctions ne sauraient constituer en soi

justice. We must be no less zealous in avoiding injustice to police officers than in scrutinizing their dubious failures to investigate offences or to prosecute offenders.

une preuve concluante d'une tentative d'entrave à la justice. Nous ne devons pas être moins zélés à éviter une injustice à un policier qu'à examiner pourquoi il s'est abstenu de façon suspecte d'enquêter sur des infractions ou de poursuivre des contrevenants.

In this case, there was evidence upon which a trier of fact could reasonably find the appellant guilty as charged. But the appellant was nonetheless entitled to a decision that was supported by the reasons upon which it was said to be founded. 115

En l'espèce, il existait des éléments de preuve au vu desquels un juge des faits pouvait raisonnablement déclarer l'appelant coupable de l'infraction reprochée. Mais l'appelant avait néanmoins droit à une décision qu'autorisaient les motifs sur lesquels elle était censée reposer.

For the reasons given by Chamberland J.A. in the Court of Appeal, and for those set out above, I am satisfied that the verdict cannot stand. In my respectful view, however, a new trial would be more appropriate than an acquittal since the record contains evidence that, properly weighed and considered, could reasonably have supported a conviction. 116

Pour les motifs exposés par le juge Chamberland de la Cour d'appel et pour les motifs qui précèdent, je suis convaincu que le verdict ne peut être maintenu. À mon humble avis toutefois, un nouveau procès serait plus approprié qu'un acquittement puisque le dossier renferme des éléments de preuve qui, correctement appréciés et examinés, auraient pu raisonnablement étayer un verdict de culpabilité.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. *and* BASTARACHE, DESCHAMPS *and* FISH JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* BASTARACHE, DESCHAMPS *et* FISH *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: Hébert, Downs, Lepage, Soulière & Carette, Montréal.

Procureurs de l'appelant : Hébert, Downs, Lepage, Soulière & Carette, Montréal.

Solicitors for the respondent: Attorney General's Prosecutors, Trois-Rivières.

Procureurs de l'intimée : Substituts du procureur général, Trois-Rivières.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Professional Police Association: Trudel, Nadeau, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de la police professionnelle : Trudel, Nadeau, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 2007 Vol. 1

2e cahier, 2007 Vol. 1

Cited as [2007] 1 S.C.R. 239-428

Renvoi [2007] 1 R.C.S. 239-428

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
RENÉE MARIA TREMBLAY
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
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Charkaoui *v.* Canada (Citizenship and Immigration) **350**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Fair hearing — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge reviewing reasonableness of certificate must ensure confidentiality of information on which certificate is based if disclosure would be injurious to national security — Named persons in certificates denied opportunity to known case put against them — Whether named persons deprived of their right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether limit imposed on named persons' constitutional right justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to prompt review of detention — Immigration — Removal — Detention of foreign nationals automatic upon issuance of certificate stating they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether detention without warrant or lack of review of detention until 120 days after reasonableness of certificate judicially confirmed infringes guarantee against arbitrary detention — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9, 10(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment — Fundamental justice — Immigration — Extended period of detention pending removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Immigration legislation permitting lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions — Whether legislation constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Immigration — Removal — Whether deportation scheme applicable only to non-citizens infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

Constitutional law — Rule of law — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge's determination on reasonableness of certificate final — Whether unavailability of appeal infringes rule of law — Whether rule of law prohibits automatic detention or detention on basis of executive decision.

Continued on next page

SOMMAIRE

Charkaoui *c.* Canada (Citoyenneté et Immigration) **350**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Audition équitable — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Juge saisi de l'examen du caractère raisonnable du certificat tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale — Personnes désignées dans les certificats privées de la possibilité de connaître la preuve pesant contre elles — L'atteinte portée au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes désignées est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Si non, l'atteinte au droit constitutionnel des personnes désignées est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention — Immigration — Renvoi — Détention automatique des étrangers dès la délivrance d'un certificat attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — La mise en détention sans mandat ou l'absence de contrôle de la détention pendant 120 jours suivant la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat violent-elles le droit à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitement cruel et inusité — Justice fondamentale — Immigration — Période de détention prolongée en attente du renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Loi sur l'immigration permettant la détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période — La loi impose-t-elle un traitement cruel et inusité ou est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Immigration — Renvoi — Un régime d'expulsion applicable seulement aux non-citoyens porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

Droit constitutionnel — Primauté du droit — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat

Suite à la page suivante

Immigration law — Inadmissibility and removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether scheme under which certificates issued and detentions ordered constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 77 to 85.

Dickie *v.* Dickie **346**

Courts — Jurisdiction — Enforcement of orders — Contempt order — Husband found in contempt of court for failure to secure support obligations with irrevocable letter of credit and to post security for costs — Motions judge having jurisdiction to make contempt order because neither security order amounted to order of "payment of money" within meaning of Rule 60.11 of Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

Courts — Appellate courts — Jurisdiction — Husband found in contempt of court for failure to secure support obligations with irrevocable letter of credit and to post security for costs — Husband appealing finding to Court of Appeal — Court of Appeal would have had discretion to refuse to entertain appeal based on record showing husband's continuing disobedience with court orders — Preliminary question whether to entertain appeal now moot.

R. *v.* Trochym **239**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Post-hypnosis evidence — Whether post-hypnosis evidence presumptively inadmissible for evidentiary purposes — Whether such evidence satisfies test for admissibility of novel scientific evidence.

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of second degree murder of girlfriend — Around time of murder neighbour hearing man banging on door to victim's apartment and eventually hearing door open to admit him — Accused's former girlfriend testifying that following their breakup two years earlier accused returned to her apartment and banged on door demanding entry but she did not open door — Whether trial judge erred in admitting similar fact evidence — Whether evidence of sufficient probative value to outweigh its prejudicial effect.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Accused convicted of second degree murder of girlfriend — Whether trial judge erred in admitting post-hypnosis and similar fact evidence — If so, whether curative proviso applicable to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Continued on next page

définitive — L'absence de droit d'appel est-elle contraire à la primauté du droit? — La primauté du droit interdit-elle la détention automatique ou la détention fondée sur une décision de l'exécutif?

Droit de l'immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Le régime régissant la délivrance de certificats et la détention est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10c), 12, 15 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 77 à 85.

Dickie *c.* Dickie **346**

Tribunaux — Compétence — Exécution forcée des ordonnances — Ordonnance pour outrage — Époux déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir omis de garantir ses obligations alimentaires au moyen d'une lettre de crédit irrévocable et de déposer un cautionnement pour dépens — Juge des motions ayant compétence pour prononcer une condamnation pour outrage du fait qu'aucune des ordonnances de garantie n'enjoignait à une personne « de payer une somme d'argent » au sens de la règle 60.11 des Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194.

Tribunaux — Cours d'appel — Compétence — Époux déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir omis de garantir ses obligations alimentaires au moyen d'une lettre de crédit irrévocable et de déposer un cautionnement pour dépens — Époux interjetant appel contre cette condamnation devant la Cour d'appel — La Cour d'appel aurait eu le pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre l'appel, compte tenu du dossier démontrant que l'époux persistait à désobéir aux ordonnances — Question préliminaire concernant la compétence de la Cour d'appel devenue théorique.

R. *c.* Trochym **239**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Témoignage posthypnotique — Le témoignage posthypnotique est-il présumé inadmissible pour l'établissement de la preuve? — Ce type de preuve satisfait-il au critère d'admissibilité d'une preuve issue d'une science nouvelle?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa petite amie — Vers l'heure du meurtre, une voisine a entendu un homme frapper à grands coups à la porte de l'appartement de la victime, puis quelqu'un lui ouvrir la porte — Ancienne petite amie témoignant que deux ans auparavant, après sa rupture avec elle, l'accusé était retourné à son appartement et avait frappé à grands coups à sa porte en la sommant de le laisser entrer, sans qu'elle lui ouvre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant la preuve de faits similaires? — La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Resurfice Corp. *v.* Hanke **333**

Torts — Negligence — Product liability — Foreseeability — Plaintiff badly burned when hot water poured into gasoline tank of ice-resurfacing machine caused explosion and fire — Plaintiff alleging negligent design of machine — Whether trial judge gave adequate analytical emphasis to evidence concerning placement and marking of gas and water tanks — Whether trial judge erred in failing to consider policy factors in determining foreseeability.

Torts — Negligence — Product liability — Causation — Plaintiff badly burned when hot water poured into gasoline tank of ice-resurfacing machine caused explosion and fire — Plaintiff alleging negligent design of machine — Whether trial judge should have considered comparative blameworthiness of parties — Whether trial judge erred in applying "but for" test rather than "material contribution" test to determine causation.

SOMMAIRE (Fin)

valeur probante de ce témoignage l'emporte-t-elle sur son effet préjudiciable?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Aucun tort important ni erreur judiciaire grave — Accusé déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa petite amie — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant un témoignage posthypnotique et une preuve de faits similaires? — Dans l'affirmative, la condamnation peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

Resurfice Corp. *c.* Hanke **333**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité du fabricant — Prévisibilité — Demandeur grièvement brûlé lorsque le versement d'eau chaude dans le réservoir à essence d'une surfaceuse à glace a causé une explosion et un incendie — Demandeur alléguant des vices de conception de la surfaceuse — Le juge de première instance a-t-il accordé toute l'importance voulue, dans son analyse, aux éléments de preuve relatifs à l'emplacement et à l'identification des réservoirs d'essence et d'eau? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en omettant de tenir compte des considérations de principe en matière de prévisibilité?

Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité du fabricant — Lien de causalité — Demandeur grièvement brûlé lorsque le versement d'eau chaude dans le réservoir à essence d'une surfaceuse à glace a causé une explosion et un incendie — Demandeur alléguant des vices de conception de la surfaceuse — Le juge de première instance aurait-il dû faire une comparaison des comportements répréhensibles des parties? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en appliquant le critère du « facteur déterminant » plutôt que le critère de la « contribution appréciable » pour déterminer la causalité?

Stephen John Trochym *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* TROCHYM

Neutral citation: 2007 SCC 6.

File No.: 30717.

2006: May 9; 2007: February 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Admissibility — Post-hypnosis evidence — Whether post-hypnosis evidence presumptively inadmissible for evidentiary purposes — Whether such evidence satisfies test for admissibility of novel scientific evidence.

Criminal law — Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of second degree murder of girlfriend — Around time of murder neighbour hearing man banging on door to victim's apartment and eventually hearing door open to admit him — Accused's former girlfriend testifying that following their breakup two years earlier accused returned to her apartment and banged on door demanding entry but she did not open door — Whether trial judge erred in admitting similar fact evidence — Whether evidence of sufficient probative value to outweigh its prejudicial effect.

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Accused convicted of second degree murder of girlfriend — Whether trial judge erred in admitting post-hypnosis and similar fact evidence — If so, whether curative proviso applicable to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

T was charged with second degree murder. Forensic evidence established that H, who was T's girlfriend,

Stephen John Trochym *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* TROCHYM

Référence neutre : 2007 CSC 6.

N° du greffe : 30717.

2006 : 9 mai; 2007 : 1er février.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Témoignage posthypnotique — Le témoignage posthypnotique est-il présumé inadmissible pour l'établissement de la preuve? — Ce type de preuve satisfait-il au critère d'admissibilité d'une preuve issue d'une science nouvelle?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa petite amie — Vers l'heure du meurtre, une voisine a entendu un homme frapper à grands coups à la porte de l'appartement de la victime, puis quelqu'un lui ouvrir la porte — Ancienne petite amie témoignant que deux ans auparavant, après sa rupture avec elle, l'accusé était retourné à son appartement et avait frappé à grands coups à sa porte en la sommant de le laisser entrer, sans qu'elle lui ouvre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant la preuve de faits similaires? — La valeur probante de ce témoignage l'emporte-t-elle sur son effet préjudiciable?

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Aucun tort important ni erreur judiciaire grave — Accusé déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa petite amie — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant un témoignage posthypnotique et une preuve de faits similaires? — Dans l'affirmative, la condamnation peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

T a été accusé de meurtre au deuxième degré. Une preuve médico-légale a établi que H, la petite amie de

had been killed in the early hours of Wednesday, October 14, 1992, but that her body had been repositioned some eight to twelve hours after the murder. Late Tuesday, October 13, or in the early morning hours of Wednesday, October 14, a neighbour, G, heard a man banging on the door to H's apartment, demanding to be let in. Although she did not see the man, G testified she eventually heard the door open to admit him. Given the estimated time of death, it was likely that the man who entered the apartment at that time was the killer. G also testified at trial that she saw T leaving H's apartment around 3:00 p.m. on Wednesday afternoon. In G's initial statements to police, she stated that she had seen T on Thursday afternoon, not Wednesday. It was only after undergoing hypnosis at the request of police investigators that G stated that she had seen T on Wednesday afternoon. Several of H's friends also testified at trial that T was a jealous and obsessive partner who could not tolerate the thought of her leaving him. A former girlfriend, O, testified that following T's breakup with her two years earlier, he returned to her apartment and banged on the door, demanding to be allowed entry, but that she did not open the door. T, who testified in his own defence, claimed that it was he who had ended the relationship with H that night and that when he left H's apartment at 12:30 a.m., she was still alive. He denied going back to her apartment on Wednesday, but admitted returning to the apartment building on that day to retrieve his car from the parking garage. To support his claim, T adduced evidence that he was at work at the time G claimed to have seen him leaving H's apartment on Wednesday afternoon.

The trial judge admitted G's post-hypnosis testimony and the similar fact evidence regarding T's conduct upon the termination of his prior relationship. Because of an agreement between T's counsel and the Crown, jurors were not informed that G had been hypnotized, that she had initially told police she saw T on Thursday, nor did they hear expert evidence on the reliability of post-hypnosis testimony. T was convicted and the Court of Appeal affirmed the conviction.

Held (Bastarache, Abella and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the conviction set aside and a new trial ordered.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.: The trial judge erred in assuming that post-hypnosis evidence is admissible where the guidelines that were adopted in *Clark* are followed. This is

T, avait été tuée tôt le mercredi 14 octobre 1992, mais que son corps avait été déplacé environ huit à douze heures après le meurtre. Tard le mardi 13 octobre ou tôt le mercredi 14 octobre, une voisine, G, a entendu un homme frapper à grands coups à la porte de l'appartement de H, la sommant de le laisser entrer. Bien qu'elle n'ait pas vu l'homme en question, G a témoigné avoir ensuite entendu qu'on ouvrait la porte pour le laisser entrer. Vu l'heure estimée du décès, il était probable que l'homme qui est entré dans l'appartement à ce moment-là était l'assassin. G a aussi témoigné au procès avoir vu T quitter l'appartement de H vers 15 h, le mercredi. La première fois qu'elle a parlé aux policiers, G a déclaré avoir vu T, non pas le mercredi, mais le jeudi après-midi. Ce n'est qu'après avoir été soumise à une séance d'hypnose, à la demande des policiers enquêteurs, que G a déclaré avoir vu T le mercredi après-midi. Selon le témoignage de plusieurs amis de H au procès, T était un être jaloux et obsessionnel qui ne pouvait supporter l'idée qu'elle le quitte. Une ancienne petite amie, O, a témoigné que, deux ans plus tôt, après leur rupture, T était retourné à son appartement et avait frappé violemment à sa porte, la sommant de le laisser entrer, mais qu'elle ne lui avait pas ouvert. T, qui a témoigné pour sa propre défense, a affirmé qu'il avait lui-même mis un terme à sa relation avec H ce soir-là, et qu'au moment où il avait quitté l'appartement de H, vers minuit et demi, elle était toujours en vie. T a nié être retourné à l'appartement de H le mercredi, mais il a admis être entré dans l'immeuble ce jour-là pour aller chercher sa voiture dans le garage. À l'appui de cette allégation, T a présenté une preuve établissant qu'il était au travail à l'heure où G a prétendu l'avoir vu quitter l'appartement de H le mercredi après-midi.

Le juge du procès a permis le témoignage post-hypnotique de G et la preuve de faits similaires sur le comportement de T lors d'une rupture antérieure. En raison d'une entente entre les avocats de T et du ministère public, les jurés n'ont pas été informés que G avait été hypnotisée, ni qu'elle avait initialement dit aux policiers avoir vu T le jeudi, et ils n'ont pas entendu la preuve d'expert sur la fiabilité d'un témoignage post-hypnotique. T a été déclaré coupable et la Cour d'appel a confirmé ce verdict.

Arrêt (les juges Bastarache, Abella et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps et Fish : Le juge du procès a commis une erreur en tenant pour acquis que le témoignage posthypnotique est admissible lorsque les lignes

an error, both because post-hypnosis evidence does not meet the requirements for the admissibility of novel scientific evidence and because the guidelines themselves are insufficient. Such evidence is presumptively inadmissible for evidentiary purposes. While the guidelines play an important role in limiting the possible exertion of influence during a hypnosis session, they are problematic in that they are based on an assumption that the underlying science of hypnosis is itself reliable in the context of judicial proceedings. When the factors for evaluating the reliability of novel scientific evidence are applied, it becomes evident that the technique of hypnosis and its impact on human memory are not understood well enough for post-hypnosis testimony to be sufficiently reliable in a court of law. Although hypnosis has been the subject of numerous studies, these studies are either inconclusive or draw attention to the fact that hypnosis can, in certain circumstances, result in the distortion of memory. The potential rate of error in the additional information obtained through hypnosis when it is used for forensic purposes is also troubling. At the present time, there is no way of knowing whether such information will be accurate or inaccurate. Such uncertainty is unacceptable in a court of law. Furthermore, while the guidelines aid significantly in ensuring that the hypnotist and police make as few involuntary suggestions as possible, they afford no protection against external sources of influence or against the other problems associated with hypnosis, such as the creation of hallucinated or false memories (confabulation), an increase in detail without sufficient assurances that this new information will be accurate, and memory hardening. Given these problems, the danger that the accused will be denied a fair hearing is obvious. In the instant case, G's two conversations with police prior to the hypnosis session may have left her with a conscious or subconscious belief regarding the right answer to the question whether she saw T on Wednesday or Thursday afternoon, even if the police sought in all good faith to avoid influencing her testimony. Unless a litigant reverses the presumption of inadmissibility, post-hypnosis testimony should not be admitted as evidence. The inadmissibility of post-hypnosis testimony does not mean that hypnosis may not be used in other contexts. However, investigators must be conscious of the potential consequences of hypnotizing a witness. [13] [24] [27] [44] [55-56] [61] [63]

directrices énoncées dans *Clark* sont respectées. Il s'agit d'une erreur à la fois parce que le témoignage posthypnotique ne répond pas au critère d'admissibilité en preuve d'une science nouvelle et parce que ces lignes directrices ne suffisent pas. Ce type de témoignage est présumé inadmissible pour l'établissement de la preuve. Bien que les lignes directrices jouent un rôle important pour limiter l'influence qui peut s'exercer au cours d'une séance d'hypnose, elles posent problème en ce qu'elles reposent sur la présomption que la science même de l'hypnose est fiable dans le contexte judiciaire. Lorsqu'on applique les facteurs établis pour évaluer la fiabilité d'une preuve scientifique nouvelle, il devient évident que notre compréhension de la technique de l'hypnose et de son incidence sur la mémoire humaine n'est pas assez poussée pour que la fiabilité des témoignages posthypnotiques en permette l'utilisation devant les cours de justice. L'hypnose a fait l'objet de nombreuses études, mais soit ces études ne sont pas concluantes, soit elles font ressortir le fait que l'hypnose peut, dans certaines circonstances, entraîner une distorsion de la mémoire. Le taux potentiel d'inexactitude des renseignements additionnels obtenus par l'hypnose, lorsqu'on l'utilise en criminalistique, est aussi troublant. Il n'existe présentement aucun moyen de savoir si ces renseignements sont exacts ou inexacts. Pareille incertitude est inacceptable devant les cours de justice. De plus, bien que des règles contribuent de façon appréciable à ce que l'hypnologue et les policiers fassent le moins possible de suggestions involontaires, elles n'offrent aucune protection contre les sources externes d'influence, ni contre les autres problèmes associés à l'hypnose, tels que la création d'illusions ou de faux souvenirs (la fabulation), la précision accrue des souvenirs sans garantie suffisante de l'exactitude des nouveaux renseignements et le durcissement de la mémoire. Compte tenu de ces problèmes, il est évident que l'accusé risque de ne pas bénéficier d'un procès équitable. En l'espèce, les deux conversations que G a eues avec les policiers avant la séance d'hypnose peuvent l'avoir amenée à se faire, consciemment ou inconsciemment, une idée de la réponse attendue quant à savoir si elle avait vu T le mercredi ou le jeudi après-midi, même si les policiers se sont efforcés, en toute bonne foi, d'éviter d'influencer son témoignage. Tant qu'une partie n'a pas réfuté la présomption d'inadmissibilité, le témoignage posthypnotique ne doit pas être admis en preuve. Malgré l'inadmissibilité en preuve des témoignages posthypnotiques, l'hypnose peut être utilisée dans d'autres contextes. Les enquêteurs doivent toutefois être conscients des conséquences possibles du fait de soumettre un témoin à une séance d'hypnose. [13] [24] [27] [44] [55-56] [61] [63]

While the trial judge should not admit evidence on topics covered during the hypnosis session, he or she may consider it appropriate to admit evidence on topics that were not touched on during the session if he or she is satisfied that the detrimental effects are outweighed by the probative value of the testimony. In such cases, the trial judge must mention to the jury the potential frailties of such evidence and give proper instructions concerning the effect of hypnosis on the weight of the testimony. [64-65]

The similar fact evidence was also inadmissible. The fact that T, had, on one previous occasion, banged on a girlfriend's door after their relationship ended is not sufficiently probative to outweigh the potential prejudicial effect of admitting that evidence for the purpose of identifying him as the killer. This evidence did not meet the objective test of "improbability of coincidence" for admitting similar fact evidence. A single incident rarely evidences a pattern. Further, given the generic quality of the acts, the admission of the ex-girlfriend's evidence was highly problematic. Banging on a door cannot be characterized as "distinct" or "unique" conduct that is somehow identifiable with a particular accused. Not only did this evidence lack probative value on the issue of identity, but it was also highly prejudicial, particularly in light of how it was used by the Crown in its closing statements and by the trial judge in his instructions to the jury. [74-78] [83]

Finally, the curative proviso of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* is not applicable to uphold the conviction. Once the post-hypnosis evidence, considered critical by the Crown and characterized as significant by the judge, and the similar fact evidence are excluded, the remaining evidence cannot be said to be "so overwhelming" as to conclude that the trier of fact would inevitably have convicted. [83]

Per Charron J.: Those parts of the testimony of a witness who has undergone hypnosis that were not the subject-matter of the hypnosis should be admitted. In such cases, it would not be necessary for the proponent of the evidence to show that the detrimental effects of the hypnosis are overcome by the probative value of the testimony. The trial judge should also have the discretion to admit post-hypnosis testimony when the proposed testimony is shown to be entirely based on the witness's pre-hypnosis memories. While there may be lingering detrimental effects flowing from the hypnosis, proof of the consistent pre-hypnosis statement can constitute sufficient rehabilitation of the witness to

Bien que le juge du procès ne doive pas admettre la preuve portant sur les sujets abordés pendant la séance d'hypnose, il peut juger bon de permettre le témoignage sur des sujets qui ne l'ont pas été, s'il est convaincu que la valeur probante de ce témoignage l'emporte sur ses effets préjudiciables. Dans ce cas, le juge du procès doit souligner au jury les faiblesses potentielles du témoignage et lui donner des directives appropriées concernant l'effet de l'hypnose sur le poids à lui accorder. [64-65]

La preuve de faits similaires était aussi inadmissible. Le fait que T ait, à une seule autre occasion, frappé à grands coups à la porte d'une petite amie après la fin de leur relation n'avait pas une valeur probante suffisante pour l'emporter sur l'effet préjudiciable que pouvait avoir l'admission de cette preuve en vue d'établir qu'il était le tueur. Cette preuve ne respectait pas le critère objectif de l'« improbabilité d'une coïncidence » applicable à la preuve de faits similaires. Il est rare qu'un incident isolé dénote une « tendance ». De plus, l'admission du témoignage de l'ancienne petite amie était très problématique étant donné la nature générale des actes en cause. Frapper à grands coups à une porte ne saurait être qualifié de comportement « distinct » ou « unique » qui peut être associé d'une certaine manière à un accusé donné. En plus d'être dénuée de valeur probante sur la question de l'identité, cette preuve était très préjudiciable, surtout en regard de la façon dont l'ont utilisée le ministère public dans ses observations finales et le juge dans ses directives au jury. [74-78] [83]

Enfin, la condamnation ne peut être maintenue par l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*. Une fois supprimés le témoignage posthypnotique — considéré crucial par le ministère public et qualifié d'important par le juge — et la preuve de faits similaires, on ne saurait affirmer que la preuve restante est « à ce point accablante » qu'il faille conclure que le juge des faits aurait forcément conclu à la culpabilité. [83]

La juge Charron : Les parties de la déposition d'un témoin soumis à l'hypnose qui portent sur des questions qui n'ont pas été abordées lors de la séance d'hypnose devraient être admises en preuve. En pareil cas, cette preuve peut être présentée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que sa valeur probante l'emporte sur les effets préjudiciables de l'hypnose. Le juge du procès devrait aussi avoir le pouvoir discrétionnaire d'admettre la déposition posthypnotique d'un témoin lorsqu'il est établi qu'elle repose entièrement sur ses souvenirs préhypnotiques. Bien que certains effets préjudiciables de l'hypnose puissent subsister, la preuve d'une déclaration compatible antérieure à la séance d'hypnose peut rétablir

warrant admission of the testimony. Finally, in all cases where the testimony of a witness who has undergone hypnosis is admitted, it should be left to the discretion of the trial judge to determine whether expert evidence is necessary to explain those effects and whether any special instruction is called for to assist the jury in its assessment of the evidence. [87-89]

Per Bastarache, Abella and Rothstein JJ. (dissenting): The post-hypnosis evidence should not be excluded. While a better evidentiary foundation in a future case may perhaps demonstrate that it is time for Canadian courts to reconsider the long-standing admissibility rule for hypnotically refreshed memories, that decision cannot be made in this case. It is only before this Court and the Court of Appeal that T sought to challenge the long-standing admissibility rule for post-hypnosis testimony. No direct expert evidence was presented in order to properly challenge why the rule should no longer be accepted. The sole evidence advanced before this Court on the hypnosis issue was a handful of American cases in which the courts have opted for categorical exclusion. This is not a sufficient evidentiary foundation upon which this Court should overturn a long-standing Canadian common law rule. A complete exclusion of post-hypnosis evidence in all cases is not appropriate, as this could deprive the trier of fact of relevant, probative, and critical evidence. This would also pose a problem regarding the constitutional rights of an accused who has undergone hypnosis. The admissibility of such evidence should always be determined on a case-by-case basis. Here, the admission of the post-hypnosis evidence was not problematic. The trial judge held a *voir dire* to determine its admissibility and was alerted to the potential dangers of such evidence. Having found substantial compliance with the guidelines designed to assist a hypnotist in improving the reliability of evidence obtained under hypnosis, as well as having been shown through the Crown's cross-examination that the concerns raised by the defence experts were not live ones with respect to G's evidence, the trial judge ruled the evidence admissible because he was satisfied that it was sufficiently reliable to be put to the jury. The trial judge saw his role as ensuring that the hypnotically enhanced memories met an acceptable level of reliability, and not simply ensuring that the guidelines were followed. The evidence was highly relevant to the Crown's case and was shown to be quite credible, and the trial judge made no error in admitting it. [91] [137] [147-148] [151] [160]

suffisamment la crédibilité du témoin pour justifier l'admission de son témoignage. Enfin, dans tous les cas où le témoignage d'une personne qui a été soumise à l'hypnose est admis en preuve, il devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider s'il est nécessaire d'entendre les explications d'un expert sur les effets de l'hypnose et s'il y a lieu de donner des instructions spéciales au jury pour l'aider à apprécier la preuve. [87-89]

Les juges Bastarache, Abella et Rothstein (dissidents) : Le témoignage posthypnotique ne doit pas être exclu. Il est possible que, dans une affaire ultérieure, une preuve plus solide démontre que le temps est venu pour les tribunaux canadiens de réexaminer la règle établie depuis longtemps de l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose, mais la présente affaire ne permet pas un tel réexamen. Ce n'est qu'en cour d'appel et devant notre Cour que T a contesté la validité de la règle de l'admissibilité des témoignages posthypnotiques établie depuis longtemps. Aucune preuve d'expert directe n'a été produite pour expliquer pourquoi cette règle ne devrait plus être acceptée. La seule preuve présentée devant notre Cour concernant l'hypnose était constituée de quelques décisions américaines dans lesquelles les tribunaux ont opté pour l'exclusion catégorique. Cette preuve n'est pas suffisante pour que notre Cour écarte une règle de common law établie depuis longtemps au Canada. Il ne convient pas d'exclure complètement ce type de preuve dans tous les cas, pareille exclusion risquant de priver le juge des faits d'éléments de preuve pertinents, concluants et cruciaux. Cela causerait aussi des difficultés en ce qui concerne les droits constitutionnels d'un accusé qui aurait été hypnotisé. L'admissibilité d'une telle preuve devrait toujours être évaluée au cas par cas. En l'espèce, l'admission du témoignage posthypnotique ne posait pas problème. Le juge du procès a tenu un voir-dire sur son admissibilité et il a été mis en garde contre les dangers éventuels rattachés à ce type de preuve. Après qu'il eut conclu que les lignes directrices conçues pour aider l'hypnologue à accroître la fiabilité de la preuve obtenue sous hypnose avaient été respectées pour l'essentiel et que le ministère public lui eut démontré au moyen du contre-interrogatoire que les problèmes soulevés par les experts de la défense ne se posaient pas dans le cas du témoignage de G, le juge du procès a décidé que la preuve était admissible, parce qu'il était convaincu qu'elle était suffisamment fiable pour être soumise au jury. Le juge du procès voyait son rôle comme consistant à s'assurer que le niveau de fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose était acceptable, et non à veiller simplement au respect des lignes directrices. Le témoignage était hautement pertinent pour la thèse du ministère public et on a démontré qu'il était très crédible. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en l'admettant. [91] [137] [147-148] [151] [160]

The approach to hypnotically refreshed evidence as novel science raises concerns not only with respect to the views on the admissibility of such evidence, but also with respect to the implications for the admissibility of scientific evidence in future cases. First, characterizing hypnosis as novel science ignores the fact that the technique has been used in Canada for almost 30 years, and has been employed in Canadian criminal investigations to assist in memory retrieval for a similar length of time. While the use of forensic hypnosis has not been assessed under the framework to determine admissibility of novel scientific evidence, this does not mean that evidence derived from this technique has been admitted into trials without sufficient scrutiny of its reliability. Very few Canadian courts have admitted hypnosis evidence without a *voir dire* as to its admissibility. Second, the test for assessing the reliability of scientific evidence is not new law requiring that scientific methods, previously accepted as legitimate by our courts, must now be resubmitted for scrutiny. Rather, the test emphasizes the need for courts to give special scrutiny to novel science or the new application of a recognized science, through a case-by-case evaluation, in light of the changing nature of our scientific knowledge. The test was not intended to set down a rigid formula where the results must be proved beyond a reasonable doubt before scientific evidence can be admitted. The factors adopted were designed to be flexible and non-exclusive. Third, the test was not meant to require a standard of total consensus by members of the scientific community. Total unanimity, which is a standard akin to the "general acceptance" test recently rejected by this Court, is impossible to obtain and therefore completely unrealistic to expect. To require such a high standard of reliability will result in the exclusion of far too much relevant and probative evidence. Finally, it is especially problematic to adopt a general exclusionary rule towards hypnosis evidence by relying almost exclusively on the position of experts discussed in American cases cited. To rely on expert evidence heard in other cases deprives a party of the right to present contrary evidence or to cross-examine the experts who maintain such a position. A court should never take judicial notice of expert evidence. [115] [131-132] [134] [136] [138-144]

Concerns raised regarding hypnosis are not new or insurmountable and are taken into account by trial

Considérer l'admissibilité en preuve des souvenirs ravivés par hypnose en les considérant comme une science nouvelle est préoccupant non seulement en ce qui a trait à l'admissibilité de ce type de preuve, mais aussi quant aux répercussions de cette approche sur l'admissibilité de la preuve scientifique. Premièrement, qualifier l'hypnose de science nouvelle fait abstraction du fait que cette technique est utilisée au Canada depuis presque 30 ans et qu'elle est utilisée depuis aussi longtemps dans les enquêtes criminelles au Canada pour aider les témoins à se rafraîchir la mémoire. Si l'utilisation de l'hypnose en criminalistique n'a pas été évaluée selon le cadre d'analyse servant à déterminer si une nouvelle science est admissible en preuve, la preuve obtenue à l'aide de cette technique n'a pas pour autant été admise en preuve sans que sa fiabilité ait été soumise à un examen suffisant. Très peu de tribunaux canadiens ont admis des témoignages posthypnotiques sans tenir un voir-dire relativement à leur admissibilité. Deuxièmement, le test établi pour évaluer la fiabilité d'une preuve scientifique ne constitue pas une règle de droit nouveau qui exigerait que les méthodes scientifiques considérées antérieurement comme légitimes par les tribunaux soient maintenant réexaminées. Ce test rappelle plutôt la nécessité que les tribunaux accordent une attention particulière aux sciences nouvelles ou aux nouvelles applications d'une science reconnue en les évaluant au cas par cas, compte tenu de la nature changeante des connaissances scientifiques. Ce test ne visait pas à énoncer une formule rigide dont le résultat doit être établi hors de tout doute raisonnable pour permettre l'admission d'un élément de preuve scientifique. Les facteurs énumérés se voulaient flexibles et non exclusifs. Troisièmement, ce test n'était pas censé établir la norme d'un consensus absolu parmi les membres de la communauté scientifique. L'unanimité complète, qui s'apparente au critère de « l'acceptation générale » que la Cour a rejeté récemment, est impossible à obtenir et il serait irréaliste de s'y attendre. Fixer une norme de fiabilité aussi élevée se traduirait par l'exclusion de beaucoup trop d'éléments de preuve pertinents et probants. Enfin, il est particulièrement problématique de statuer que la preuve obtenue à l'aide de l'hypnose doit généralement être exclue en s'appuyant presque exclusivement sur les opinions d'experts examinées dans la jurisprudence américaine citée. Le fait de s'en remettre à des témoignages d'expert entendus dans d'autres causes prive une partie du droit de présenter une preuve contraire ou de contre-interroger les experts qui ont exprimé l'avis en cause. Un tribunal ne doit jamais prendre connaissance d'office de la preuve d'expert. [115] [131-132] [134] [136] [138-144]

Les problèmes relatifs à l'hypnose ne sont ni nouveaux ni insurmontables et sont pris en compte par les

judges in virtually every *voir dire* held to determine the admissibility of hypnotically refreshed memories. It would be unreasonable to expect hypnotically refreshed memories to be more reliable than regular memories, which, like hypnotically refreshed memories, are not immune to external sources of suggestion. There is no guarantee with respect to the accuracy of such ordinary memories either. Judges know these risks, yet they do not deem such evidence inadmissible. These sorts of potential frailties with memory, whether ordinary or hypnotically refreshed, are those that juries are quite capable of weighing. The problem with regard to cross-examining a witness whose memory has been refreshed through hypnosis — the impossibility of challenging the veracity of his or her memory — also arises in the context of a witness whose evidence is presented through past recollections recorded. This has not provoked courts to categorically exclude such evidence. Courts have been satisfied by the fact that witnesses can be cross-examined about how their memories were recalled, the circumstances surrounding the recall, and prior inconsistent statements. There is no reason why the situation should be any different for hypnotically refreshed memories. Appellate courts must have faith in the intelligence and common sense of juries and in the ability of trial judges to properly charge them. In this case, the only aspect of G's testimony refreshed through hypnosis concerned the day the sighting occurred. Whether the sighting occurred on one day or the next does not change the significance of the evidence. To exclude all of G's evidence when only this point was clarified through hypnosis is an inflexible and disproportionate solution. [114] [149] [152] [154] [156]

While juries should generally be informed of efforts to enhance a witness's memory, there is no absolute rule on this point and agreements between counsel not to put the issue of hypnosis to the jury should be respected where no prejudice is shown to have been caused to a party. [159]

The trial judge erred in admitting O's similar fact evidence adduced on the issue of identity. There is nothing particularly distinctive about banging or knocking on a door to warrant the characterization as a "trademark". As well, the number of these incidents renders them insufficient to support such a determination. [185] [187]

While the admission of the similar fact evidence was an error, the evidence against T was overwhelming, and

juges du procès dans pratiquement tous les voir-dire sur l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose. Il serait déraisonnable de s'attendre à ce que les souvenirs ravivés par hypnose soient plus fiables que les souvenirs ordinaires qui, comme les souvenirs ravivés par hypnose, ne sont pas à l'abri de sources externes de suggestion. Rien ne garantit non plus que les souvenirs ordinaires seront exacts. Les juges connaissent ces risques, mais ils ne présument pas pour autant de l'inadmissibilité de tels témoignages. Les jurés sont parfaitement capables d'apprécier ces éventuelles faiblesses de la mémoire, peu importe qu'il s'agisse de souvenirs ordinaires ou de souvenirs ravivés par hypnose. Le problème concernant le contre-interrogatoire d'un témoin dont la mémoire a été ravivée par hypnose — l'impossibilité de mettre à l'épreuve la véracité de ses souvenirs — se pose aussi dans le contexte où un témoin dépose en utilisant un enregistrement de ses souvenirs passés. Cela n'a cependant pas incité les tribunaux à exclure catégoriquement une telle preuve. Les tribunaux ont estimé suffisant que les témoins puissent être contre-interrogés sur la question de savoir comment et dans quelles circonstances ils se sont rappelé les événements, ainsi que sur leurs déclarations antérieures incompatibles. Rien ne justifie qu'il en soit autrement pour les souvenirs ravivés par hypnose. Les juridictions d'appel doivent faire confiance à l'intelligence et au bon sens des jurés ainsi qu'à la capacité du juge du procès de leur donner des directives appropriées. En l'espèce, l'unique aspect du témoignage de G qui a été ravivé par hypnose est le jour où elle a vu T. Qu'elle l'ait vu un jour ou l'autre ne change rien à la valeur de son témoignage. Exclure la totalité du témoignage de G dont seul cet élément a été clarifié au moyen de l'hypnose est une solution rigide et disproportionnée. [114] [149] [152] [154] [156]

Bien que les jurés doivent généralement être informés des efforts déployés pour raviver la mémoire d'un témoin, il n'existe pas de règle absolue à cet égard et les ententes conclues entre les avocats prévoyant que la question de l'hypnose ne sera pas exposée au jury devraient être respectées en l'absence de preuve démontrant qu'elles ont causé un préjudice à une partie. [159]

Le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve de faits similaires de O présentée relativement à la question de l'identité. Le fait de frapper à grands coups ou de cogner à une porte ne comporte pas d'élément suffisamment distinctif pour mériter la qualification de « marque ». De plus, le nombre d'incidents de cette nature est insuffisant pour étayer une telle conclusion. [185] [187]

Même si l'admission de la preuve de faits similaires était une erreur, la preuve produite contre T était

the curative proviso of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* should be applied to uphold the conviction. Absent the similar fact accepted in evidence, there was still sufficient evidence to support the inference that T was the person banging on the victim's door the night of her death. There is no reasonable possibility that the verdict would have been different without the error. [189-191]

accablante et il y a lieu d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* pour maintenir la condamnation. Sans la preuve de faits similaires, il existait quand même suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion que T était la personne qui avait frappé à grands coups à la porte de la victime la nuit du meurtre. Il n'est absolument pas raisonnable de penser que le verdict aurait pu être différent sans cette erreur. [189-191]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51; **not followed:** *R. v. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117; **referred to:** *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7; *State v. Hurd*, 414 A.2d 291 (1980); *People v. McDowell*, 427 N.Y.S.2d 181 (1980); *R. v. Bernier*, [2004] Q.J. No. 11567 (QL); *R. v. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL); *R. v. O'Brien* (1992), 117 N.S.R. (2d) 48; *R. v. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL); *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Burral v. State*, 724 A.2d 65 (1999); *State v. Moore*, 902 A.2d 1212 (2006); *R. v. Terceira*, [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. Hibbert*, [2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39; *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *R. v. McFelin*, [1985] 2 N.Z.L.R. 750; *R. v. G.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 615; *R. v. Haywood* (1994), 73 A. Crim. R. 41; *Harding v. State*, 246 A.2d 302 (1968); *People v. Shirley*, 723 P.2d 1354 (1982); *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987); *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. White, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117; *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51; *R. v. Pitt*, [1968] 3 C.C.C. 342; *R. v. K.*, [1979] 5 W.W.R. 105; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *State v. Brown*, 337 N.W.2d 138 (1983); *State v. Jorgensen*, 492 P.2d 312 (1971); *State v. Glebock*, 616 S.W.2d 897 (1981); *Prime v. State*, 767 P.2d 149 (1989); *R. v. Zubot* (1981), 47 A.R. 389; *R. v. Hart*, [1990] O.J.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt appliqué : *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51; **arrêt non suivi :** *R. c. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117; **arrêts mentionnés :** *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7; *State c. Hurd*, 414 A.2d 291 (1980); *People c. McDowell*, 427 N.Y.S.2d 181 (1980); *R. c. Bernier*, [2004] J.Q. nº 11567 (QL); *R. c. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL); *R. c. O'Brien* (1992), 117 N.S.R. (2d) 48; *R. c. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL); *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. nº 496 (QL); *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Burral c. State*, 724 A.2d 65 (1999); *State c. Moore*, 902 A.2d 1212 (2006); *R. c. Terceira*, [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. Hibbert*, [2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39; *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *R. c. McFelin*, [1985] 2 N.Z.L.R. 750; *R. c. G.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 615; *R. c. Haywood* (1994), 73 A. Crim. R. 41; *Harding c. State*, 246 A.2d 302 (1968); *People c. Shirley*, 723 P.2d 1354 (1982); *Rock c. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

R. c. White, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117; *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51; *R. c. Pitt*, [1968] 3 C.C.C. 342; *R. c. K.*, [1979] 5 W.W.R. 105; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *State c. Brown*, 337 N.W.2d 138 (1983); *State c. Jorgensen*, 492 P.2d 312 (1971); *State c. Glebock*, 616 S.W.2d 897 (1981); *Prime c. State*, 767 P.2d 149 (1989); *R. c. Zubot* (1981), 47 A.R. 389; *R. c.*

No. 2678 (QL); *R. v. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL); *R. v. Gauld*, [1994] O.J. No. 1477 (QL); *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL); *R. v. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175, aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. B. (A.)* (2004), 27 C.R. (6th) 283; *R. v. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481; *R. v. Medvedew* (1978), 43 C.C.C. (2d) 434; *R. v. Nielsen* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. v. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Johnston* (1992), 69 C.C.C. (3d) 395; *R. v. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97; *R. v. J.E.T.*, [1994] O.J. No. 3067 (QL); *R. v. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923); *State v. Moore*, 852 A.2d 1073 (2004); *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43; *R. v. Sappier*, [2006] 2 S.C.R. 686, 2006 SCC 54; *R. v. Fliss*, [2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16; *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. v. Holmes* (1989), 99 A.R. 106; *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987); *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71; *R. v. Bennett* (2003), 179 C.C.C. (3d) 244; *R. v. Stark* (2004), 190 C.C.C. (3d) 496; *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Hibbert*, [2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39; *R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168; *Markadonis v. The King*, [1935] S.C.R. 657; *R. v. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282; *R. v. W.J.M.* (1995), 82 O.A.C. 130; *R. v. Ellard* (2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68; *R. v. White* (1999), 132 C.C.C. (3d) 373; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53; *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(*b*)(iii).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (U.K.), 1984, c. 60, s. 78.

Authors Cited

Akhtar, Suhail. "Improprieties in Cross-Examination" (2004), 15 C.R. (6th) 236.
Bubela, Tania M. "Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession" (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853.

Hart, [1990] O.J. No. 2678 (QL); *R. c. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL); *R. c. Gauld*, [1994] O.J. No. 1477 (QL); *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. nº 496 (QL); *R. c. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL); *R. c. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175, conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. B. (A.)* (2004), 27 C.R. (6th) 283; *R. c. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481; *R. c. Medvedew* (1978), 43 C.C.C. (2d) 434; *R. c. Nielsen* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39; *R. c. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Johnston* (1992), 69 C.C.C. (3d) 395; *R. c. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97; *R. c. J.E.T.*, [1994] O.J. No. 3067 (QL); *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (1923); *State c. Moore*, 852 A.2d 1073 (2004); *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43; *R. c. Sappier*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54; *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16; *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345; *R. c. Holmes* (1989), 99 A.R. 106; *Rock c. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987); *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516; *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226; *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71; *R. c. Bennett* (2003), 179 C.C.C. (3d) 244; *R. c. Stark* (2004), 190 C.C.C. (3d) 496; *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Hibbert*, [2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39; *R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168; *Markadonis c. The King*, [1935] R.C.S. 657; *R. c. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282; *R. c. W.J.M.* (1995), 82 O.A.C. 130; *R. c. Ellard* (2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68; *R. c. White* (1999), 132 C.C.C. (3d) 373; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53; *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)*b*)(iii).
Police and Criminal Evidence Act 1984 (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 78.

Doctrine citée

Akhtar, Suhail. « Improprieties in Cross-Examination » (2004), 15 C.R. (6th) 236.
Bubela, Tania M. « Expert Evidence : The Ethical Responsibility of the Legal Profession » (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853.

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001.

Council on Scientific Affairs. "Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis" (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918.

Diamond, Bernard L. "Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness" (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313.

Evans, K. Barrie. "Hypnotically Induced Testimony: Implications for Criminal Law in New Zealand", [1994] *N.Z.L.J.* 348.

Faigman, David L., et al. *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony*, vol. 1. Eagan, Minn.: Thomson/West, 2005.

Fleming, Thomas M. Annotation, "Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony", 77 A.L.R.4th 927 (1990 & Supp. 2006).

Frater, Robert J. "The Seven Deadly Prosecutorial Sins" (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 209.

Harsel, Justin. "The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials" (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897.

Hill, S. Casey, et al. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated June 2006, release 5).

Orne, Martin T. "The Use and Misuse of Hypnosis in Court" (1979), 27 *Int'l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311.

Orne, Martin T., et al. "Hypnotically Refreshed Testimony: Enhanced Memory or Tampering with Evidence?" in *Issues and Practices in Criminal Justice*, January 1985.

Perell, Paul M. "Proof of an Event of which a Witness Has No Memory" (2003), 26 *Advocates' Q.* 95.

Shaw, Gary M. "The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials" (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1.

Stewart, Hamish. *Evidence: A Canadian Casebook*. Toronto: Emond Montgomery, 2002.

United Kingdom. Crown Prosecution Service. "Hypnosis: Guidance — Hypnosis Of A Witness" (online: http://www.cps.gov.uk/legal/section13/chapter_p.html).

Wagstaff, Graham F. "Hypnosis and the Law: A Critical Review of Some Recent Proposals", [1983] *Crim. L. Rev.* 152.

Webert, Daniel R. "Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence" (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301.

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg : Manitoba Justice, 2001.

Council on Scientific Affairs. « Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis » (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918.

Diamond, Bernard L. « Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness » (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313.

Evans, K. Barrie. « Hypnotically Induced Testimony : Implications for Criminal Law in New Zealand », [1994] *N.Z.L.J.* 348.

Faigman, David L., et al. *Modern Scientific Evidence : The Law and Science of Expert Testimony*, vol. 1. Eagan, Minn. : Thomson/West, 2005.

Fleming, Thomas M. Annotation, « Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony », 77 A.L.R.4th 927 (1990 & Supp. 2006).

Frater, Robert J. « The Seven Deadly Prosecutorial Sins » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 209.

Harsel, Justin. « The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials » (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897.

Hill, S. Casey, et al. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated June 2006, release 5).

Orne, Martin T. « The Use and Misuse of Hypnosis in Court » (1979), 27 *Int'l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311.

Orne, Martin T., et al. « Hypnotically Refreshed Testimony : Enhanced Memory or Tampering with Evidence? » in *Issues and Practices in Criminal Justice*, January 1985.

Perell, Paul M. « Proof of an Event of which a Witness Has No Memory » (2003), 26 *Advocates' Q.* 95.

Royaume-Uni. Crown Prosecution Service. « Hypnosis : Guidance — Hypnosis Of A Witness » (en ligne : http://www.cps.gov.uk/legal/section13/chapter_p.html).

Shaw, Gary M. « The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials » (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1.

Stewart, Hamish. *Evidence : A Canadian Casebook*. Toronto : Emond Montgomery, 2002.

Wagstaff, Graham F. « Hypnosis and the Law : A Critical Review of Some Recent Proposals », [1983] *Crim. L. Rev.* 152.

Webert, Daniel R. « Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence » (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Catzman, Weiler and MacPherson JJ.A.) (2004), 71 O.R. (3d) 611, 188 O.A.C. 330, 186 C.C.C. (3d) 417, 24 C.R. (6th) 388, [2004] O.J. No. 2850 (QL), affirming the accused's conviction. Appeal allowed, Bastarache, Abella and Rothstein JJ. dissenting.

James Lockyer and *C. Anik Morrow*, for the appellant.

Kenneth L. Campbell and *Howard Leibovich*, for the respondent.

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

DESCHAMPS J. — In recent years, a number of public inquiries have highlighted the importance of safeguarding the criminal justice system — and protecting the accused who are tried under it — from the possibility of wrongful conviction. As this Court has previously noted, "[t]he names of Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow and Parsons signal prudence and caution in a murder case": *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7, at para. 1. In the case at bar, we consider once again the need to carefully scrutinize evidence presented against an accused for reliability and prejudicial effect, and to ensure the basic fairness of the criminal process. More specifically, the decisions at trial to admit post-hypnosis evidence and similar fact evidence in this case constitute errors of law that are neither harmless nor negligible. This is not a case where the remaining evidence is so overwhelming that I can conclude that a conviction would inevitably have been entered by the trier of fact had the evidence in issue not been adduced. I would set aside the conviction and order a new trial.

This case raises a number of legal issues, each of which arises out of an intricate factual context. I

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Catzman, Weiler et MacPherson) (2004), 71 O.R. (3d) 611, 188 O.A.C. 330, 186 C.C.C. (3d) 417, 24 C.R. (6th) 388, [2004] O.J. No. 2850 (QL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli, les juges Bastarache, Abella et Rothstein sont dissidents.

James Lockyer et *C. Anik Morrow*, pour l'appelant.

Kenneth L. Campbell et *Howard Leibovich*, pour l'intimée.

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

LA JUGE DESCHAMPS — Au cours des dernières années, plusieurs enquêtes publiques ont mis en évidence l'importance de protéger le système de justice pénale — et les accusés dont le procès est régi par ce système — contre l'éventualité d'une déclaration de culpabilité erronée. Comme l'a déjà fait remarquer la Cour, « [l]es noms Marshall, Milgaard, Morin, Sophonow et Parsons appellent à la prudence et à la circonspection dans les affaires de meurtre » : *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7, par. 1. Dans le présent pourvoi, nous examinerons à nouveau la nécessité d'analyser soigneusement la fiabilité et l'effet préjudiciable de la preuve présentée contre un accusé et de préserver l'équité fondamentale du processus pénal. Plus précisément, en l'espèce, le juge du procès a commis des erreurs qui ne sont ni anodines, ni négligeables, en admettant le témoignage posthypnotique et la preuve de faits similaires. Il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle le reste de la preuve est à ce point accablante qu'elle me permettrait de conclure que le juge des faits aurait forcément prononcé une déclaration de culpabilité si les éléments de preuve en litige n'avaient pas été produits. Je suis d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. 1

Le présent pourvoi soulève plusieurs questions de droit, qui s'inscrivent toutes dans un contexte 2

will therefore begin with a general overview of the facts and of the decisions of the courts below, and will go into greater detail on the two grounds that are, in my view, determinative of the outcome of this appeal.

I. Facts

3 On July 6, 1995, the appellant, Stephen Trochym, was convicted of second degree murder by a judge sitting with a jury. The deceased, Donna Hunter, was the appellant's girlfriend of almost one year.

4 Ms. Hunter was last seen alive late on Tuesday, October 13, 1992, or in the early hours of Wednesday, October 14. The Crown's theory at trial was that the appellant had killed Ms. Hunter in a fit of rage after she had attempted to end their troubled relationship. Several of Ms. Hunter's friends testified that the appellant was a jealous and obsessive partner who could not tolerate the thought of her leaving him. However, the appellant, who testified in his own defence, claimed that it was he who had ended the relationship that night and that when he left Ms. Hunter's apartment at 12:30 a.m., she was still alive.

5 Late on Tuesday, October 13, or in the early morning hours of Wednesday, October 14, Gity Haghnegahdar, a neighbour of Ms. Hunter's, heard a man banging on the door of the deceased's apartment, demanding to be let in. Although she did not see the man, Ms. Haghnegahdar heard the door eventually open to admit him. Given the estimated time of death, it was likely that the man who entered the apartment at that time was Ms. Hunter's killer. Establishing that it was the appellant knocking at the door was a key aspect of the Crown's case. To this end, the Crown was permitted to adduce evidence that following Mr. Trochym's breakup with a previous girlfriend (Darlene Oliphant) two years earlier, he had returned to her apartment and banged on the door, demanding to be let in.

factuel complexe. Je commencerai donc par un survol général des faits et des décisions des juridictions inférieures. Je ferai ensuite une analyse plus détaillée des deux moyens que j'estime déterminants quant à l'issue du pourvoi.

I. Les faits

Le 6 juillet 1995, l'appelant Stephen Trochym a été reconnu coupable de meurtre au deuxième degré par un juge siégeant avec un jury. La défunte, Donna Hunter, était la petite amie de l'appelant depuis presque un an.

M^me^ Hunter a été vue vivante pour la dernière fois en fin de soirée, le mardi 13 octobre 1992, ou très tôt, le mercredi 14 octobre. Selon la thèse soutenue par le ministère public au procès, l'appelant a tué M^me^ Hunter dans un accès de colère après qu'elle eut tenté de mettre fin à leur relation tumultueuse. Selon le témoignage de plusieurs amis de M^me^ Hunter, l'appelant était un être jaloux et obsessionnel qui ne pouvait supporter l'idée qu'elle le quitte. L'appelant, qui a témoigné pour sa propre défense, a toutefois affirmé qu'il avait lui-même mis un terme à leur relation ce soir-là, et qu'au moment où il avait quitté l'appartement de M^me^ Hunter, vers minuit et demi, celle-ci était toujours en vie.

Tard le mardi 13 octobre, ou tôt le mercredi 14 octobre, Gity Haghnegahdar, voisine de M^me^ Hunter, a entendu un homme frapper à grands coups à la porte de l'appartement de la défunte, la sommant de le laisser entrer. Bien qu'elle n'ait pas vu l'homme en question, M^me^ Haghnegahdar a par la suite entendu qu'on ouvrait la porte pour le laisser entrer. Vu l'heure estimée du décès, il était probable que l'homme qui est entré dans l'appartement à ce moment-là était l'assassin de M^me^ Hunter. La preuve que c'était l'appelant qui avait frappé à la porte constituait un élément clé de la thèse du ministère public. Pour l'établir, la poursuite a été autorisée à présenter des éléments de preuve indiquant que, deux ans plus tôt, après sa rupture avec son ancienne petite amie (Darlene Oliphant), M. Trochym était retourné à l'appartement de celle-ci et avait frappé violemment à sa porte en la sommant de le laisser entrer.

The neighbour, Ms. Haghnegahdar, also testified at trial that she had seen the appellant leaving Ms. Hunter's apartment around 3:00 p.m. on Wednesday afternoon. This testimony was considered critical by the Crown and was characterized as significant by the trial judge. The Crown sought to use it to establish that Mr. Trochym had returned to Ms. Hunter's apartment in the afternoon after the murder to "stage the scene" of the crime. By removing some personal effects and moving the body to make it appear as though the murder had been sexually motivated, the Crown argued, the appellant sought to distract attention from himself. The Crown's theory was supported by forensic evidence that established that the deceased had been killed in the early hours of Wednesday morning, but that her body had been repositioned some eight to twelve hours after the murder.

A key fact on appeal, however, was Ms. Haghnegahdar's statement, when first interviewed by the police, that she had seen the appellant on *Thursday* afternoon, not Wednesday. It was only after undergoing hypnosis at the request of police investigators that Ms. Haghnegahdar stated that she had seen the accused on Wednesday afternoon.

The appellant denied having returned to Ms. Hunter's apartment, but admitted that he had returned to the apartment building to retrieve his car from the parking garage on Wednesday. To support his claim, Mr. Trochym adduced evidence that he was at work at the time the witness claimed to have seen him leaving the deceased's apartment on Wednesday afternoon. The Crown argued that the appellant's evidence on this point was concocted and further argued that the appellant's demeanour in the days subsequent to the discovery of the deceased's body was evidence of consciousness of guilt. When asked to attend a second meeting with the police, the appellant had made excuses not to attend, claiming that he was otherwise occupied with a darts game and a haircut appointment. Mr. Trochym testified at trial that he had been attempting to "stall" until he could consult with counsel, but the Crown suggested to the jury that the appellant's post-offence conduct established that the

La voisine, M^me^ Haghnegahdar, a également déclaré au procès qu'elle avait vu l'appelant quitter l'appartement de M^me^ Hunter vers 15 h, le mercredi après-midi. Le ministère public estimait que ce témoignage était crucial et le juge du procès l'a qualifié d'important. Le ministère public a utilisé cet élément de preuve pour tenter d'établir que M. Trochym était retourné à l'appartement de M^me^ Hunter l'après-midi suivant le meurtre afin d'« arranger la scène » du crime. Le ministère public a soutenu qu'en enlevant certains effets personnels et en déplaçant le corps pour laisser croire à un meurtre à caractère sexuel, l'appelant avait cherché à détourner les soupçons. La thèse du ministère public était étayée par une preuve médico-légale selon laquelle la défunte avait été tuée très tôt le mercredi, mais on avait déplacé son corps environ huit à douze heures après le meurtre. 6

Un fait a joué un rôle capital en appel : la première fois qu'elle a parlé aux policiers, M^me^ Haghnegahdar a déclaré avoir vu l'appelant, non pas le mercredi, mais le *jeudi* après-midi. Ce n'est qu'après avoir été soumise à une séance d'hypnose, à la demande des policiers enquêteurs, que M^me^ Haghnegahdar a déclaré avoir vu l'accusé le mercredi après-midi. 7

L'appelant a nié être retourné à l'appartement de M^me^ Hunter, mais il a admis être entré dans l'immeuble le mercredi pour aller chercher sa voiture qui se trouvait dans le garage. Au soutien de son allégation, M. Trochym a présenté une preuve établissant qu'il était au travail à l'heure où le témoin prétend l'avoir vu quitter l'appartement de la défunte dans l'après-midi du mercredi. Le ministère public a soutenu que la preuve de l'appelant sur ce point avait été fabriquée, et que son comportement au cours des jours ayant suivi la découverte du corps de la défunte témoignait d'une conscience coupable. Convoqué à une deuxième rencontre avec la police, l'appelant a invoqué des excuses pour ne pas s'y présenter, prétextant un match de fléchettes et un rendez-vous chez le coiffeur. M. Trochym a déclaré au procès qu'il avait tenté de « gagner du temps » pour pouvoir consulter son avocat, mais le ministère public a indiqué au jury que le comportement de l'appelant après l'infraction démontrait 8

appellant had lied when he claimed he wanted to help officers with their investigation, and that this was evidence of consciousness of guilt, because the appellant was evading police. Although this evidence was admitted, the trial judge instructed the jury that it "would be completely wrong to draw any adverse inference against the [appellant] from his desire to stall for time because he wanted to consult with a lawyer" (A.R., at p. 3736).

9 Following a 14-week trial, Mr. Trochym was convicted of second degree murder on July 6, 1995. His appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed on July 5, 2004 ((2004), 71 O.R. (3d) 611). He applied for and was granted leave to appeal to this Court.

II. Decisions Below

10 The trial judge admitted Ms. Haghnegahdar's post-hypnosis testimony and also admitted the "similar fact" evidence of Darlene Oliphant regarding the appellant's conduct upon the termination of their relationship. The Ontario Court of Appeal declined to find that the trial judge had erred in allowing this evidence, and dismissed the appeal. MacPherson J.A., writing for the court, also rejected a number of other grounds of appeal that have been raised again before this Court. More specifically, he held that the trial judge had not erred in dealing with the appellant's post-offence conduct, or with the Crown's assertion that the appellant had concocted evidence to show that he could not be the person who had staged the crime scene. Nor, MacPherson J.A. held, had the Crown's cross-examination of the appellant rendered the trial unfair.

11 For the purposes of this appeal, it will not be necessary to deal with all of the grounds of appeal. As I mentioned earlier, two issues, namely those concerning the post-hypnosis evidence and the purported similar fact evidence, are determinative. I will elaborate further on the reasoning of the Ontario Superior Court of Justice and the Ontario Court of Appeal in relation to those grounds of appeal.

que ce dernier avait menti en déclarant qu'il souhaitait aider les policiers dans leur enquête, et que cela témoignait d'une conscience coupable parce qu'il tentait d'échapper à la police. Même s'il a permis cette preuve, le juge du procès a indiqué au jury qu'il [TRADUCTION] « serait totalement incorrect de tirer une conclusion défavorable à [l'appelant] du fait qu'il souhaitait gagner du temps afin de consulter un avocat » (d.a., p. 3736).

Le 6 juillet 1995, à l'issue d'un procès qui a duré 14 semaines, M. Trochym a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Le 5 juillet 2004, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté son appel ((2004), 71 O.R. (3d) 611). Il a demandé et obtenu l'autorisation de porter cette décision en appel devant notre Cour.

II. Les décisions des juridictions inférieures

Le juge du procès a permis que soient présentés le témoignage posthypnotique de M^me^ Haghnegahdar et la preuve de « faits similaires » offerte par Darlene Oliphant sur le comportement de l'appelant après la fin de leur relation. La Cour d'appel de l'Ontario a refusé de conclure que le juge du procès avait eu tort d'admettre ces éléments de preuve et a rejeté l'appel. Au nom de la cour, le juge MacPherson a également rejeté plusieurs autres moyens d'appel qui sont de nouveau soulevés devant notre Cour. Plus précisément, il a conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur relativement au comportement de l'appelant après l'infraction ni à la déclaration du ministère public portant que l'appelant avait fabriqué une preuve pour démontrer qu'il ne pouvait pas être la personne qui avait arrangé la scène du crime. Selon lui, le contre-interrogatoire de l'appelant par le ministère public n'avait pas non plus rendu le procès inéquitable.

Il n'est pas nécessaire d'examiner tous les moyens d'appel pour rendre une décision sur le pourvoi. Comme je l'ai mentionné précédemment, deux questions sont déterminantes, soit le témoignage posthypnotique et la prétendue preuve de faits similaires. J'examinerai de façon plus approfondie les motifs de la Cour supérieure de justice de l'Ontario et de la Cour d'appel de l'Ontario en ce qui concerne ces moyens d'appel.

III. Positions of the Parties in This Appeal

Mr. Trochym requests that his conviction for second degree murder be set aside and a new trial ordered. On the hypnosis issue, he advocates the automatic exclusion of such evidence. He also requests the Court to exclude the similar fact evidence. The Crown submits that none of the grounds of appeal warrant intervention and that the appeal should be dismissed. In the event that the trial judge erred, the Crown argues, this Court should apply the curative proviso of s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The question before this Court, therefore, is whether the trial judge erred in conducting the appellant's trial and, if so, whether the evidence is so overwhelming that the error did not cause any "substantial wrong or miscarriage of justice".

III. Les positions des parties

12 M. Trochym demande l'annulation de sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et la tenue d'un nouveau procès. En ce qui concerne le recours à l'hypnose, il préconise l'exclusion automatique de ce type de témoignage. Il demande également à la Cour d'exclure la preuve de faits similaires. Le procureur général de l'Ontario soutient qu'aucun des moyens d'appel ne justifie l'intervention de la Cour et que le pourvoi devrait être rejeté. Si le juge du procès a commis une erreur, soutient le ministère public, la Cour devrait appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. La Cour doit donc déterminer si le juge du procès a commis une erreur dans la conduite du procès de l'appelant et, dans l'affirmative, si la preuve est à ce point accablante que cette erreur n'a causé « aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ».

IV. Analysis

A. *Post-Hypnosis Evidence*

I will begin by presenting a detailed summary of the facts relating to the use of hypnosis in this case and review the findings of the courts below. I will then determine whether this evidence is admissible in accordance with the test for novel scientific evidence set out in *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51. In view of my conclusion that post-hypnosis evidence is presumptively inadmissible for evidentiary purposes, I will then conclude by discussing whether the technique of hypnosis may be used in a more limited way.

IV. Analyse

A. *Le témoignage posthypnotique*

13 Je commencerai par un exposé détaillé des faits relatifs à l'utilisation de l'hypnose en l'espèce et j'examinerai les conclusions tirées par les juridictions inférieures. Je déterminerai ensuite si cette preuve est admissible selon le test applicable à la preuve reposant sur une science nouvelle établi dans *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51. Vu ma conclusion selon laquelle le témoignage posthypnotique est présumé inadmissible pour l'établissement de la preuve, je terminerai en abordant la question de savoir s'il est possible d'utiliser la technique de l'hypnose de manière plus limitée.

(1) Summary of Facts on the Issue of Hypnosis

Police first interviewed Gity Haghnegahdar about the murder of Donna Hunter on Saturday, October 17, 1992, four days after the murder. At that time, Ms. Haghnegahdar told police officers that she had seen Mr. Trochym come out of Ms. Hunter's apartment on the afternoon of Thursday, October 15. When police investigators interviewed

(1) Résumé des faits relatifs à la question de l'hypnose

14 La police a d'abord interrogé Gity Haghnegahdar au sujet du meurtre de Donna Hunter le samedi 17 octobre 1992, soit quatre jours après le crime. À ce moment, M^me^ Haghnegahdar a déclaré aux policiers avoir vu M. Trochym sortir de l'appartement de M^me^ Hunter dans l'après-midi du jeudi 15 octobre. Lorsque les policiers enquêteurs ont interrogé

the appellant, he claimed that the last time he had been in the apartment was in the early morning hours of Wednesday, October 14, but that he had returned to the building on Wednesday afternoon to retrieve his car. The building superintendent confirmed that he had spoken with the appellant on Wednesday afternoon and had let him into the underground garage. Another neighbour, Phyllis Humenick, also stated that she had seen Mr. Trochym in the building on Wednesday afternoon. The evidence given by Ms. Humenick at the preliminary hearing was read in at trial; she was unable to attend because of a mental health disorder.

15 Around this time, the police also learned from the autopsy that Ms. Hunter's body had been moved some eight to twelve hours after her death.

16 Police investigators determined that Ms. Haghnegahdar's information was very significant. If she was correct, then the appellant had lied to the police about not returning to the apartment. If she had mistaken the day, then Mr. Trochym may have been the one who moved the body. The police interviewed Ms. Haghnegahdar again on October 18. In this interview, the following exchange occurred about the timing of the sighting:

CLARKE:	Now what makes you remember that this is Thursday?
HAGHNEGAHDAR:	Because Friday ah I – I saw them a many times to ah together.
CLARKE:	Yes.
HAGHNEGAHDAR:	Because Friday my school friend came to my apartment, we had a coffee and she left.
CLARKE:	Yes.
	. . .
HAGHNEGAHDAR:	That's why I say it's Thursday, I hope it wasn't Wednesday

l'appelant, celui-ci a prétendu être entré pour la dernière fois dans l'appartement très tôt le matin du mercredi 14 octobre, et être revenu chercher sa voiture dans l'immeuble le mercredi après-midi. Le gérant de l'immeuble a confirmé avoir parlé à l'appelant le mercredi après-midi et l'avoir laissé entrer dans le garage sous-terrain. Une autre voisine, Phyllis Humenick, a aussi déclaré avoir vu M. Trochym dans l'immeuble le mercredi après-midi. La déposition faite par M^me^ Humenick à l'enquête préliminaire a été lue au procès; elle n'a pas pu s'y présenter pour y témoigner en raison d'un problème de santé mentale.

À peu près au même moment, la police a pris connaissance des résultats de l'autopsie selon lesquels le corps de M^me^ Hunter avait été déplacé environ huit à douze heures après son décès.

Les policiers enquêteurs ont conclu que l'information fournie par M^me^ Haghnegahdar était très importante. Si elle disait vrai, l'appelant avait menti à la police en affirmant ne pas être retourné à l'appartement. Si elle s'était trompée de jour, il se pouvait que M. Trochym soit celui qui avait déplacé le corps. Les policiers ont interrogé M^me^ Haghnegahdar de nouveau le 18 octobre. Au cours de cet entretien, les propos suivants ont été échangés au sujet du moment où elle avait vu l'accusé :

[TRADUCTION]

CLARKE :	Qu'est-ce qui vous fait croire que c'est jeudi?
HAGHNEGAHDAR :	Parce que vendredi, euh, j'ai – je les ai vus plusieurs fois, euh, ensemble.
CLARKE :	Oui.
HAGHNEGAHDAR :	Parce que vendredi, ma compagne de classe est venue à mon appartement, nous avons pris un café et elle est partie.
CLARKE :	Oui.
	. . .
HAGHNEGAHDAR :	C'est pour ça que je dis que c'est jeudi, j'espère que ce n'était pas

	because ah I think it was Thursday, yeah.		mercredi parce que, euh, je crois que c'était jeudi, oui.
CLARKE:	That's – that's what really I'm – I'm asking ah why you remember it's Thursday ah you're definite it wasn't Friday?	CLARKE :	C'est – c'est précisément ce que je – je vous demande, euh, pourquoi vous croyez que c'est jeudi, euh, êtes-vous certaine que ce n'était pas vendredi?
HAGHNEGAHDAR:	Oh.	HAGHNEGAHDAR :	Oh.
CLARKE:	What – what –	CLARKE :	Quelles – quelles –
HAGHNEGAHDAR:	(Inaudible).	HAGHNEGAHDAR :	(Inaudible).
CLARKE:	– are the possibilities that it was Wednesday, is there any possibility, can you remember what you did on Wednesday?	CLARKE :	– sont les possibilités que ce soit mercredi, est-ce possible, pouvez-vous vous rappeler ce que vous avez fait mercredi?
HAGHNEGAHDAR:	Wednesday? I don't remember Wednesday very well but I remember Friday, I remember a little bit of Thursday.	HAGHNEGAHDAR :	Mercredi? Je ne me rappelle pas très bien de mercredi, mais je me rappelle de vendredi et un peu de jeudi.
CLARKE:	Okay.	CLARKE :	Bien.
HAGHNEGAHDAR:	I don't remember Wednesday because I don't remember what did – what did I do at Wednesday. Often I came home after school. Sometimes I go to the library.	HAGHNEGAHDAR :	Je ne me souviens pas de mercredi parce que je ne me souviens pas de ce que j'ai – de ce que j'ai fait mercredi. Souvent, je rentre à la maison après les cours. Parfois, je vais à la bibliothèque.
CLARKE:	Yeah.	CLARKE :	Bien.
HAGHNEGAHDAR:	And most of time ah the Thursday I came straight home and I – I came home to my apartment (inaudible).	HAGHNEGAHDAR :	Et la plupart du temps, euh, le jeudi je rentre directement à la maison et je – je suis rentrée à mon appartement (inaudible).
	. . .		. . .
HAGHNEGAHDAR:	I think [it] was Thursday, yes.	HAGHNEGAHDAR :	Je crois que c'était jeudi, oui.
	(A.R., at pp. 3946-48)		(D.A., p. 3946-3948)

Following this interview, the police asked Ms. Haghnegahdar on November 4 to undergo hypnosis in order to improve her memory, and she agreed to do so. She was not given any further information by the police.

Ms. Haghnegahdar was hypnotized by Dr. George Matheson on November 8, 1992. At that time, Dr. Matheson was a registered psychologist with over 20 years experience who had previously

À la suite de cet interrogatoire, soit le 4 novembre, les agents ont demandé à M^me^ Haghnegahdar de se soumettre à une séance d'hypnose afin de se rafraîchir la mémoire, ce qu'elle a accepté. Les policiers ne lui ont donné aucune autre information.

M^me^ Haghnegahdar a été hypnotisée par M. George Matheson le 8 novembre 1992. À cette époque, M. Matheson était psychologue agréé et comptait plus de 20 ans d'expérience. Il avait déjà

17

interviewed witnesses both for the Crown and for defence counsel.

18 While under hypnosis, Ms. Haghnegahdar said that she remembered seeing the appellant exit the deceased's apartment at around 3:00 p.m., after she came home from school. She related this sighting to the fact that her daughter had had a piano lesson, and that the piano lessons were on Wednesdays. During a post-hypnosis interview with the police, Ms. Haghnegahdar adopted these memories, stating that she must have seen the appellant on Wednesday afternoon. Ms. Haghnegahdar also provided further detail about the jacket the accused was wearing when she saw him, saying that it was a leather jacket or a windbreaker. In the hypnosis session, the hypnotist had asked the following question about the jacket the man was wearing: "Is it a sports jacket or windbreaker [or] what?"

19 At trial, Ms. Haghnegahdar testified that she had seen the appellant leaving Ms. Hunter's apartment at around 3:00 p.m. on Wednesday afternoon. The jurors were not informed that Ms. Haghnegahdar had been hypnotized, that she had initially told police she saw the appellant on Thursday, nor did they hear expert evidence on the reliability of post-hypnosis testimony.

(2) Decisions of the Courts Below on the Issue of Post-Hypnosis Testimony

20 Mr. Trochym objected to the admissibility of Ms. Haghnegahdar's post-hypnosis "memories". On April 5, 1995, after a lengthy *voir dire* at which the evidence of three expert witnesses was considered, the trial judge held that the post-hypnosis evidence was admissible and that it would be for the jury to determine the weight it was to be given. In particular, the trial judge found that the hypnotist, Dr. Matheson, had substantially complied with the guidelines set out by the Alberta Court of Queen's Bench in *R. v. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117, which had been adopted in a number of Ontario decisions. In summarizing the expert testimony, the trial judge noted that hypnosis may increase the number of details recalled, but that the "recovered

interrogé des témoins tant pour la poursuite que pour la défense.

Pendant qu'elle était sous hypnose, M^me^ Haghnegahdar a dit qu'elle se souvenait avoir vu l'appelant sortir de l'appartement de la défunte vers 15 h, après son retour de l'école. Elle a rattaché ce souvenir visuel au cours de piano que sa fille suivait le mercredi. Interrogée par la police après la séance d'hypnose, M^me^ Haghnegahdar a adopté cette version, concluant qu'elle avait forcément vu l'appelant le mercredi après-midi. Elle a également donné d'autres détails sur la veste que portait l'accusé à ce moment, affirmant qu'il s'agissait d'une veste de cuir ou d'un coupe-vent. Pendant la séance d'hypnose, l'hypnologue lui avait posé des questions au sujet de la veste que l'homme portait et lui avait demandé : [TRADUCTION] « S'agit-il d'un veston sport, d'un coupe-vent [ou] d'un autre genre de veste? »

Au procès, M^me^ Haghnegahdar a déclaré avoir vu l'appelant quitter l'appartement de M^me^ Hunter vers 15 h le mercredi. Les jurés n'ont pas été informés du fait que M^me^ Haghnegahdar avait été hypnotisée, ni qu'elle avait initialement dit aux policiers avoir vu l'appelant le jeudi, et ils n'ont pas non plus entendu de témoignage d'expert sur la fiabilité d'un témoignage posthypnotique.

(2) Les décisions des juridictions inférieures sur le témoignage posthypnotique

M. Trochym a contesté l'admissibilité des « souvenirs » posthypnotiques de M^me^ Haghnegahdar. Le 5 avril 1995, à l'issue d'un long voir-dire au cours duquel trois experts ont témoigné, le juge du procès a statué que le témoignage posthypnotique de M^me^ Haghnegahdar était admissible et qu'il appartiendrait au jury de décider du poids à lui accorder. En particulier, le juge du procès a estimé que l'hypnologue, M. Matheson, s'était conformé en substance aux lignes directrices énoncées par la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta dans *R. c. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117, puis reprises dans de nombreux jugements ontariens. Dans son résumé du témoignage des experts, le juge du procès a noté que l'hypnose peut rappeler à la mémoire un plus grand

memories" may or may not be accurate (A.R., at p. 30). Rather than excluding the post-hypnosis evidence, the trial judge observed, where the evidence sought to be introduced is from a witness other than the accused, "it is necessary for the Court to embark upon the process of weighing the probative value of the evidence against the potential for prejudice, but always with the presumption being in favour of admissibility subject to weight" (A.R., at p. 25).

nombre de détails, mais que les [TRADUCTION] « souvenirs ravivés » peuvent être aussi bien exacts qu'inexacts (d.a., p. 30). Il a souligné que, lorsque le témoignage posthypnotique proposé n'est pas celui de l'accusé, plutôt que de l'exclure, [TRADUCTION] « le tribunal doit procéder à l'appréciation de la valeur probante du témoignage en regard du préjudice qu'il peut causer, mais toujours en le présumant admissible sous réserve du poids à lui accorder » (d.a., p. 25).

Following this ruling, and in view of the evidence that the jury might have an unjustified faith in post-hypnosis memory, counsel for Mr. Trochym entered into an agreement with the Crown that the defence would not cross-examine Ms. Haghnegahdar on her previous inconsistent statements to police (i.e. that she had seen the appellant on Thursday) if the Crown in turn refrained from mentioning that Ms. Haghnegahdar had undergone hypnosis. The trial judge accepted this agreement and the jurors were thus unaware that Ms. Haghnegahdar had been hypnotized, that her recollection had changed and that there had been some disagreement among the expert witnesses regarding the reliability of post-hypnosis memories.

21 À la suite de cette décision, et compte tenu de la preuve démontrant que le jury pourrait ajouter une foi injustifiée aux souvenirs posthypnotiques, l'avocat de M. Trochym a convenu avec le ministère public que la défense ne contre-interrogerait pas M^me^ Haghnegahdar sur ses déclarations antérieures contradictoires à la police (p. ex. qu'elle avait vu l'appelant le jeudi) si, en retour, le ministère public s'abstenait de mentionner que M^me^ Haghnegahdar avait été soumise à l'hypnose. Le juge du procès a accepté cette entente des parties. Les jurés n'ont donc pas su que M^me^ Haghnegahdar avait été hypnotisée, que son souvenir avait changé et que les témoins experts divergeaient d'opinion sur la question de la fiabilité des souvenirs posthypnotiques.

Writing for the Ontario Court of Appeal, MacPherson J.A. declined to categorically exclude all post-hypnosis evidence. He concluded that post-hypnosis evidence ought to be dealt with on a case-by-case basis and held that, in the instant case, the trial judge had properly exercised his discretion to admit the evidence.

22 S'exprimant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge MacPherson a refusé d'exclure catégoriquement tous les témoignages posthypnotiques. Il a conclu que les témoignages posthypnotiques devaient être traités au cas par cas et que le juge du procès en l'espèce avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire d'admettre cet élément de preuve.

The appellant further argued in the Court of Appeal that the trial judge had erred in giving effect to the agreement between the parties that the defence would not cross-examine Ms. Haghnegahdar on her prior inconsistent statements if the Crown refrained from disclosing to the jury the fact that she had been hypnotized. MacPherson J.A. disagreed, holding that the agreement was a tactical decision and that the appellant could not now take issue with it.

23 L'appelant a de plus soutenu devant la Cour d'appel que le juge du procès avait eu tort de donner effet à l'entente conclue entre les parties selon laquelle la défense ne contre-interrogerait pas M^me^ Haghnegahdar sur ses déclarations antérieures contradictoires si le ministère public s'abstenait de révéler aux jurés qu'elle avait été hypnotisée. Le juge MacPherson n'était pas de cet avis, statuant que l'entente participait d'une décision tactique et que l'appelant ne pouvait maintenant la contester.

(3) Analysis on the Issue of Post-Hypnosis Testimony

24 This case represents the first opportunity this Court has had to consider the admissibility of post-hypnosis evidence. The Court's framework for assessing novel science ensures that only scientific opinions based on a reliable foundation are put to the trier of fact (*J.-L.J.*, at para. 33), and the same principle applies to scientific techniques. Just as financial results contained in a report must be found to be prepared on the basis of a technique that has a reliable scientific foundation, post-hypnosis memories must be demonstrated to be sufficiently reliable before being put to the trier of fact. The "gatekeeper function" of the courts referred to in *J.-L.J.* (at para. 1) is thus as important when facts extracted through the use of a scientific technique are put to the jury as when an opinion is put to the jury through an expert who bases his or her conclusions on a scientific technique. As I will explain, the trial judge's error was to assume that post-hypnosis evidence is admissible provided that the *Clark* guidelines are followed. This is an error, both because the *Clark* guidelines themselves are insufficient and because post-hypnosis evidence does not meet the requirements of *J.-L.J.* I will consider both these points in turn.

(a) *Problems With the Clark Guidelines*

25 In the case at bar, the trial judge assessed the reliability of the post-hypnosis evidence based on the factors set out in *Clark*. In that case, the accused was charged with two counts of first degree murder. He had no memory of the events until he was hypnotized. While there was no dispute that the accused had committed the acts with which he was charged, the issue at trial was his intent and mental capacity at the relevant time. Wachowich J. noted concerns regarding the use of hypnosis, but concluded that it would only be in an "extraordinary case" that a court would preclude a witness from testifying after having his or her memory stimulated by hypnosis

(3) Analyse de la question du témoignage posthypnotique

C'est la première fois que la Cour a l'occasion de se prononcer sur l'admissibilité d'un témoignage posthypnotique. Le cadre d'analyse que la Cour utilise pour évaluer une science nouvelle garantit que seules les opinions scientifiques reposant sur un fondement fiable soient présentées au juge des faits (*J.-L.J.*, par. 33). Le même principe s'applique aux techniques scientifiques. Tout comme les résultats financiers contenus dans un rapport doivent être préparés à l'aide d'une technique qui repose sur un fondement scientifique fiable, il faut démontrer que les souvenirs posthypnotiques sont suffisamment fiables avant qu'ils soient soumis au juge des faits. La « fonction de gardien » des tribunaux, mentionnée dans *J.-L.J.* (par. 1), est donc aussi importante lorsque les faits soumis au jury sont issus de l'application d'une technique scientifique que lorsqu'une opinion lui est soumise par un expert qui s'appuie sur une technique scientifique. Comme je l'expliquerai, le juge du procès a commis une erreur en tenant pour acquis que le témoignage posthypnotique était admissible si les lignes directrices énoncées dans *Clark* étaient respectées. Il s'agit d'une erreur à la fois parce que ces lignes directrices ne suffisent pas et parce que le témoignage posthypnotique ne satisfait pas aux conditions établies dans *J.-L.J.* J'examinerai ces deux points tour à tour.

a) *Les problèmes que posent les lignes directrices établies dans Clark*

En l'espèce, le juge du procès a évalué la fiabilité du témoignage posthypnotique en s'appuyant sur les facteurs énumérés dans *Clark*. Dans cette affaire, l'accusé devait répondre à deux accusations de meurtre au premier degré. Avant d'être hypnotisé, il ne se souvenait pas de ce qui s'était passé. Il était acquis que l'accusé avait commis les actes pour lesquels il était inculpé. Le procès portait donc plutôt sur son intention et sa capacité mentale au moment de ces actes. Le juge Wachowich a mentionné certaines préoccupations concernant le recours à l'hypnose, mais il a conclu qu'un tribunal n'empêcherait une personne de témoigner après que

(p. 123). However, he held that "the content of the hypnosis session is a proper subject for inquiry at the trial because it bears heavily on the credibility of the witness and the weight to be given his evidence" (p. 124). To this end, Wachowich J. set out a number of principles that should guide a hypnotist during a hypnosis session. These guidelines, he observed, would improve the reliability of evidence obtained under hypnosis.

Drawn from the American cases of *State v. Hurd*, 414 A.2d 291 (N.J. Sup. Ct. 1980), and *People v. McDowell*, 427 N.Y.S.2d 181 (Sup. Ct. 1980), the *Clark* guidelines are as follows (*Clark*, at p. 125):

(1) The person conducting the hypnotic interview should be a qualified professional . . . .

(2) The hypnotist must be independent of the party who requires his services. . . .

(3) The hypnotist should be given only the minimum amount of information necessary to conduct the interview. . . .

(4) The entire interview between the hypnotist and the potential witness should be recorded preferably on video tape . . . .

(5) The interview should be conducted with only the hypnotist and the subject present. . . .

(6) Prior to the actual hypnosis of the subject, the hypnotist should conduct a lengthy interview of the subject to determine his medical history including information about the present or past use of drugs. . . .

(7) Prior to hypnosis, the hypnotist should elicit from the subject a detailed description of the facts surrounding the subject-matter of the hypnosis session, as the subject is able to recall them at that point in time.

(8) The hypnotist should pay careful attention to the form and manner of his questions, the choice of his words and the avoidance of body language so that he is not either intentionally or inadvertently providing the subject with information.

The *Clark* test has been adopted by a number of courts in Canada (see, e.g., *R. v. Bernier*, [2004]

sa mémoire eut été stimulée par l'hypnose que dans un [TRADUCTION] « cas exceptionnel » (p. 123). Il a toutefois estimé que « le déroulement d'une séance d'hypnose peut très bien faire l'objet d'une enquête au procès, parce que cet aspect pèse lourd sur la crédibilité du témoin et sur l'importance à accorder à son témoignage » (p. 124). À cette fin, le juge Wachowich a énoncé un certain nombre de principes devant servir à guider l'hypnologue pendant une séance d'hypnose. Ces lignes directrices, a-t-il fait remarquer, devraient accroître la fiabilité des témoignages obtenus sous hypnose.

Inspirées des décisions américaines *State c. Hurd*, 414 A.2d 291 (N.J. Sup. Ct. 1980), et *People c. McDowell*, 427 N.Y.S.2d 181 (Sup. Ct. 1980), les lignes directrices établies dans *Clark* sont les suivantes (*Clark*, p. 125) : 26

[TRADUCTION]

(1) La personne qui conduit la séance d'hypnose devrait être un professionnel qualifié . . .

(2) L'hypnologue devrait être indépendant de la partie qui requiert ses services. . .

(3) L'hypnologue ne devrait recevoir que le minimum d'information nécessaire pour conduire la séance d'hypnose. . .

(4) Toute l'entrevue entre le sujet et l'hypnologue devrait être enregistrée, de préférence sur bande-vidéo . . .

(5) Seuls le sujet et l'hypnologue devraient être présents lors de l'entrevue. . .

(6) L'hypnologue devrait, avant la séance, interroger le sujet pour connaître ses antécédents médicaux, y compris sa consommation de drogues, actuelle ou passée. . .

(7) Avant de placer le sujet en état d'hypnose, l'hypnologue devrait lui demander une description détaillée des faits sur lesquels porte la séance, comme il se les rappelle à ce moment.

(8) L'hypnologue devrait porter une attention particulière à la façon dont il pose ses questions, aux mots qu'il choisit et à son langage corporel, pour éviter de transmettre des renseignements au sujet, intentionnellement ou par inadvertance.

Le test établi dans *Clark* a depuis été adopté par de nombreux tribunaux au Canada (voir p. ex.

Q.J. No. 11567 (QL) (Sup. Ct.); *R. v. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL) (Gen. Div.); *R. v. O'Brien* (1992), 117 N.S.R. (2d) 48 (S.C. App. Div.); and *R. v. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL) (S.C.).

27 The guidelines are intended to limit the possibility of a hypnotist influencing, inadvertently or not, the persons being hypnotized, thereby tainting the witness's evidence. While they play an important role in limiting the possible exertion of influence during a hypnosis session, the guidelines are problematic in that they are based on an assumption that the underlying science of hypnosis is itself reliable in the context of judicial proceedings. Reliability is an essential component of admissibility. Whereas the degree of reliability required by courts may vary depending on the circumstances, evidence that is not sufficiently reliable is likely to undermine the fundamental fairness of the criminal process.

28 The probative value of post-hypnosis memories cannot be assessed without also inquiring into the reliability of the scientific technique that enabled them to arise. This concern was highlighted in *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1, in which the Quebec Court of Appeal held that the trial judge had erred in not allowing the defence to challenge the reliability of hypnosis on *voir dire*. Proulx J.A., writing for the court, stated the following at p. 22:

[TRANSLATION] [H]ypnosis employed as a technique to stimulate memory even today raises serious questions about its reliability [and] the appellants' objections as to the reliability of the method and the qualifications of the police officer offered as an expert should not have been dismissed, from the very outset, solely on the ground that this method has been accepted by some Canadian courts.

Although Proulx J.A. declined to make a finding on the reliability of hypnosis in the judicial context because insufficient evidence had been submitted at trial, he noted that as a result of *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, [TRANSLATION] "[the] admissibility or . . . validity of scientific evidence based on a theory which has not yet been widely accepted,

R. c. Bernier, [2004] J.Q. nº 11567 (QL) (C.S.); *R. c. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL) (Div. gén.); *R. c. O'Brien* (1992), 117 N.S.R. (2d) 48 (C.S., Div. app.); et *R. c. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL) (C.S.).

Ces lignes directrices visent à limiter les possibilités qu'un hypnologue puisse influencer le sujet, par inadvertance ou non, et qu'il contamine ainsi son témoignage. Bien qu'elles jouent un rôle important pour limiter l'influence qui peut s'exercer au cours d'une séance d'hypnose, ces lignes directrices posent néanmoins problème en ce qu'elles reposent sur la présomption que la science même de l'hypnose est fiable dans le contexte judiciaire. La fiabilité est un élément essentiel de l'admissibilité. Bien que le degré de fiabilité requis par les tribunaux puisse varier selon les circonstances, une preuve qui n'est pas suffisamment fiable risque de compromettre l'équité fondamentale du processus pénal.

Or, l'on ne saurait apprécier la valeur probante d'un souvenir posthypnotique sans également vérifier la fiabilité de la technique scientifique qui l'a fait resurgir. La Cour d'appel du Québec l'a souligné dans l'affaire *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. nº 496 (QL), où elle a statué que le juge du procès avait eu tort d'empêcher la défense de contester la fiabilité de l'hypnose dans le cadre d'un voir-dire. Le juge Proulx, s'exprimant au nom de la cour, a dit, au par. 61 :

. . . l'hypnose employée comme technique de stimulation de la mémoire soulève même aujourd'hui de sérieuses questions sur sa fiabilité [et] les objections des appelants à la fiabilité de la méthode et aux qualifications du policier proposé comme expert ne pouvaient être rejetées, au préalable, sur la seule base de l'acceptation de cette méthode par certains tribunaux canadiens.

Bien que le juge Proulx ait refusé de se prononcer sur la fiabilité de l'hypnose dans le contexte judiciaire, en raison de l'insuffisance de la preuve présentée au procès, il a fait remarquer que, par suite de l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, « la recevabilité ou la validité d'une preuve scientifique qui se fonde sur une théorie non encore bien acceptée

or the accuracy of which has not been determined, is now subject to a threshold test of reliability" (*Taillefer*, at p. 21).

It should be noted that *Hurd*, which formed the basis for the *Clark* guidelines, has come to be revisited, in part as a result of the views expressed since then by Dr. Martin Orne, whose expert testimony had played a central role in that case. Dr. Orne subsequently warned that "hypnotically induced memories should *never* be permitted to form the basis for testimony by witnesses or victims in a court of law": *Burral v. State*, 724 A.2d 65 (Md. 1999), at p. 81 (emphasis in original). He was of the view that "there is a considerable risk that the inherent unreliability of information confidently provided by a hypnotized witness may actually be detrimental to the truth-seeking process" (*State v. Moore*, 902 A.2d 1212 (N.J. 2006), at p. 1228). After reconsidering the inherent unreliability of post-hypnosis testimony, New Jersey joined the 26 states in the United States that limit the admissibility of post-hypnosis testimony. In New Jersey, post-hypnosis testimony is now generally inadmissible in a criminal trial (*Moore*, at p. 1213).

Since the *Clark* guidelines are derived from Dr. Orne's testimony in *Hurd*, it would be disturbing for this Court to blind itself to the subsequent developments in the American cases. With the basic reliability of post-hypnosis evidence increasingly in question, judicial approaches to such evidence have tended to shift from an assessment of the *weight* to be attributed to post-hypnosis testimony to whether it should even be admissible.

(b) *The Court's Approach to Evidence Involving Science*

Not all scientific evidence, or evidence that results from the use of a scientific technique, must be screened before being introduced into evidence. In some cases, the science in question is so well established that judges can rely on the fact that

ou dont l'exactitude n'est pas consacrée, est maintenant soumise à un critère préliminaire de fiabilité » (*Taillefer*, par. 59).

29 Soulignons que l'arrêt *Hurd*, sur lequel reposent les lignes directrices énoncées dans *Clark*, a été réexaminé récemment, en partie en raison des opinions exprimées depuis par le D^r^ Martin Orne, dont le témoignage d'expert avait joué un rôle primordial dans cette affaire. Ultérieurement, le D^r^ Orne a fait la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « un témoin ou une victime *ne* devrait *jamais* être autorisé à faire, devant une cour de justice, une déposition qui repose sur des souvenirs induits par hypnose » : *Burral c. State*, 724 A.2d 65 (Md. 1999), p. 81 (en italique dans l'original). À son avis, [TRADUCTION] « il existe un très grand risque que la non-fiabilité inhérente d'un renseignement fourni avec assurance par un témoin hypnotisé puisse nuire au processus de recherche de la vérité » (*State c. Moore*, 902 A.2d 1212 (N.J. 2006), p. 1228). Après avoir réévalué le manque de fiabilité inhérent au témoignage posthypnotique, le New Jersey s'est rallié aux 26 États américains qui en limitent l'admissibilité. Au New Jersey, les témoignages posthypnotiques sont maintenant généralement inadmissibles dans un procès criminel (*Moore*, p. 1213).

30 Puisque les lignes directrices établies dans *Clark* découlent des témoignages présentés par le D^r^ Orne dans l'affaire *Hurd*, il serait troublant que la Cour ferme les yeux sur l'évolution subséquente de la jurisprudence américaine. La fiabilité fondamentale des témoignages posthypnotiques étant de plus en plus remise en question, les tribunaux tendent à modifier leur approche à leur égard, en s'interrogeant sur leur admissibilité même, plutôt que d'apprécier le *poids* à leur accorder comme ils le faisaient auparavant.

b) *Le traitement judiciaire de la preuve qui repose sur la science*

31 Il n'est pas toujours nécessaire de réévaluer le fondement scientifique d'un élément de preuve, ni le recours à une technique scientifique donnée, avant que les éléments qui en ressortent soient produits en preuve. Dans certains cas, la science en

the admissibility of evidence based on it has been clearly recognized by the courts in the past. Other cases may not be so clear. Like the legal community, the scientific community continues to challenge and improve upon its existing base of knowledge. As a result, the admissibility of scientific evidence is not frozen in time.

32 While some forms of scientific evidence become more reliable over time, others may become less so as further studies reveal concerns. Thus, a technique that was once admissible may subsequently be found to be inadmissible. An example of the first situation, where, upon further refinement and study, a scientific technique becomes sufficiently reliable to be used in criminal trials, is DNA matching evidence, which this Court recognized in *R. v. Terceira*, [1999] 3 S.C.R. 866. An example of the second situation, where a technique that has been employed for some time comes to be questioned, is so-called "dock", or in-court, identification evidence. In *R. v. Hibbert*, [2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39, at para. 50, Arbour J., writing for the majority, stated that despite its long-standing use, dock identification is almost totally unreliable. Therefore, even if it has received judicial recognition in the past, a technique or science whose underlying assumptions are challenged should not be admitted in evidence without first confirming the validity of those assumptions.

33 The concerns raised in *Taillefer* and *Moore* are thus relevant to the instant case and coincide with a more general issue recently considered by this Court. Since *Clark*, this Court has had the opportunity to consider the admission of novel science in courtrooms. In *J.-L.J.*, it built on *Mohan* to develop the test governing the admissibility of such evidence. Under this test, a party wishing to rely on novel scientific evidence must first establish that the underlying science is sufficiently reliable to be admitted in a court of law. This is particularly important where, as here, an accused person's liberty is at stake. Even though the use of expert

cause est tellement bien établie que les juges peuvent s'en remettre au fait que les tribunaux ont déjà clairement reconnu que la preuve fondée sur cette science est admissible. D'autres cas peuvent être plus compliqués. Tout comme la communauté juridique, la communauté scientifique remet en question et améliore sans cesse ses connaissances fondamentales. L'admissibilité de la preuve scientifique n'est pas figée dans le temps.

Bien que certaines formes de preuve scientifique gagnent en fiabilité avec le temps, d'autres peuvent reculer en raison de problèmes mis au jour par de nouvelles études. Ainsi, une technique qui a déjà été admissible peut un jour être jugée inadmissible. À titre d'exemple de technique scientifique qui, après s'être raffinée et avoir été étudiée de façon plus approfondie, est devenue suffisamment fiable pour être utilisée dans les procès criminels, citons l'analyse de l'empreinte génétique, que la Cour a reconnue dans *R. c. Terceira*, [1999] 3 R.C.S. 866. À l'inverse, l'identification de l'accusé à l'audience est un exemple de technique employée depuis longtemps qui est maintenant remise en question. Dans *R. c. Hibbert*, [2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39, par. 50, la juge Arbour a affirmé, au nom de la majorité, que l'identification de l'accusé à l'audience, bien qu'utilisée depuis longtemps, est pratiquement dénuée de toute fiabilité. Par conséquent, une technique ou une science dont les prémisses sont contestées ne doit pas être admise en preuve sans appréciation préalable de la validité de ces prémisses, même si cette technique ou cette science a déjà été reconnue par les tribunaux.

Les problèmes soulevés dans *Taillefer* et *Moore* sont donc pertinents en l'espèce et coïncident avec une question plus générale que notre Cour a récemment examinée. Depuis l'affaire *Clark*, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur l'admission en preuve d'une science nouvelle. Dans *J.-L.J.*, elle s'est basée sur l'arrêt *Mohan* pour préciser le test régissant l'admissibilité de ce type de preuve. Selon ce test, la partie qui souhaite présenter une preuve reposant sur une science nouvelle doit d'abord démontrer que cette science est suffisamment fiable pour être admise devant une cour de justice. Cette étape est particulièrement importante lorsque, comme

testimony was not in itself at issue in the present case — this appeal concerns the application of a scientific technique to the testimony of a lay witness — the threshold reliability of the technique, and its impact on the testimony, remains crucial to the fairness of the trial.

dans le présent pourvoi, la liberté de l'accusé est en jeu. Bien que le recours à un témoignage d'expert ne soit pas en cause en l'espèce — le pourvoi vise plutôt le témoignage d'un témoin profane dont la déposition découle de l'application d'une technique scientifique — le seuil de fiabilité de cette technique et son incidence sur le témoignage subséquent revêtent une importance tout aussi cruciale pour l'équité du procès.

The central concern in *Mohan* was that scientific evidence be carefully scrutinized because, in Sopinka J.'s words, "[d]ressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves" (p. 21). The situation in the case at bar is similar in that the evidence reveals a risk that post-hypnotic memories may be given more weight than they should. In *J.-L.J.*, the Court went a step further, establishing a framework for assessing the reliability of novel science and, consequently, its admissibility in court.

34 La principale préoccupation de la Cour dans *Mohan* était de s'assurer que la preuve scientifique soit soumise à un examen attentif parce que, pour reprendre les termes du juge Sopinka, « [e]xprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite » (p. 21). Il en est de même en l'espèce, où la preuve a révélé qu'un poids démesuré risque d'être accordé aux souvenirs posthypnotiques. Dans *J.-L.J.*, la Cour est allée plus loin en établissant un cadre permettant d'apprécier la fiabilité d'une science nouvelle et, par le fait même, de déterminer si elle est admissible devant les tribunaux.

In the instant case, the appellant questioned the admissibility of the post-hypnosis testimony, and several experts gave evidence of differences of opinion on the use of hypnosis in the judicial context. The technique therefore needs to be assessed based on the existing legal standards for criminal trials.

35 Dans l'affaire qui nous est soumise, l'appelant a contesté l'admissibilité du témoignage posthypnotique et plusieurs témoins experts ont exprimé des opinions différentes sur l'utilisation de l'hypnose dans le contexte judiciaire. Cette technique doit donc être évaluée selon les normes juridiques qui prévalent en matière criminelle.

In *J.-L.J.*, Binnie J. explained that Canadian courts require a "reliable foundation" for novel science to be admissible as evidence at trial. Drawing on the American case of *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), he observed that reliability can be evaluated on the basis of four factors (*J.-L.J.*, at para. 33):

36 Dans *J.-L.J.*, le juge Binnie a expliqué que les tribunaux canadiens exigent un « fondement fiable » pour qu'une science nouvelle puisse être admise en preuve. Se fondant sur l'arrêt américain *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), il a dit que la fiabilité pouvait s'apprécier en fonction de quatre facteurs (*J.-L.J.*, par. 33) :

(1) whether the . . . technique can be and has been tested[;]

(1) . . . la technique peut-elle être vérifiée et l'a-t-elle été?

. . .

. . .

(2) whether the . . . technique has been subjected to peer review and publication[;]

. . .

(3) the known or potential rate of error . . .; and,

(4) whether the theory or technique used has been generally accepted . . .

37 These factors can be used to determine the reliability of post-hypnosis evidence. *J.-L.J.* is particularly helpful for the purpose of drawing a distinction between the efficacy of hypnosis as a therapeutic tool and its utility as a forensic tool. As Binnie J. observed, techniques that are sufficiently reliable for therapeutic purposes are not necessarily sufficiently reliable for use as evidence in a court of law where an accused's liberty is at stake (para. 35). Ironically, it appears that one of the very characteristics that make the use of hypnosis reliable in a therapeutic context — the fact that both mental and physical perceptions are highly malleable under hypnosis — is a source of concern where hypnosis is used for evidentiary purposes and accordingly renders its use for forensic purposes suspect.

(i) Can the Technique Be Tested and Has It Been Tested?

38 Numerous references were made at trial and before this Court to studies on the use of hypnosis and to opinions of experts in the field. What is apparent from these sources is that the accuracy and effect of hypnosis are difficult to assess. While some laboratory studies suggest that hypnosis is not particularly effective in increasing the accuracy of memories, this may be a result of the laboratory setting itself. As Dr. Matheson, the Crown's expert, explained, what makes memories memorable are the emotional associations that give them meaning. Laboratory studies are largely abstract, and lack the emotional quality or meaning that normally attaches to "real life" memories (A.R., at pp. 559-60). The findings of laboratory studies may not, therefore, be particularly applicable to the area of forensic hypnosis. However, it is significant that, despite their disagreement on other issues, all

(2) . . . la technique a-t-elle fait l'objet d'un contrôle par des pairs et d'une publication?

. . .

(3) le taux connu ou potentiel d'erreur [. . .;]

(4) la théorie ou la technique est-elle généralement acceptée?

Ces facteurs peuvent servir à apprécier la fiabilité du témoignage posthypnotique. L'arrêt *J.-L.J.* est plus particulièrement utile pour mettre en relief la différence entre l'efficacité de l'hypnose comme outil thérapeutique et son utilité en criminalistique. Comme le signale le juge Binnie, certaines techniques, qui sont suffisamment fiables à des fins thérapeutiques, ne sont pas nécessairement assez fiables pour servir en preuve devant une cour de justice lorsque la liberté d'un accusé est en jeu (par. 35). Ironiquement, l'une des caractéristiques mêmes qui confèrent sa fiabilité à l'hypnose dans un contexte thérapeutique — le fait que les perceptions mentales et physiques d'un sujet sous hypnose soient très malléables — est justement ce qui pose problème lorsque l'hypnose est utilisée pour fins de preuve et rend suspecte son utilisation à des fins judiciaires.

(i) La technique peut-elle être vérifiée et l'a-t-elle été?

À de nombreuses reprises au cours du procès et devant la Cour, des études sur l'utilisation de l'hypnose et des opinions d'experts en la matière ont été citées. Il ressort de ces sources qu'il est difficile d'apprécier la fiabilité et les effets de l'hypnose. Si certaines études en laboratoire indiquent que l'hypnose n'est pas particulièrement efficace pour accroître la précision des souvenirs, cette inefficacité pourrait être due à l'environnement expérimental proprement dit. Comme l'a expliqué M. Matheson, qui a témoigné pour le ministère public, ce qui rend les souvenirs mémorables, ce sont les liens émotifs qui leur donnent un sens. Les études faites en laboratoire sont généralement abstraites et dépourvues de l'aspect émotionnel ou du sens qui se rattachent normalement aux souvenirs « réels » (d.a., p. 559-560). Il se pourrait donc que les conclusions auxquelles elles arrivent sur

the experts in this case testified that while hypnosis can result in the subject's remembering a larger number of details, these will include both accurate and inaccurate information.

(ii) Has the Technique Been Subjected to Peer Review and Publication?

As noted, hypnosis is not a *new* technique. It was used in ancient times, and this case does not concern its usefulness as a therapeutic tool. What is in issue is its use for forensic purposes. While testifying at trial, the experts referred to a number of scientific articles and studies on hypnosis and memory. Moreover, legal commentators have discussed hypnosis extensively. Since it is the reliability of the technique in the judicial context that is in issue, these resources are useful for our purposes. Even the most superficial examination of these commentaries reveals that much of the substance of the testimonies of the experts heard at trial is supported by the abundant discussions found in the legal literature. The question whether the technique has been subjected to peer review and publication can thus be answered in the affirmative. Dr. Matheson cited the following study while testifying at trial in this case: Council on Scientific Affairs, "Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis" (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918. It is also notable that many of Dr. Orne's publications have been cited by the courts, including the following: M. T. Orne, "The Use and Misuse of Hypnosis in Court" (1979), 27 *Int.'l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311; M. T. Orne et al., "Hypnotically Refreshed Testimony: Enhanced Memory or Tampering with Evidence?" in *Issues and Practices in Criminal Justice* (January 1985), at pp. 5-27. Legal commentaries on the use of hypnosis in criminal trials have proliferated: B. L. Diamond, "Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness" (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313; T. M. Fleming, "Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony", 77 A.L.R.4th 927 (1990 & Supp. 2006); G. M. Shaw,

l'hypnose ne s'appliquent guère dans le domaine de la criminalistique. Toutefois, il est remarquable que, malgré leurs différences de vues sur d'autres sujets, tous les experts entendus en l'espèce ont déclaré que, même si l'hypnose peut permettre au sujet de se rappeler davantage de détails, ceux-ci incluront à la fois des renseignements exacts et des renseignements inexacts.

(ii) La technique a-t-elle fait l'objet d'un contrôle par des pairs et d'une publication?

39 Comme je l'ai mentionné, l'hypnose n'est pas une technique *nouvelle*. On l'utilisait déjà dans l'antiquité et le pourvoi ne porte pas sur son utilité thérapeutique. C'est son utilisation en criminalistique qui est en cause. Lors de leur témoignage au procès, les experts ont mentionné plusieurs articles et études scientifiques sur l'hypnose et la mémoire. De plus, les juristes ont beaucoup écrit sur l'hypnose. Comme notre analyse porte sur la fiabilité de cette technique dans le contexte judiciaire, ces sources nous seront utiles. Le survol de ces commentaires, même superficiel, révèle que le contenu des témoignages des experts entendus au procès est en grande partie étayé par les nombreuses opinions exprimées dans la doctrine. À la question de savoir si la technique a fait l'objet de contrôles et d'une publication, la réponse est donc affirmative. M. Matheson a cité l'étude suivante au cours du témoignage qu'il a présenté en l'espèce : Council on Scientific Affairs, « Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis » (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918. On constate aussi que bon nombre des publications du D[r] Orne ont été citées par les tribunaux, notamment : M. T. Orne, « The Use and Misuse of Hypnosis in Court » (1979), 27 *Int'l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311; M. T. Orne et autres, « Hypnotically Refreshed Testimony : Enhanced Memory or Tampering with Evidence? » dans *Issues and Practices in Criminal Justice* (janvier 1985), p. 5-27. De même, avons-nous assisté à une prolifération des articles de doctrine sur le recours à l'hypnose dans les procès criminels : B. L. Diamond, « Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness » (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313; T. M. Fleming, « Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony », 77 A.L.R.4th

"The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials" (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1; G. F. Wagstaff, "Hypnosis and the Law: A Critical Review of Some Recent Proposals", [1983] *Crim. L. Rev.* 152; K. B. Evans, "Hypnotically Induced Testimony: Implications for Criminal Law in New Zealand", [1994] *N.Z.L.J.* 348; J. Harsel, "The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials" (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897; D. R. Webert, "Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence" (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301. It is noteworthy that the weaknesses of hypnosis are well known and uncontroverted. The experts differ not on the shortcomings themselves, but on the extent of their impact on the witness's ability to testify.

40 There is a general consensus that most individuals are more suggestible under hypnosis, that any increase in accurate memories during hypnosis is accompanied by an increase in *inaccurate* memories, that hypnosis may compromise the subject's ability to distinguish memory from imagination, and that subjects frequently report being more certain of the content of post-hypnosis memories, regardless of their accuracy. In sum, while it is not generally accepted that hypnosis *always* produces unreliable memories, neither is it clear when hypnosis results in *pseudo-memories* or how a witness, scientist or trier of fact might distinguish between fabricated and accurate memories.

(iii) What Is the Potential Rate of Error?

41 A recurring theme in the expert testimony at Mr. Trochym's trial and in the jurisprudence is that, while hypnosis may assist witnesses to recall additional detail, the medical community knows very little about how memory functions or what role hypnosis may have in recalling and/or altering memories. The general consensus appears to be that memory does not work like a tape recorder

927 (1990 & suppl. 2006); G. M. Shaw, « The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials » (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1; G. F. Wagstaff, « Hypnosis and the Law : A Critical Review of Some Recent Proposals », [1983] *Crim. L. Rev.* 152; K. B. Evans, « Hypnotically Induced Testimony : Implications for Criminal Law in New Zealand », [1994] *N.Z.L.J.* 348; J. Harsel, « The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials » (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897; D. R. Webert, « Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence » (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301. Précisons que les points faibles de l'hypnose sont bien connus et ne sont pas controversés. Les différends des experts ne concernent pas ces lacunes, mais leur effet sur la capacité du témoin à témoigner.

Il y a consensus général sur le fait que la plupart des sujets sont plus réceptifs aux suggestions lorsqu'ils sont sous hypnose, que toute augmentation du nombre de souvenirs exacts pendant la séance d'hypnose s'accompagne également d'une augmentation du nombre de souvenirs *inexacts*, que l'hypnose peut nuire à la capacité du sujet à distinguer ses souvenirs réels du fruit de son imagination, et qu'il est fréquent que le sujet affirme être plus sûr de la teneur de ses souvenirs posthypnotiques, sans égard à leur exactitude. Bref, même s'il n'est pas généralement admis que l'hypnose produit *toujours* des souvenirs non fiables, il n'est pas non plus possible de déterminer avec certitude dans quels cas l'hypnose crée de *faux souvenirs* ou de quelle manière un témoin, un scientifique ou un juge des faits peut faire la distinction entre un souvenir fabriqué et un souvenir exact.

(iii) Quel est le taux potentiel d'erreur?

Un thème revient sans cesse dans les témoignages d'experts présentés au procès de M. Trochym et dans la jurisprudence : même si l'hypnose peut aider les témoins à se rappeler plus de détails, la communauté médicale connaît très peu le fonctionnement de la mémoire et le rôle joué par l'hypnose dans le rappel à la mémoire ou la modification des souvenirs. Un consensus général semble pourtant

that can be played back but, rather, is constructive or additive. Remembering may therefore be a more creative mental process than it is usually understood to be. Given these gaps in scientific knowledge, the admission of post-hypnosis memories raises a number of concerns. The Crown's expert, Dr. Matheson, testified that "the general understanding is that if properly and professionally done you would probably get more information [through hypnosis], and that information will be a combination of accurate and inaccurate [information]" (A.R., at pp. 601-2).

se dégager, à savoir que la mémoire ne fonctionne pas comme un magnétophone qui permet une réécoute fidèle, mais qu'elle a, au contraire, tendance à interpréter et à étoffer les souvenirs. Il se pourrait donc que la mémoire soit un processus mental plus créatif qu'on avait l'habitude de le croire. Vu l'état lacunaire des connaissances scientifiques, l'admission des souvenirs posthypnotiques soulève plusieurs problèmes. M. Matheson, l'expert du ministère public, a témoigné qu'[TRADUCTION] « il est généralement reconnu que, si [l'hypnose] est pratiquée correctement et de façon professionnelle, on peut probablement recueillir plus de renseignements, et qu'il s'agira d'une combinaison de [renseignements] exacts et inexacts » (d.a., p. 601-602).

The potential rate of error is linked to three factors. The first, and most significant, of these is the risk of confabulation, or the creation of hallucinated or false memories. Confabulation can result from the power of express or implied suggestions, or simply from a strong, unconscious desire to compensate for a lack of actual memory. It may also result from other causes that are unknown, because scientists know very little about memory. All three expert witnesses noted at trial that, while confabulation may also occur without hypnosis, a person's suggestibility is enhanced under hypnosis.

42 Le taux potentiel d'erreur est lié à trois facteurs. Le premier, et le plus important, est le risque de fabulation, ou la création d'illusions ou de faux souvenirs. La fabulation peut résulter de suggestions explicites ou implicites, ou simplement d'un puissant désir inconscient de combler une mémoire lacunaire. Elle pourrait aussi avoir une autre origine, inconnue, car la communauté scientifique en sait très peu sur la mémoire. Les trois témoins experts au procès ont affirmé que, si la fabulation peut aussi survenir sans hypnose, il demeure que l'hypnose rend une personne plus perméable aux suggestions.

A second, and related, factor is that a person's critical faculty appears to be reduced while he or she is under hypnosis. As Dr. Pollock, one of two expert witnesses called by the defence, explained, a person who has a memory in the normal "waking state" will examine it and decide whether it is accurate and should be reported. A hypnotized person is more likely to report whatever comes to his or her mind. As a result, while hypnosis may help a witness recall an event in greater detail, this heightened recollection may simply contain both more correct and more false details. The greater number of *details* the witness remembers may therefore create the illusion that his or her memory has improved in *accuracy*.

43 Le deuxième facteur — qui est connexe au premier — est que le sens critique d'une personne serait moins aiguisé lorsqu'elle est sous hypnose. Comme l'a expliqué M. Pollock, l'un des deux experts cités par la défense, lorsqu'une personne en « état de veille » normal se rappelle un événement, elle analyse ce souvenir et elle décide s'il est exact et s'il mérite d'être signalé. La personne sous hypnose est plus susceptible de signaler tout ce qui lui vient à l'esprit. Par conséquent, même si l'hypnose peut aider un témoin à se rappeler un événement de façon plus détaillée, il se peut que ce souvenir comporte simplement à la fois plus de détails exacts et plus de détails inexacts. Le nombre accru de *détails* dont le témoin se rappelle peut donc créer faussement l'illusion que ses souvenirs ont gagné en *précision*.

44 Finally, experts express concern about the potential for "memory hardening", a process by which a person who has been hypnotized becomes increasingly, and unduly, confident in his or her memories. The exact cause of memory hardening is unknown but the phenomenon has been recognized. It is described as the "most consistent finding of all in studies on the various effects of hypnosis" (Shaw, at p. 12). This process is undetectable and seemingly irreversible. When combined with the possibility that memories have been tainted through confabulation, improperly phrased questions, or other unintentional influences, the danger that the accused will be denied a fair hearing becomes obvious.

45 At trial, Dr. Matheson observed that many of the concerns regarding post-hypnosis memories, such as confabulation and memory hardening, also apply to ordinary testimonial evidence. In admitting Ms. Haghnegahdar's post-hypnosis memories, the trial judge noted that if judge-made guidelines such as those set out in *Clark* can control any tainting that might occur during hypnosis, then post-hypnosis memories are no more, or less, accurate than ordinary eyewitness testimony.

46 With respect, I find this view problematic. Hypnosis introduces more sources of concern and a likelihood that existing fragilities of human memory will increase, tainting the reliability of the evidence. Furthermore, the frailties of human memory when unaffected by hypnosis are only just starting to become known; indeed, the fallibility of eyewitness identification has been a central concern in a number of inquiries into wrongful convictions. In his public inquiry into the wrongful conviction of Thomas Sophonow, for example, the Honourable Peter deC. Cory observed that most triers of fact have implicit faith in eyewitness identification and that this can be hazardous. He recommended, among other things, instructing the jury about the shortcomings of eyewitness identification and cautioning it that the vast

Le troisième et dernier facteur souligné par les experts est le « durcissement » éventuel de la mémoire, c.-à-d. que la personne qui a été hypnotisée peut devenir indûment de plus en plus sûre de ses souvenirs. La cause exacte du durcissement de la mémoire n'est pas connue, mais ce phénomène est reconnu. On le décrit comme la [TRADUCTION] « constatation la plus constante dans toutes les études sur les différents effets de l'hypnose » (Shaw, p. 12). Ce processus n'est pas détectable et serait irréversible. Si l'on y joint la possibilité que les souvenirs aient été contaminés par la fabulation, des questions formulées incorrectement ou d'autres influences involontaires, il devient évident que l'accusé risque de ne pas bénéficier d'un procès équitable.

Au procès, M. Matheson a dit que bon nombre des craintes exprimées relativement aux témoignages posthypnotiques, comme la fabulation ou le durcissement de la mémoire, valaient également pour les témoignages ordinaires. En fait, lorsqu'il a admis les souvenirs posthypnotiques de M^me^ Haghnegahdar, le juge du procès a souligné que, si des lignes directrices d'origine jurisprudentielle, comme celles énoncées dans *Clark*, peuvent limiter la contamination susceptible de survenir pendant la séance d'hypnose, les souvenirs posthypnotiques ne sont ni plus ni moins fidèles que le témoignage d'un témoin oculaire ordinaire.

J'estime, en toute déférence, que cette conclusion est inacceptable. L'hypnose multiplie les sources de problèmes et accroît les probabilités que les faiblesses de la mémoire humaine s'accentuent, réduisant d'autant la fiabilité de la preuve. Qui plus est, on commence à peine à découvrir la fragilité de la mémoire humaine non soumise à l'hypnose; en effet, plusieurs enquêtes sur des erreurs judiciaires ont fait ressortir le problème fondamental de la faillibilité de l'identification par un témoin oculaire. Dans l'enquête publique sur la condamnation injustifiée de Thomas Sophonow, par exemple, l'honorable Peter deC. Cory a souligné que la plupart des juges des faits croient implicitement à l'identification par un témoin oculaire, ce qui peut être dangereux. Il a notamment recommandé d'informer le jury des lacunes de l'identification par

majority of wrongful convictions have resulted from faulty eyewitness identification: *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), at pp. 33-34. While Justice Cory was specifically addressing ordinary memory, his recommendations make it all the more clear why a technique used to *enhance* memory must be approached with great caution.

(iv) Has the Technique Been Generally Accepted?

As indicated, there are differences of opinion in the scientific community on the acceptability of hypnosis for forensic purposes. This has resulted in some debate, in the courts of a number of jurisdictions, regarding the admissibility of post-hypnosis memories. In the United Kingdom, for example, post-hypnosis testimony has not been categorically excluded, although evidence of a witness who has been hypnotized can be excluded under s. 78 of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, on the basis that it would have an adverse effect on the fairness of the proceedings. For this reason, the Crown Prosecution Service warns Crown counsel to "advise the police to restrict the use of hypnotism to people who may be able to give them a lead on an investigation but who will not be called as witnesses" ("Hypnosis: Guidance — Hypnosis Of A Witness" (online)). In New Zealand and Australia, courts have permitted the admission of post-hypnosis evidence where certain safeguards have been met, resulting in such evidence being declared inadmissible in several instances: see *R. v. McFelin*, [1985] 2 N.Z.L.R. 750 (C.A.); *R. v. G.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 615 (H.C.); and *R. v. Haywood* (1994), 73 A. Crim. R. 41 (S.C. Tasmania). Generally speaking, however, there has been very little discussion on the admissibility of post-hypnosis evidence in any of these three jurisdictions.

témoin oculaire et de le prévenir que la plupart des déclarations de culpabilité injustifiées découlent d'une identification erronée par un témoin oculaire : *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow : The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation* (2001), p. 33-34. Bien que l'analyse du juge Cory ait porté expressément sur la mémoire ordinaire, ses recommandations font ressortir d'autant plus clairement les raisons pour lesquelles il faut faire preuve de prudence à l'égard des techniques qui sont utilisées pour *stimuler* la mémoire.

(iv) La technique est-elle généralement acceptée?

47

Comme je l'ai mentionné, les opinions sont partagées au sein de la communauté scientifique quant à savoir si l'utilisation de l'hypnose à des fins judiciaires est acceptable. Ces divergences d'opinions ont suscité des débats devant les tribunaux de nombreux pays sur l'admissibilité des souvenirs posthypnotiques. Le Royaume-Uni, par exemple, n'exclut pas catégoriquement les témoignages post-hypnotiques. Cependant, la déposition d'un témoin qui a été hypnotisé peut être exclue en application de l'art. 78 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, dans le cas où elle aurait un effet préjudiciable sur l'équité du processus. D'où la mise en garde faite par le Crown Prosecution Service aux avocats de la poursuite, selon laquelle ils doivent [TRADUCTION] « conseiller aux policiers de limiter le recours à l'hypnose aux personnes qui peuvent les mettre sur une piste dans le cadre d'une enquête, mais qui ne seront pas citées comme témoins » (« Hypnosis : Guidance — Hypnosis Of A Witness » (en ligne)). En Nouvelle-Zélande et en Australie, les tribunaux ont autorisé les témoignages posthypnotiques lorsque certaines mesures de protection étaient respectées, de sorte que ce type de preuve a été jugé inadmissible à plusieurs reprises : voir *R. c. McFelin*, [1985] 2 N.Z.L.R. 750 (C.A.), *R. c. G.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 615 (H.C.); et *R. c. Haywood* (1994), 73 A. Crim. R. 41 (S.C. Tasmanie). D'une façon générale, cependant, on peut dire que l'admissibilité des témoignages post-hypnotiques a très peu retenu l'attention dans ces trois ressorts.

48 By contrast, courts have discussed the admissibility of post-hypnosis memories much more frequently in the United States. Two trends have developed. According to the first, the fact that a witness has been hypnotized goes to the weight of the testimony rather than to its admissibility. In *Harding v. State*, 246 A.2d 302 (1968), the Court of Special Appeals of Maryland held that the fact that only some of the victim's testimony was based on post-hypnosis recollections went to its probative value. As the psychology of memory has become better understood, however, some courts have developed a number of safeguards to guide the manner in which hypnosis sessions are conducted. This more rigorous framework is typified by *Hurd*, a decision that, as already mentioned, was one of the main sources of the *Clark* guidelines. Although setting a more rigorous standard than in *Harding*, the *Hurd* guidelines are typical of the approach under which admissibility is subject to the weight to be attached to the particular witness's post-hypnosis testimony.

49 The second trend is based on a view that hypnosis is fundamentally unreliable for the purposes of judicial proceedings and that post-hypnosis evidence should be excluded. In *People v. Shirley*, 723 P.2d 1354 (1982), the California Supreme Court held that the testimony of a witness who has undergone hypnosis to restore his or her memory of events is inadmissible "as to all matters relating to those events, from the time of the hypnosis session forward" (p. 1384). This means that a witness who has been hypnotized to restore his or her memory of an incident may not testify in relation to that incident, regardless of whether he or she made pre-hypnosis statements about it that would otherwise have been admissible. At least half of American jurisdictions now limit the admissibility of post-hypnosis evidence: *Moore*, at pp. 1220-22.

50 The cases discussed above illustrate the range of approaches that courts have developed and also show why it is necessary to be cautious in dealing

En revanche, aux États-Unis, les tribunaux se sont prononcés beaucoup plus souvent sur l'admissibilité des souvenirs posthypnotiques. Deux tendances se sont développées. Selon la première, le fait qu'un témoin a été hypnotisé aurait une incidence sur le poids à accorder à son témoignage, plutôt que sur son admissibilité. Dans *Harding c. State*, 246 A.2d 302 (1968), par exemple, la Cour des appels spéciaux du Maryland a dit que le fait que le témoignage de la victime repose seulement en partie sur des souvenirs posthypnotiques influait sur sa valeur probante. Cependant, à mesure qu'on a mieux compris la psychologie de la mémoire, les tribunaux ont élaboré des mesures de protection qui doivent guider le déroulement d'une séance d'hypnose. Ce cadre plus rigoureux est très bien illustré dans *Hurd* qui, comme je l'ai mentionné, est la décision dont s'inspirent principalement les directives énoncées dans *Clark*. Bien qu'elles établissent une norme plus restrictive que dans *Harding*, les directives énoncées dans *Hurd* sont typiques de l'approche de l'admissibilité sous réserve du poids qu'il convient d'accorder au témoignage posthypnotique d'un témoin en particulier.

La seconde tendance repose sur le principe que l'hypnose est fondamentalement non fiable dans le cadre d'une procédure judiciaire et que les témoignages posthypnotiques devraient être exclus. Dans l'arrêt *People c. Shirley*, 723 P.2d 1354 (1982), la Cour suprême de la Californie a conclu que la déposition d'un témoin qui avait été soumis à l'hypnose pour raviver ses souvenirs des événements était inadmissible [TRADUCTION] « en ce qui concerne toutes les questions liées à ces événements, à compter de la séance d'hypnose » (p. 1384). Cela signifie que le témoin qui a été hypnotisé pour raviver ses souvenirs d'un incident ne peut pas témoigner sur cet incident, peu importe qu'il ait fait ou non, avant la séance d'hypnose, des déclarations sur cet incident qui auraient par ailleurs été admissibles. En fait, au moins la moitié des ressorts américains limitent maintenant l'admissibilité des témoignages posthypnotiques : *Moore*, p. 1220-1222.

Les arrêts susmentionnés illustrent la diversité des approches adoptées par les tribunaux et témoignent de la nécessité d'aborder la question

with this issue. A further development in the American jurisprudence is also worth noting. In *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987), the United States Supreme Court considered whether an accused's "right to testify" may be restricted by a state rule that excludes his or her post-hypnosis testimony. In a 5-4 decision, the majority of the court emphasized the constitutional underpinnings of the accused's right to testify on his or her own behalf. The court observed that an absolute prohibition against the admission of a defendant's hypnotically refreshed testimony "on the ground that such testimony is always unreliable" operates "to the detriment of any defendant who undergoes hypnosis, without regard to the reasons for it, the circumstances under which it took place, or any independent verification of the information it produced" (p. 56). The court concluded that the State had not demonstrated that the exclusion "of *all* of a defendant's testimony that the defendant is unable to prove to be the product of prehypnosis memory" was justified, and that "[w]holesale inadmissibility of a defendant's testimony is an arbitrary restriction on the right to testify in the absence of clear evidence by the State repudiating the validity of all posthypnosis recollections" (p. 61 (emphasis in original)). The court chose not to comment on the constitutionality of prohibitions on post-hypnosis testimony by a defence witness, as opposed to the accused him or herself.

avec prudence. Il convient en outre de signaler un autre aspect de la jurisprudence américaine. Dans *Rock c. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987), la Cour suprême des États-Unis devait décider si le « droit de témoigner » d'un accusé peut être restreint par une règle d'un État qui exclut son témoignage posthypnotique. Dans une décision partagée à 5 contre 4, la majorité de la cour a mis l'accent sur le fondement constitutionnel du droit de l'accusé de témoigner pour sa propre défense. La cour a constaté que l'interdiction absolue d'admettre le témoignage d'un défendeur sur ses souvenirs ravivés par hypnose [TRADUCTION] « pour le motif qu'un tel témoignage n'est jamais fiable [. . .] lèse tout défendeur soumis à une séance d'hypnose, sans égard aux raisons pour lesquelles on y recourt, aux circonstances dans lesquelles elle se déroule ni à la vérification indépendante de l'information qui en émane » (p. 56). La cour a conclu que l'État n'avait pas réussi à justifier l'exclusion de [TRADUCTION] « *tous* les éléments du témoignage du défendeur dont ce dernier est incapable de prouver qu'ils reposent sur des souvenirs antérieurs à l'hypnose » et que [TRADUCTION] « [l]'inadmissibilité en bloc du témoignage d'un défendeur constitue une restriction arbitraire du droit de témoigner en l'absence d'une preuve claire de l'État réfutant la validité de tous les souvenirs posthypnotiques » (p. 61 (en italique dans l'original)). La Cour s'est abstenue de tout commentaire sur la constitutionnalité de l'interdiction du témoignage posthypnotique d'un témoin de la défense, plutôt que de l'accusé lui-même.

Rehnquist C.J., in dissent, rejected the constitutional exception articulated by the majority of the court. Highlighting the degree of controversy within the scientific community regarding the reliability of hypnosis, the Chief Justice observed that "until there is much more of a consensus on the use of hypnosis than there is now, the Constitution does not warrant this Court's mandating its own view of how to deal with the issue" (p. 65).

51 Le juge en chef Rehnquist, dissident, a rejeté l'exception constitutionnelle formulée par les juges majoritaires de la cour. Soulignant l'ampleur de la controverse sur la fiabilité de l'hypnose qui régnait au sein de la communauté scientifique, le Juge en chef a fait observer que [TRADUCTION] « tant que le recours à l'hypnose ne fera pas l'objet d'un consensus beaucoup plus général que celui qui existe maintenant, la Constitution ne saurait justifier que la Cour impose sa propre opinion sur la façon de statuer sur la question » (p. 65).

The constitutionality of a prohibition on the admission of post-hypnosis testimony by an

52 La constitutionnalité d'une interdiction touchant le témoignage posthypnotique d'un accusé

accused or a defence witness has not arisen in the Canadian context and was not at issue in the instant case. It would therefore be premature to comment any further on this point. While it may be true that a different set of concerns applies to the admissibility of an accused's own post-hypnosis memories, the importance of the reliability of post-hypnosis evidence to the integrity of the trial process as a whole remains a live issue.

53 In sum, it appears that the use of hypnosis in the judicial context has both supporters and opponents, but that the general tendency is to be extremely cautious in dealing with post-hypnosis evidence. This debate may continue until significant advances are made in the science of hypnosis, or until our understanding of human memory improves significantly.

54 In *J.-L.J.*, Binnie J. mentioned, in addition to the factors discussed above, the importance of determining the impact of novel science on the trial process, and in particular of determining whether the value or utility of the evidence outweighs its potential costs in terms of the consumption of time, potential prejudice to the accused, and confusion caused to the trier of fact. For this reason, a judge should, in exercising his or her role as "gatekeeper", carefully scrutinize the admissibility of novel scientific evidence. While parties must be able to put forward the most complete evidentiary record possible (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577), admissibility will necessarily be circumscribed where the evidence may "distort the fact-finding process" (*J.-L.J.*, at para. 29). These concerns are highly relevant where hypnosis is used, because of the controversy surrounding the forensic use of the technique and the need to explain its shortcomings if it is in fact to be used.

(c) *The Gap Between Clark and J.-L.J.*

55 When the factors set out in *J.-L.J.* are applied to hypnosis, it becomes evident that this technique and its impact on human memory are not understood well enough for post-hypnosis testimony to

ou d'un témoin de la défense n'a pas été soulevée au Canada et n'était pas en litige dans le présent pourvoi. Il serait donc prématuré de faire d'autres commentaires sur cette question. Quoique l'admissibilité des souvenirs posthypnotiques de l'accusé même puisse soulever des problèmes différents, la question de l'importance de la fiabilité des témoignages posthypnotiques pour l'intégrité du processus judiciaire dans son ensemble n'est toujours pas réglée.

En résumé, il semble que le recours à l'hypnose dans le contexte judiciaire ait ses partisans et ses détracteurs, mais que la tendance générale soit de considérer les témoignages posthypnotiques avec une extrême prudence. Le débat pourrait se poursuivre jusqu'à ce que la science de l'hypnose, ou notre compréhension de la mémoire humaine, aient progressé de façon notable.

Outre les critères que nous venons d'examiner, le juge Binnie a mentionné, dans *J.-L.J.*, l'importance de mesurer l'impact de la science nouvelle sur le déroulement du procès, et en particulier de déterminer si la valeur et l'utilité de la preuve l'emportent sur son coût potentiel en ce qui concerne les délais en résultant, le préjudice causé à l'accusé et la confusion créée chez le juge des faits. Pour cette raison, un juge doit, dans l'exercice de sa fonction de « gardien », examiner attentivement l'admissibilité de la preuve qui fait appel à une science nouvelle. Bien que les parties doivent pouvoir présenter la preuve la plus complète possible (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577), l'admissibilité d'un élément de preuve sera nécessairement limitée s'il risque de « fausser le processus de recherche des faits » (*J.-L.J.*, par. 29). Ces questions sont très pertinentes lorsqu'on a recours à l'hypnose, compte tenu de la controverse entourant l'utilisation de cette technique en criminalistique et la nécessité d'en expliquer les lacunes si jamais on y a recours.

c) *Le décalage entre Clark et J.-L.J.*

Lorsqu'on applique à l'hypnose les facteurs énoncés dans *J.-L.J.*, il devient évident que notre compréhension de cette science et de son effet sur la mémoire humaine n'est pas assez poussée pour

be sufficiently reliable to be used in a court of law. Although hypnosis has been the subject of numerous studies, these studies are either inconclusive or draw attention to the fact that hypnosis can, in certain circumstances, result in the distortion of memory. Perhaps most troubling is the potential rate of error in the additional information obtained through hypnosis when it is used for forensic purposes. At the present time, there is no way of knowing whether such information will be accurate or inaccurate. Such uncertainty is unacceptable in a court of law. Furthermore, while the *Clark* guidelines aid significantly in ensuring that the hypnotist and police make as few involuntary suggestions as possible, they afford no protection against external sources of influence or against the other problems associated with hypnosis, such as confabulation out of a desire to compensate for a lack of actual memory, an increase in detail without sufficient assurances that this new information will be accurate, and memory hardening.

In the instant case, for example, Ms. Haghnegahdar's two conversations with police prior to the hypnosis session (see the summary of the facts set out above) may have left her with a conscious or subconscious belief regarding the right answer to the question whether she saw the appellant on Wednesday or Thursday afternoon, even if the police sought in all good faith to avoid influencing her testimony. As Proulx J.A. noted in *Taillefer*, at p. 19, footnote 1, citing a 1984 article in the *Revue du Barreau*, a witness's unconscious desire to please can itself exert a subtle pressure on the witness under hypnosis:

[TRANSLATION] These persons, who are very motivated, generally want to help in the investigation. They have been questioned, often several times, without the desired information having been obtained. Only when faced with an impasse is hypnosis used. From the outset, these witnesses and victims have a good idea of what the police expect from them and what they should remember. They will be more attentive to any indication, or

que la fiabilité des témoignages posthypnotiques en permette l'utilisation devant les cours de justice. L'hypnose a fait l'objet de nombreuses études, mais soit ces études ne sont pas concluantes, soit elles font ressortir le fait que l'hypnose peut, dans certaines circonstances, entraîner une distorsion de la mémoire. L'élément sans doute le plus troublant, lorsqu'on l'utilise en criminalistique, est le taux potentiel d'inexactitude des renseignements additionnels obtenus par l'hypnose. Il n'existe présentement aucun moyen de savoir si ces renseignements sont exacts ou inexacts. Pareille incertitude est inacceptable dans une cour de justice. De plus, bien que les règles établies dans *Clark* contribuent de façon appréciable à ce que l'hypnologue et les policiers fassent le moins possible de suggestions involontaires, elles n'offrent aucune protection contre les sources externes d'influence, ni contre les autres risques associés à l'hypnose, tels que la fabulation découlant du désir de combler une mémoire lacunaire, la précision accrue des détails sans garantie suffisante de l'exactitude des nouveaux renseignements et le durcissement de la mémoire.

56 Dans le présent pourvoi, par exemple, les deux conversations que M^me^ Haghnegahdar a eues avec les policiers avant la séance d'hypnose (relatées précédemment dans le résumé des faits) peuvent l'avoir amenée à se faire, consciemment ou inconsciemment, une idée de la réponse attendue quant à savoir si elle avait vu l'appelant le mercredi ou le jeudi après-midi, même si les policiers se sont efforcés, en toute bonne foi, d'éviter d'influencer son témoignage. Comme l'a mentionné le juge Proulx dans *Taillefer*, par. 54, note 12, citant un article paru en 1984 dans la *Revue du Barreau*, le désir inconscient de plaire peut à lui seul exercer une pression subtile sur les témoins hypnotisés :

Ces derniers, très motivés, veulent généralement aider à la résolution de l'enquête. Ils ont souvent été questionnés plusieurs fois sans que l'information désirée ait été obtenue. Ce n'est en fait que confronté à une impasse que l'hypnose est utilisée. Au départ ces témoins et victimes ont donc une bonne idée de ce que les policiers attendent d'eux et de ce dont ils devraient se souvenir. Ils seront plus attentifs à tout indice, à tout signe qui

sign, which could pop up during their interaction with the person performing the hypnosis. If, in addition, the hypnotized person believes that everything that will be said under hypnosis is reliable (a belief shared by certain professionals and a large part of the public) then everything is in place for confabulation and the creation of pseudo-memory.

57 Because the *Clark* guidelines focus only on the actual hypnosis session, it may also be very difficult to determine whether improper suggestions occurred during other conversations with police officers or otherwise. For example, in *R. v. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481 (C.A.), the officer who drove the witness to the hypnotist's office may have had a copy of the *Toronto Sun* on the seat of his cruiser. The front page of that edition had a large photo of the accused and identified him as the prime suspect in the murder. During the hypnosis session, the witness described the accused. This case illustrates that the risks of tainting do not start with the hypnosis session and that the actual reliability is therefore difficult to establish.

58 Moreover, as Dr. Pollock testified at trial, it is unclear that the *Clark* guidelines can actually protect against outside influence. Dr. Matheson appeared to agree that the goal of *Clark* may be unattainable in stating that "in the real world of doing this work you can't totally avoid contamination. You can't avoid possible contact with other witnesses, the media, or police, or conversations with neighbours, and things like that" (A.R., at p. 557).

59 Finally, the *Clark* guidelines do not address the problems of confabulation and memory hardening, or the reality that hypnosis may compromise the right of cross-examination, thereby prejudicing an important instrument in the trial process. Experts appear to agree that neither the experts nor the individuals who have undergone hypnosis can distinguish confabulated memories from true memories. This is problematic for counsel cross-examining the witness at trial, since it will be impossible to challenge the witness on the

pourrait émerger de leur interaction avec l'hypnotiseur. Si de plus l'individu hypnotisé croit que tout ce qui sera dit pendant la séance hypnotique a un caractère véridique (croyance partagée par certains professionnels et une grande partie du public) alors tout est en place pour qu'il y ait fabulation et création de pseudo-souvenirs.

Comme les lignes directrices établies dans *Clark* ne visent que la séance d'hypnose proprement dite, il peut aussi être très difficile de déterminer s'il y a eu suggestion au cours de conversations avec les policiers ou à d'autres occasions. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481 (C.A.), il se peut qu'un exemplaire du *Toronto Sun* se soit trouvé sur la banquette arrière de la voiture du policier qui a conduit le témoin au bureau de l'hypnologue. À la une de cette édition figurait une grande photo de l'accusé et le journal le qualifiait de principal suspect du meurtre. Pendant la séance d'hypnose, le témoin a décrit l'accusé. Cette cause démontre que les risques de contamination ne commencent pas avec la séance d'hypnose et qu'il est, par conséquent, difficile de déterminer si la preuve est réellement fiable.

En outre, ainsi que M. Pollock l'a déclaré au procès, il n'est pas sûr que les lignes directrices établies dans *Clark* protègent la mémoire des influences extérieures. M. Matheson a semblé convenir que l'objectif visé dans *Clark* pouvait être inaccessible, déclarant que [TRADUCTION] « concrètement, dans notre travail, on ne peut pas éviter complètement toute contamination. On ne peut pas empêcher les contacts possibles avec d'autres témoins, les médias ou les policiers, ni les conversations entre voisins, etc. » (d.a., p. 557).

Enfin, les lignes directrices établies dans *Clark* ne règlent pas les problèmes de la fabulation ou du durcissement de la mémoire, ni le fait que l'hypnose risque de compromettre le droit de contre-interroger, portant ainsi atteinte à un instrument important du processus judiciaire. Les experts semblent reconnaître que ni eux, ni les personnes hypnotisées, ne sont en mesure de faire la distinction entre les souvenirs imaginés et les souvenirs réels. D'où la difficulté de contre-interroger le témoin au procès, puisqu'il est impossible de contester la

veracity of his or her memory, except insofar as a post-hypnosis memory is inconsistent with a pre-hypnosis statement.

Of course, other independent evidence may assist jurors in determining whether evidence derived from hypnosis is reliable or not; for example, facts related while under hypnosis can be corroborated by other evidence or may be consistent with evidence given before the hypnosis session. However, if evidence whose reliability cannot really be tested is admitted and relied upon simply because it is consistent with other admissible evidence, the danger is that a web of consistent but unreliable evidence will lead to a (potentially wrongful) conviction. As a result, given our current understanding of hypnosis, the admission of post-hypnosis memories may render the right of cross-examination illusory, thereby undermining a key aspect of the adversarial process.

In sum, it is evident, based on the scientific evidence on record, that post-hypnosis testimony does not satisfy the test for admissibility set out in *J.-L.J.* While hypnosis has been the subject of extensive study and peer review, much of the literature is inconclusive or highly contradictory regarding the reliability of the science in the judicial context. Unless a litigant reverses the presumption on the basis of the factors set out in *J.-L.J.*, post-hypnosis testimony should not be admitted in evidence.

(d) *Limited Use of Testimony Given by a Witness Who Has Undergone Hypnosis*

Some novel scientific techniques, such as polygraph examinations, that are inadmissible for evidentiary purposes may nevertheless continue to be useful for the investigation of offences. For example, while concerns about oath helping, character evidence and delay may prevent the use of polygraph results in court, these concerns do not preclude police officers from administering polygraph

véracité de ses souvenirs, sauf dans la mesure où les souvenirs posthypnotiques sont incompatibles avec une déclaration qu'il aurait faite antérieurement.

60 Il va de soi que les jurés peuvent s'appuyer sur une autre preuve indépendante afin de déterminer si le témoignage résultant de l'hypnose est fiable ou non; par exemple, les faits relatés sous hypnose peuvent être corroborés par une autre preuve ou concorder avec une déposition faite préalablement à l'hypnose. Toutefois, si l'on admet et prend en considération un témoignage, dont la fiabilité ne peut pas vraiment être vérifiée, simplement parce qu'il est compatible avec une autre preuve admissible, on risque d'obtenir un tissu de preuves compatibles, mais peu fiables, qui mènera à une déclaration de culpabilité (potentiellement injustifiée). Par conséquent, vu notre compréhension actuelle de l'hypnose, l'admission de souvenirs posthypnotiques peut rendre illusoire le droit de contre-interroger et porter ainsi atteinte à un aspect essentiel du processus contradictoire.

61 Bref, à la lumière de la preuve scientifique versée au dossier, il est évident que les témoignages posthypnotiques ne satisfont pas au critère d'admissibilité établi dans *J.-L.J.* Bien que l'hypnose ait fait l'objet d'un grand nombre d'études et de commentaires par des pairs, beaucoup de ces documents sont non concluants ou très contradictoires quant à la fiabilité de cette science dans le contexte judiciaire. Tant qu'une partie n'a pas réfuté la présomption selon les facteurs énumérés dans *J.-L.J.*, le témoignage posthypnotique ne doit pas être admis en preuve.

d) *L'utilisation limitée de la déposition d'un témoin qui a été soumis à l'hypnose*

62 Certaines méthodes scientifiques nouvelles inadmissibles pour l'établissement de la preuve — notamment les tests polygraphiques — peuvent néanmoins toujours être utiles à l'enquête sur une infraction. À titre d'exemple, si les préoccupations relatives au témoignage justificatif, à la preuve de moralité et aux retards justifient de ne pas admettre la présentation des résultats d'un test polygraphique

tests as an investigative tool: *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398.

63 The inadmissibility of post-hypnosis testimony does not mean that hypnosis may not be used for other purposes. However, investigators must be conscious of the potential consequences of hypnotizing a witness.

64 A trial judge may have to rule on a request to allow a witness to testify on topics in respect of which questions were *not* asked during the hypnosis session. The judge must then balance the risks inherent in the use of hypnosis against the search for truth. Although this testimony may be tainted by post-hypnosis memories and although the cross-examination of the witness may be impaired, the judge may be satisfied that the detrimental effects are outweighed by the probative value of the testimony. In such a case, the trial judge may consider it appropriate to allow evidence on topics that were not touched on during the hypnosis session to be put to the jury. However, if the judge considers that the evidence is so important that it has to be put to the jurors despite its potential shortcomings, those shortcomings have to be mentioned. The judge must then give proper instructions to the jury concerning the effect of hypnosis on the weight of the testimony. The rationale for requiring specific instructions even though a topic was not touched on in the session is that the impact of hypnosis on testimony is not limited to post-hypnosis recollection and that testimony on the topic in question is accordingly likely to affect the jury's assessment of the witness's testimony.

65 Where evidence on topics covered during the hypnosis session is concerned, however, the trial judge should not admit it even if the witness did not change his or her testimony while under hypnosis. In my view, it would be inconsistent with the inadmissibility rule to allow those parts of the testimony, since they are tainted by the inherent shortcomings of the technique of hypnosis. Moreover, it would seem risky to take it for granted that the testimony

devant les tribunaux, elles n'empêchent pas les policiers d'administrer ce test pour faire progresser l'enquête : *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398.

Malgré l'inadmissibilité en preuve des témoignages posthypnotiques, l'hypnose peut être utilisée dans d'autres contextes. Les enquêteurs doivent toutefois être conscients des conséquences possibles du fait de soumettre un témoin à une séance d'hypnose.

Le juge du procès peut être appelé à décider si un témoin doit être autorisé à témoigner sur des sujets sur lesquels il *n'*a *pas* été questionné pendant la séance d'hypnose. Il doit alors trouver un équilibre entre les risques inhérents à l'utilisation de l'hypnose et la recherche de la vérité. En dépit des possibilités de contamination d'un tel témoignage par les souvenirs posthypnotiques et d'entrave au contre-interrogatoire, le juge peut être convaincu que la valeur probante de ce témoignage l'emporte sur ses effets préjudiciables. Dans ce cas, le juge du procès peut juger bon de permettre au jury de recevoir le témoignage sur les sujets qui n'ont pas été abordés au cours de la séance d'hypnose. Cependant, si le juge du procès estime que la preuve est importante au point de la soumettre aux jurés malgré ses faiblesses potentielles, ces faiblesses doivent être soulignées. Le juge doit donc donner au jury des directives appropriées concernant l'effet de l'hypnose sur le poids à accorder au témoignage. Des directives spécifiques sont nécessaires, même si un sujet n'a pas été abordé lors de la séance d'hypnose, parce que l'incidence de l'hypnose sur le témoignage ne se limite pas aux souvenirs posthypnotiques et le témoignage sur le sujet en cause risque donc d'influencer l'appréciation de la déposition du témoin par le jury.

Le juge du procès ne doit cependant pas admettre la preuve portant sur des sujets abordés pendant la séance d'hypnose, même si le témoin ne modifie pas son témoignage sous hypnose. Il serait, selon moi, incompatible avec la règle d'inadmissibilité d'admettre ces parties du témoignage puisqu'elles sont marquées par les faiblesses inhérentes à la technique de l'hypnose. De plus, il me paraît risqué de tenir pour acquis que le témoignage au procès sera

at trial will be limited to pre-hypnosis memories. Indeed, the possibility that examination or cross-examination at trial will prompt answers more detailed than the recorded pre-hypnosis memories should not be underestimated. For example, let us assume that an accident victim tells police that, although she is not sure, she thinks it was a red car that hit her late at night. In an attempt to attain greater certainty, the police arrange for the victim to undergo hypnosis, and while hypnotized, she confirms that the car was red. At trial, a lawyer explores the matter further and she adds the make, model and year of the vehicle. It would in such a case be impossible to know whether the additional details were related to pre- or post-hypnosis recollection, and therefore whether they were accurate or inaccurate. Thus, in addition to concerns about memory hardening and the impairment of cross-examination, there is also the possibility that a witness will recall additional details whose accuracy is suspect.

The overriding problem is that testimony on topics covered in a hypnosis session will be tainted. It will not cease to be tainted merely because it is consistent with a pre-hypnosis statement. Indeed, as Professor Shaw states (at p. 76), "Determining the extent of the witness's prehypnotic recollection as well as the extent to which memory hardening has occurred may be difficult to ascertain with precision." Given the present understanding of memory, the risk of triers of fact being exposed to inadmissible statements appears to me to be too high to consider sidestepping the rule.

(e) *Conclusion on Hypnosis*

The admission of Ms. Haghnegahdar's post-hypnosis testimony constitutes an error of law. A further complication in this case needs to be mentioned. As a result of the agreement entered into by the parties, defence counsel did not cross-examine Ms. Haghnegahdar about her pre-hypnosis statements and the jury was not informed that the witness had undergone hypnosis. I do not doubt that this agreement came about because defence counsel wished

limité aux souvenirs préhypnotiques. On ne devrait en effet pas sous-estimer la possibilité que l'interrogatoire principal ou le contre-interrogatoire fassent surgir des réponses qui vont au-delà des souvenirs préhypnotiques enregistrés. Supposons par exemple que la victime d'un accident dise aux policiers, avant d'être soumise à l'hypnose, qu'elle pense, sans en être sûre, que l'automobile qui l'a frappée tard le soir était rouge. Pour plus de certitude, les policiers organisent une séance d'hypnose au cours de laquelle la victime confirme qu'il s'agissait d'une automobile rouge. Au procès, l'avocat approfondit la question et elle précise la marque, le modèle et l'année du véhicule. Il sera impossible de déterminer si ces détails additionnels sont liés à ses souvenirs préhypnotiques ou posthypnotiques et, par conséquent, s'ils sont exacts ou inexacts. Outre les problèmes de durcissement de la mémoire et d'atteinte au droit de contre-interroger, il est possible que le témoin se rappelle des détails additionnels dont l'exactitude est douteuse.

66 Le problème fondamental tient au fait que le témoignage sur les sujets abordés au cours d'une séance d'hypnose sont contaminés. Ils ne sont pas moins contaminés du simple fait qu'ils concordent avec les souvenirs préhypnotiques. En fait, comme l'affirme le professeur Shaw, à la p. 76 : [TRADUCTION] « Il peut être difficile de déterminer avec précision où s'arrêtent les souvenirs préhypnotiques d'un témoin et dans quelle mesure il y a eu durcissement de la mémoire. » Compte tenu de l'état des connaissances sur la mémoire, j'estime que le risque que le juge des faits soit exposé à des déclarations inadmissibles me semble trop grand pour envisager d'outrepasser la règle de l'inadmissibilité.

e) *Conclusion sur l'hypnose*

67 L'admission du témoignage posthypnotique de M^me^ Haghnegahdar constitue une erreur de droit. Une autre complication mérite d'être soulignée en l'espèce. À la suite de l'entente intervenue entre les parties, l'avocat de la défense n'a pas contre-interrogé M^me^ Haghnegahdar sur les déclarations qu'elle avait faites avant la séance d'hypnose et le jury n'a pas été informé du fait qu'elle avait été soumise à l'hypnose. Je ne doute pas que cette entente

to minimize the risk that the jury would give undue weight to the witness's testimony if it was informed that she had undergone hypnosis. However, the fact remains that the jury was left without the proper evidentiary basis on which to assess the accuracy of the witness's testimony. The prejudice caused by the absence of cross-examination was exacerbated by Crown counsel's closing remarks:

> Gity Haghnegahdar also testified that she saw the accused that same afternoon. Gity was certain that it was Wednesday, October 14, 1992, not some other Wednesday, and she was one hundred percent sure that it was the accused. Mr. Lynch was unable to shake her on that in cross-examination. She knew what week it was, she knew what day it was, she knew what time it was.
>
> . . .
>
> Gity was sure of her evidence on these issues, and let's not forget she was interviewed that very week by the police, so the events were still fresh in her mind. It is not a case of someone who is interviewed months afterwards and asked to try to recall events. She is interviewed that very week. [Emphasis added.]

Since Crown counsel knew both that Ms. Haghnegahdar had in fact changed her statement regarding the day she saw the appellant and that defence counsel was effectively prevented from cross-examining Ms. Haghnegahdar on the inconsistency between her pre- and post-hypnosis memories, it was unseemly for Crown counsel to characterize Ms. Haghnegahdar's testimony as being unshaken.

68 Other grounds have also been raised by the appellant, but only one of them must be considered in the present appeal: the admission of what is characterized as "similar fact" evidence.

B. *Similar Fact Evidence*

(1) Summary of Facts on the Issue of Similar Fact Evidence

69 At trial, Ms. Haghnegahdar testified that she had heard someone banging on the victim's apartment

découle du désir de l'avocat de la défense de réduire au minimum le risque que le jury accorde un trop grand poids au témoignage de M^me^ Haghnegahdar si on lui révélait qu'elle a été soumise à l'hypnose. Il demeure toutefois que le jury ne disposait pas de la preuve voulue pour évaluer l'exactitude de son témoignage. Le préjudice causé par l'absence de contre-interrogatoire a été amplifié par les observations finales de l'avocat de la poursuite :

> [TRADUCTION] Gity Haghnegahdar a aussi déclaré qu'elle avait vu l'accusé au cours du même après-midi. Gity était certaine que c'était le mercredi 14 octobre 1992, non pas un autre mercredi, et elle était sûre à cent pour cent qu'il s'agissait de l'accusé. M. Lynch n'a pas réussi à l'ébranler à ce sujet en contre-interrogatoire. Elle savait quelle semaine c'était, quel jour c'était et à quelle heure c'était.
>
> . . .
>
> Gity était sûre de son témoignage sur ces questions, et n'oublions pas qu'elle a été interrogée au cours de la même semaine par les policiers, les événements étaient donc encore frais à sa mémoire. Il ne s'agit pas d'une personne qui est interrogée après des mois et à qui on demande d'essayer de se rappeler des événements. Elle a été interrogée au cours de cette même semaine. [Je souligne.]

L'avocat de la poursuite, qui savait que M^me^ Haghnegahdar avait en fait modifié sa déclaration concernant le jour où elle avait vu l'appelant, et que l'avocat de la défense ne pouvait pas la contre-interroger sur les contradictions entre ses souvenirs antérieurs et postérieurs à la séance d'hypnose, n'a pas agi correctement en affirmant que le témoignage de M^me^ Haghnegahdar était inébranlable.

L'appelant a fait valoir d'autres moyens, mais l'examen d'un seul suffira : l'admission de la prétendue preuve de « faits similaires ».

B. *Preuve de faits similaires*

(1) Résumé des faits concernant la preuve de faits similaires

Au procès, M^me^ Haghnegahdar a témoigné avoir entendu quelqu'un frapper à grands coups à la porte

door the night of the murder. Given the timing, this person was likely the murderer. In support of its theory that the person who banged on the door was Mr. Trochym, the Crown was permitted to call Darlene Oliphant, a former girlfriend of the appellant's, to testify. Ms. Oliphant testified that when she had asked the accused to move out of her apartment at the end of a seven-year relationship, he had done so, but had returned late that night, or early the next morning, and banged at her door, yelling profanities.

(2) Decisions of the Courts Below on the Similar Fact Evidence Issue

On the admissibility of Darlene Oliphant's testimony that the accused had banged on her door after she had broken off their relationship, the trial judge ruled that this "similar fact" evidence should be admitted because the probative value was high and outweighed any prejudicial effect. While the rest of Ms. Oliphant's evidence of the prior relationship was not sufficiently relevant to the issue before the court, the trial judge concluded that the evidence that the accused had banged on the door was circumstantially relevant to the issue of identity because it showed "a pattern of violent behaviour engaged in by the accused when rejected by a girlfriend following a serious relationship" (Court of Appeal reasons, at para. 44).

On appeal, the Ontario Court of Appeal rejected the appellant's challenge to the admission of Darlene Oliphant's testimony and upheld the trial judge's finding that the probative value of this "similar fact" evidence outweighed its prejudicial effect. MacPherson J.A. held that this decision was entitled to considerable deference and that, although the trial judge did not have the benefit of this Court's decisions in *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, and *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, "the trial judge's reasoning is faithful to those decisions and his conclusion is well within their parameters"

de l'appartement de la victime la nuit du meurtre. Vu le moment où cet incident est survenu, il s'agissait probablement du meurtrier. Pour étayer sa thèse voulant que la personne qui a frappé à la porte soit M. Trochym, le ministère public a été autorisé à citer comme témoin une ancienne petite amie de l'appelant, Darlene Oliphant. M^me^ Oliphant a déclaré que, le jour où elle a demandé à l'accusé de quitter son appartement au terme d'une relation qui a duré sept ans, l'accusé est parti, mais il est revenu en fin de soirée ou le lendemain matin pour frapper à grands coups à sa porte en jurant à tue-tête.

(2) Décisions des juridictions inférieures sur la preuve de faits similaires

70 En ce qui concerne la recevabilité du témoignage de Darlene Oliphant portant que l'accusé avait frappé à sa porte à grands coups après qu'elle eut mis un terme à leur relation, le juge du procès a conclu qu'il fallait admettre cette preuve de « faits similaires » parce que sa valeur probante était grande et l'emportait sur ses effets préjudiciables. Estimant que le reste du témoignage de M^me^ Oliphant au sujet de sa relation antérieure ne présentait pas assez d'intérêt pour la question dont la cour était saisie, le juge du procès a quand même conclu que la preuve que l'accusé avait cogné à grands coups à la porte était pertinent d'un point de vue circonstanciel quant à la question de l'identité parce qu'il démontrait [TRADUCTION] « une tendance, chez l'accusé, à manifester un comportement violent lorsqu'il est rejeté par une petite amie avec qui il a eu une relation sérieuse » (motifs de la Cour d'appel, par. 44).

71 En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la demande de l'appelant qui contestait l'admission du témoignage de Darlene Oliphant et a confirmé la conclusion du juge de première instance voulant que la valeur probante de cette preuve de « faits similaires » l'emporte sur ses effets préjudiciables. Le juge MacPherson a conclu que cette décision devait bénéficier d'un haut degré de déférence et que, même si le juge du procès ne disposait pas des arrêts de notre Cour dans *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, et *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, [TRADUCTION] « le raisonnement

(para. 47). Finally, MacPherson J.A. expressed the view that, although Crown counsel had strayed to some extent in his closing address from the limited purpose for which the evidence had been admitted, the trial judge had corrected these transgressions by reinforcing, in his "clear and accurate charge", the use to which the evidence could be put: to establish the identity of the person who had knocked on the door, but *not* to draw the inference that the appellant was a person of bad character and thus more likely to have committed the murder (para. 48).

(3) Analysis on the Similar Fact Evidence Issue

72 In *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 735, it was established that where the Crown seeks to adduce evidence of a morally repugnant act committed by an accused, the probative value of the evidence must be high enough to outweigh its potential prejudicial effect. Cory J. stated the following in *Arp*, at para. 48:

> [W]here similar fact evidence is adduced to prove a fact in issue, in order to be admissible, the trial judge should evaluate the degree of similarity of the alleged acts and decide whether the objective improbability of coincidence has been established. Only then will the evidence have sufficient probative value to be admitted. [Emphasis added.]

Moreover, the balance between probative value and prejudicial effect can be assessed only "in light of the purpose for which the evidence is proffered" (*Handy*, at para. 69 (emphasis deleted)).

73 In the present case, the purpose of the evidence was to establish the identity of the person who had knocked on Ms. Hunter's door late at night. Identifying the appellant as the person who had done so was of pivotal importance to establishing that he was the murderer.

74 The admission of Ms. Oliphant's evidence is highly problematic given the generic quality of the acts. In *Handy*, Binnie J. (at para. 82) identified a number of factors that have been held to

du juge du procès est fidèle à ces décisions et sa conclusion n'outrepasse en rien leur portée » : par. 47. Enfin, le juge MacPherson a estimé qu'en prononçant sa plaidoirie finale, l'avocat du ministère public s'était quelque peu éloigné de la fin restreinte pour laquelle la preuve avait été autorisée, mais que le juge du procès avait corrigé cette irrégularité en réitérant dans son « exposé clair et précis » quelle utilisation pouvait être faite de cette preuve : elle pouvait servir à établir l'identité de la personne qui avait frappé à la porte, mais *non* à conclure que l'appelant était une personne de mauvaise moralité et qu'il était donc plus susceptible d'avoir commis le meurtre (par. 48).

(3) Analyse de la preuve de faits similaires

Dans *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 735, il a été établi que lorsque le ministère public cherche à présenter la preuve d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, la valeur probante de cette preuve doit être assez grande pour l'emporter sur son effet préjudiciable. Comme l'a statué le juge Cory dans *Arp*, par. 48 :

> [L]orsqu'une preuve de faits similaires est produite pour prouver un fait en litige, pour décider de son admissibilité le juge du procès doit apprécier le degré de similitude des faits reprochés et déterminer si l'improbabilité objective d'une coïncidence a été établie. Ce n'est que dans ce cas que la preuve aura une valeur probante suffisante pour être admissible. [Je souligne.]

En outre, l'appréciation de la valeur probante par rapport à l'effet préjudiciable ne peut se faire « qu'en fonction de la fin à laquelle [la preuve] est produite » (*Handy*, par. 69 (soulignement omis)).

En l'espèce, la preuve a été produite afin d'établir l'identité de la personne qui avait frappé à la porte de M^me^ Hunter très tard le soir. Il était fondamental de démontrer que cette personne était l'appelant pour établir qu'il était le meurtrier.

L'admission du témoignage de M^me^ Oliphant est très problématique étant donné la nature générale des actes en cause. Dans *Handy* (par. 82), le juge Binnie a énuméré plusieurs facteurs considérés

connect facts to similar circumstances, including:

(1) the extent to which the other acts are similar in detail to the charged conduct;

(2) the number of occurrences of the similar acts;

(3) the circumstances surrounding or relating to the similar acts; and

(4) any distinctive feature(s) unifying the incidents.

Although *Handy* was decided after the trial in the case at bar, MacPherson J.A. concluded that the trial judge's reasoning was faithful to *Handy* and that his conclusions were well within its parameters. With respect, I disagree.

The trial judge stated that the evidence "is admissible to show a pattern of emotional involvement which, when followed by rejection, turns to violence. Or, to put it another way, specifically it is evidence that the Oliphant relationship can show a pattern of violent behaviour engaged in by the accused when rejected by a girlfriend following a serious relationship" (Court of Appeal reasons, at para. 44 (emphasis added)). With respect, it would be rare for a single incident to evidence a "pattern". A pattern is observed only if it is assumed that it was in fact the appellant who banged on the deceased's door the night of the murder. Moreover, banging on a door cannot be characterized as "distinct" or "unique" conduct that is somehow identifiable with a particular accused. The fact that the accused had in the past knocked on an ex-girlfriend's door can hardly be said to support the inference that he was the person who knocked on the door in this instance. On the identity issue, this evidence had little, if any, probative value.

Not only did this evidence lack probative value, but it was also highly prejudicial, particularly in

comme reliant les faits à des circonstances similaires, notamment :

(1) la mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans leurs moindres détails à la conduite reprochée;

(2) la fréquence des actes similaires;

(3) les circonstances entourant les actes similaires ou s'y rapportant;

(4) tout trait distinctif commun aux épisodes.

Bien que l'arrêt *Handy* ait été prononcé après la tenue du procès en l'espèce, le juge MacPherson a conclu que le raisonnement suivi par le juge du procès était fidèle à *Handy* et que ses conclusions n'en outrepassaient en rien la portée. Je ne suis pas d'accord.

75 Le juge du procès a affirmé que la preuve [TRADUCTION] « est admissible afin de montrer une tendance à s'engager émotionnellement qui, lorsque cet engagement est suivi d'un rejet, tourne à la violence. Autrement dit, il s'agit surtout d'une preuve que la relation avec M^me^ Oliphant peut démontrer une tendance, chez l'accusé, à manifester un comportement violent lorsqu'il est rejeté par une petite amie avec qui il a eu une relation sérieuse » (motifs de la Cour d'appel, par. 44 (je souligne)). En toute déférence, j'estime qu'il est rare qu'un incident isolé dénote une « tendance ». On ne constate cette tendance que si l'on présume que c'est effectivement l'appelant qui a frappé à grands coups à la porte de la défunte la nuit du meurtre. En outre, frapper à grands coups à une porte ne saurait être qualifié de comportement « distinct » ou « unique » qui peut être associé d'une certaine manière à un accusé donné. Le fait que l'accusé ait déjà frappé à grands coups à la porte d'une ancienne petite amie pourrait difficilement étayer l'inférence qu'il est celui qui a frappé à la porte en l'espèce. En ce qui concerne la question de l'identification, cette preuve n'a qu'une très faible, sinon aucune valeur probante.

76 En plus d'être dénuée de valeur probante, cette preuve était très préjudiciable, surtout en regard

light of how it was used by the Crown. Crown counsel referred to Darlene Oliphant's evidence in his closing statement. Noting that Ms. Oliphant, unlike the deceased, was "wise and chose not to open her door and let the accused in" when he banged on her door, Crown counsel made the following comment:

So we will never know exactly what would have happened to Darlene had she let the accused in and had she been alone at the time.

But I respectfully submit that the accused's angry comment to Darlene through the door that "you will never have anyone else," would seem to demonstrate that any encounter she might have had with the accused would not have been a peaceful one, as he was not handling the rejection at all well.

This comment strayed far from the purpose for which Ms. Oliphant's evidence had been introduced. The Crown's speculation regarding the possible outcome had Ms. Oliphant opened the door to Mr. Trochym was both highly prejudicial to the appellant and of doubtful relevance to his prosecution for the murder of Donna Hunter. The Crown's comment cannot be said to go to identifying the accused as the person who had knocked on the door.

77 The trial judge did not alleviate the prejudice. He instructed the jury that the similar facts showed "a pattern of violent behaviour engaged in by the accused when rejected by a girlfriend following a serious relationship" (Court of Appeal reasons, at para. 44 (emphasis added)). There was no evidence that the accused had committed violent acts against Ms. Oliphant. Adducing the evidence to show that the accused engages in violent behaviour is likely to have caused prejudice to the accused, since it went not to identifying him as the person who had knocked on the door, but to establishing that he is a "bad person", and would have caused the jury to be less critical of the evidence.

de la façon dont le ministère public l'a fait valoir. L'avocat du ministère public s'est reporté au témoignage de Darlene Oliphant dans ses observations finales. Soulignant que M^me^ Oliphant, contrairement à la victime, avait eu [TRADUCTION] « la sagesse de décider de ne pas ouvrir à l'accusé pour le laisser entrer » lorsqu'il avait frappé à sa porte à grands coups, le ministère public a fait les remarques suivantes :

[TRADUCTION] Nous ne saurons donc jamais exactement ce qu'il serait advenu de Darlene si elle avait laissé l'accusé entrer et si elle avait été seule à ce moment.

Je soutiens toutefois, en toute déférence, que les paroles qu'il a adressées rageusement à Darlene à travers la porte, soit « tu n'auras jamais personne d'autre », tendent à démontrer que leur rencontre ne se serait pas déroulée pacifiquement, car il n'acceptait vraiment pas d'être rejeté.

Ces remarques s'écartent de façon marquée de l'objectif dans lequel le témoignage de M^me^ Oliphant a été présenté au procès. Les suppositions du ministère public sur ce qui serait arrivé si M^me^ Oliphant avait ouvert la porte à M. Trochym étaient à la fois très préjudiciables à l'appelant et d'une pertinence douteuse quant à l'accusation portée contre lui pour le meurtre de Donna Hunter. On ne saurait dire que l'observation du ministère public visait à identifier l'accusé comme la personne qui avait frappé à la porte.

Le juge du procès n'a pas atténué ce préjudice. Dans ses directives au jury, il a affirmé que les faits similaires démontraient [TRADUCTION] « une tendance, chez l'accusé, à manifester un comportement violent lorsqu'il est rejeté par une petite amie avec qui il a eu une relation sérieuse » (motifs de la Cour d'appel, par. 44 (je souligne)). Rien n'indiquait que l'accusé avait été violent envers M^me^ Oliphant. La présentation de ce témoignage, dans le but de démontrer que l'accusé a un comportement violent, est susceptible de lui avoir causé préjudice puisqu'il ne servait pas à l'identifier comme la personne qui avait frappé à la porte, mais à le présenter comme une « mauvaise personne », ce qui amènerait le jury à ne pas faire preuve d'un sens critique aussi aigu dans son appréciation de la preuve.

In my view, the evidence of the appellant's alleged reaction to the prior breakup does not meet the objective test of "improbability of coincidence". The fact that the appellant had, on one previous occasion, banged on a girlfriend's door after their relationship ended is not sufficiently probative to outweigh the potential prejudicial effect of admitting that evidence for the purpose of identifying him as the killer. It was therefore an error of law to admit this evidence.

78 J'estime que la preuve relative à la réaction alléguée de l'appelant à sa rupture antérieure ne respecte pas le critère objectif de l'« improbabilité d'une coïncidence ». Le fait que l'appelant ait, à une seule autre occasion, frappé à grands coups à la porte d'une petite amie après la fin de leur relation n'a pas une valeur probante suffisante pour l'emporter sur l'effet préjudiciable que pourrait avoir l'admission de cette preuve en vue d'établir qu'il était le tueur. C'était donc une erreur de droit que d'admettre cette preuve.

C. *Other Grounds of Appeal*

On appeal, the appellant raised a number of other concerns. These included adverse inferences the Crown sought to adduce from the appellant's post-offence conduct, the treatment of the "alibi", the manner in which Crown counsel cross-examined the appellant, and comments made by Crown counsel in his closing comments to the jury. In view of my finding that the admission of the post-hypnosis testimony and similar fact evidence constituted serious errors of law, it is not necessary to address these concerns other than by recalling Rand J.'s warning in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at pp. 23-24:

> It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

Crown counsel are expected to present, fully and diligently, all the material facts that have evidentiary value, as well as all the proper inferences

C. *Les autres moyens d'appel*

79 En appel, l'appelant a soulevé plusieurs autres questions concernant notamment les conclusions défavorables que le ministère public aurait voulu voir tirées de son comportement après l'infraction, le traitement de son « alibi », la manière dont l'avocat du ministère public l'a contre-interrogé et les observations faites par l'avocat de la poursuite dans sa plaidoirie finale à l'intention du jury. Compte tenu de ma conclusion selon laquelle l'admission du témoignage posthypnotique et de la preuve de faits similaires constituait de graves erreurs de droit, il n'est pas nécessaire d'analyser ces autres moyens, si ce n'est pour rappeler la remarque formulée par le juge Rand dans *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 23-24 :

> [TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce qu'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

On s'attend de l'avocat de la poursuite qu'il présente avec diligence tous les faits substantiels qui ont une valeur probante, ainsi que toutes les inférences qui

that may reasonably be drawn from those facts. However, it is not the Crown's function "to persuade a jury to convict other than by reason": *R. v. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200 (Man. C.A.), at para. 59. Rhetorical techniques that distort the fact-finding process, and misleading and highly prejudicial statements, have no place in a criminal prosecution.

V. Conclusion and Application of the Curative Proviso

80 Pursuant to s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, an appellate court may dismiss an appeal where, even though the trial court has erred in law, no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. This provision reads as follows:

> **686.** (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal
>
> (*a*) may allow the appeal where it is of the opinion that
>
> . . .
>
> (ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or
>
> . . .
>
> (*b*) may dismiss the appeal where
>
> . . .
>
> (iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (*a*)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred . . .

81 In *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86, at para. 26, Arbour J., writing for the majority,

peuvent raisonnablement être tirées de ces faits. Toutefois, il n'appartient pas au ministère public de [TRADUCTION] « convaincre le jury de prononcer une déclaration de culpabilité sans fondement » : *R. c. Proctor* (1992), 11 C.R. (4th) 200 (C.A. Man.), par. 59. Les techniques rhétoriques qui faussent le processus de recherche des faits et les déclarations trompeuses et hautement préjudiciables n'ont pas leur place dans une poursuite pénale.

V. Conclusion et application de la disposition réparatrice

Le sous-alinéa 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* permet à la cour d'appel de rejeter l'appel dans le cas où, même si le juge du procès a commis une erreur de droit, aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. Voici ce que prévoit cette disposition :

> **686.** (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel :
>
> *a*) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas :
>
> . . .
>
> (ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,
>
> . . .
>
> *b*) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants :
>
> . . .
>
> (iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa *a*)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit . . .

Dans *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86, par. 26, la juge Arbour, s'exprimant au nom de

stated that "[t]here are essentially two classes of errors which have been identified by reviewing courts and which have led to a proper application of the proviso. The first category is that of so-called 'harmless errors', or errors of a minor nature having no impact on the verdict. The second category encompasses serious errors which would justify a new trial, but for the fact that the evidence adduced was seen as so overwhelming that the reviewing court concludes that there was no substantial wrong or miscarriage of justice." With respect to serious errors, Arbour J. (at para. 31) cited Sopinka J. in *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 916, in support of the proposition that the proviso is applicable only if "the evidence is so overwhelming that a trier of fact would inevitably convict. In such circumstances, depriving the accused of a proper trial is justified on the ground that the deprivation is minimal when the invariable result would be another conviction."

la majorité, a expliqué que « [l]es cours d'appel ont relevé essentiellement deux catégories d'erreurs qui enclenchent, à bon droit, l'application de la disposition réparatrice. La première catégorie est celle des erreurs dites "erreurs inoffensives", ou des erreurs négligeables qui n'ont aucune incidence sur le verdict. La seconde catégorie englobe de graves erreurs qui justifieraient la tenue d'un nouveau procès, si ce n'était que la cour d'appel juge la preuve présentée accablante au point de conclure qu'aucun tort important ni erreur judiciaire grave ne s'est produit. » En ce qui concerne les erreurs graves, la juge Arbour cite, au par. 31, le juge Sopinka dans *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, p. 916, pour préciser que la disposition réparatrice s'applique uniquement si « la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Dans ce cas, il est justifié de priver l'accusé d'un procès régulier puisque cette privation est minime lorsque le résultat serait forcément une autre déclaration de culpabilité. »

The instant case is one that falls squarely within the second category of serious errors that will justify a new trial unless the properly adduced evidence is so overwhelming that a conviction is inevitable, or would invariably result. This standard should not be equated with the ordinary standard in a criminal trial of proof beyond a reasonable doubt. The application of the proviso to serious errors reflects a higher standard appropriate to appellate review. The standard applied by an appellate court, namely that the evidence against an accused is so overwhelming that conviction is inevitable or would invariably result, is a substantially higher one than the requirement that the Crown prove its case "beyond a reasonable doubt" at trial. This higher standard reflects the fact that it is difficult for an appellate court, in particular when considering a jury trial, since no detailed findings of fact will have been made, to consider retroactively the effect that, for example, excluding certain evidence could reasonably have had on the outcome.

82

L'affaire qui nous est soumise appartient nettement à la seconde catégorie, soit celle des erreurs graves qui justifieront la tenue d'un nouveau procès, à moins que la preuve produite soit à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée. Cette norme ne doit pas être assimilée à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable qui s'applique ordinairement dans un procès criminel. L'application de la disposition réparatrice aux erreurs graves répond à une norme plus rigoureuse, appropriée à une procédure d'appel. La norme que la juridiction d'appel doit utiliser, savoir déterminer si la preuve contre un accusé est à ce point accablante qu'une déclaration de culpabilité est inévitable ou serait forcément prononcée, est beaucoup plus élevée que celle voulant que le ministère public prouve ses allégations « hors de tout doute raisonnable » lors du procès. Cette norme plus élevée tient compte du fait qu'il est difficile pour une juridiction d'appel, surtout dans le cas d'un procès avec jury où elle ne dispose pas de conclusions détaillées sur les faits, de déterminer rétroactivement quel effet, par exemple, l'exclusion de certains éléments de preuve aurait raisonnablement pu avoir sur l'issue du procès.

83 In the case at bar, I have found that the evidence used to convict the accused of second degree murder included two important items that should never have been put before the jury. The question of the application of the curative proviso is one that is easily answered in the negative. This is not a case where I can conclude that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the errors not been made. The post-hypnosis evidence, considered critical by the Crown and characterized as significant by the judge, has to be excluded. The similar fact evidence must also be excluded. Once those two pieces of evidence are withdrawn, it cannot be said that the remaining evidence "is so overwhelming that [the] trier of fact would inevitably convict".

84 I would therefore allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

85 CHARRON J. — I agree with my colleague, Deschamps J., about the disposition of this appeal for the reasons she gives, except for the limits she places on the use of the testimony of a witness who has undergone hypnosis, as explained in para. 64 of her reasons.

86 First, my colleague would admit in evidence only those parts of the testimony that were not subject to questions during the hypnosis session and only when the trial judge is satisfied that any detrimental effects resulting from the hypnosis are overcome by the probative value of the testimony. Second, my colleague would make it mandatory in all such cases that special instructions be given to the jury concerning the effect of hypnosis on the weight of the testimony.

87 I agree that those parts of the testimony of a witness who has undergone hypnosis that were *not* the subject-matter of the hypnosis can be admitted. For example, if a complainant, who alleges that she was sexually assaulted by an assailant she cannot

En l'espèce, la preuve à partir de laquelle l'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré comportait deux éléments importants qui, à mon avis, n'auraient jamais dû être soumis au jury. On arrive donc aisément à la conclusion que la disposition réparatrice ne peut être appliquée. Il ne s'agit pas d'un cas qui permet de conclure à l'absence de possibilité raisonnable que le verdict eut été différent sans les erreurs qui ont été commises. Le témoignage posthypnotique, que le ministère public considérait crucial et que le juge a qualifié d'important, doit être exclu. La preuve de faits similaires doit aussi être exclue. Une fois ces deux éléments de preuve supprimés, on ne saurait affirmer que la preuve restante est « à ce point accablante » qu'il faille conclure « que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité ».

Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CHARRON — Je suis d'accord avec ma collègue, la juge Deschamps, quant à l'issue du pourvoi et je souscris à ses motifs, sauf en ce qui concerne les limites qu'elle impose, au par. 64, au témoignage d'une personne qui a été soumise à l'hypnose.

Premièrement, ma collègue est d'avis que seules les parties du témoignage sur lesquelles le sujet n'a pas été questionné au cours de la séance d'hypnose soient admises en preuve, et ce à condition que le juge du procès soit convaincu que la valeur probante du témoignage l'emporte sur les effets préjudiciables de l'hypnose. Deuxièmement, ma collègue estime que le jury doit obligatoirement, en pareil cas, recevoir des directives spécifiques concernant l'effet de l'hypnose sur le poids à accorder au témoignage.

Je suis d'accord pour dire que les parties de la déposition d'un témoin soumis à l'hypnose qui portent sur des questions qui *n'*ont *pas* été abordées lors de la séance d'hypnose peuvent être admises en preuve. Par exemple, lorsqu'une plaignante qui

identify, is questioned under hypnosis about the identity of her assailant, her testimony about the assault should be admissible in the usual way. In my view, there is no good reason to exclude her testimony about the assault. Hence, in such cases, it would not be necessary for the proponent of the evidence to show that the detrimental effects of the hypnosis are overcome by the probative value of the testimony.

In addition, it is my view that the trial judge should have the discretion to admit post-hypnosis testimony when the proposed testimony is shown, usually by means of a pre-hypnosis statement made by the witness, to be entirely based on the witness's pre-hypnosis memories. To take my previous example, if the complainant gave a pre-hypnosis statement describing her assailant as a white, heavy-set man and she still maintains that memory following the hypnosis, it should be open to the trial judge to admit the testimony about the identity of the assailant if the trial judge is satisfied that any detrimental effect resulting from the hypnosis is overcome by the probative value of the evidence. I appreciate that there may nonetheless be lingering detrimental effects flowing from the hypnosis, such as memory hardening, as described by my colleague. However, it is my view that proof of the consistent pre-hypnosis statement can constitute sufficient rehabilitation of the witness to warrant admission of the testimony. In my respectful view, the approach adopted by my colleague overshoots the underlying purpose for excluding post-hypnotic memories.

Finally, in all cases where the testimony of a witness who has undergone hypnosis is admitted in accordance with these reasons, I would leave it to the discretion of the trial judge to determine in the circumstances of the particular case whether expert evidence is necessary to explain those effects and whether any special instruction is called for to assist the jury in its assessment of the evidence.

allègue avoir été victime d'une agression sexuelle, mais ne peut identifier son agresseur, est interrogée sous hypnose sur l'identité de celui-ci, son témoignage concernant l'agression même devrait être admissible selon les règles habituelles. À mon avis, aucun motif valable ne justifie l'exclusion de son témoignage sur l'agression. Par conséquent, en pareil cas, cette preuve devrait pouvoir être présentée sans qu'il soit nécessaire de démontrer que sa valeur probante l'emporte sur les effets préjudiciables de l'hypnose.

88 De plus, selon moi, le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'admettre la déposition posthypnotique d'un témoin lorsqu'il est établi — habituellement par une déclaration faite par le témoin avant la séance d'hypnose — qu'elle repose entièrement sur ses souvenirs préhypnotiques. Pour reprendre l'exemple de la plaignante mentionnée précédemment, si elle a décrit son agresseur comme un homme blanc, costaud, avant la séance d'hypnose et qu'elle en garde le même souvenir après la séance d'hypnose, le juge du procès devrait pouvoir admettre son témoignage sur l'identité de l'agresseur s'il est convaincu que la valeur probante de ce témoignage l'emporte sur tout effet préjudiciable résultant de l'hypnose. Je reconnais que certains effets préjudiciables de l'hypnose peuvent quand même subsister, tel le durcissement de la mémoire, comme le décrit ma collègue. Je suis toutefois d'avis que la preuve d'une déclaration compatible antérieure à la séance d'hypnose peut rétablir suffisamment la crédibilité du témoin pour justifier l'admission de son témoignage. J'estime, en toute déférence, que la solution adoptée par ma collègue dépasse l'objectif visé par l'exclusion des souvenirs posthypnotiques.

89 Enfin, dans tous les cas où le témoignage d'une personne qui a été soumise à l'hypnose est admis en preuve conformément aux présents motifs, je suis d'avis qu'il devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de décider, compte tenu des circonstances propres à l'espèce, s'il est nécessaire d'entendre les explications d'un expert sur les effets de l'hypnose et s'il y a lieu de donner des instructions spéciales au jury pour l'aider à apprécier la preuve.

90 In other respects, I agree with my colleague.

The reasons of Bastarache, Abella and Rothstein JJ. were delivered by

91 BASTARACHE J. (dissenting) — Stephen Trochym was convicted, after a 14-week trial, by judge and jury, for the second degree murder of Donna Hunter. The Crown led a strong case against the accused, calling over 40 witnesses. The appellant contests the admission of several pieces of evidence and alleges Crown improprieties in the conduct of its case. Except for the similar fact evidence of Darlene Oliphant, I find no error on the part of the trial judge for admitting the evidence in issue, nor do I find the Crown's conduct to have been problematic. I do not find the admission of post-hypnosis testimony to have been problematic in this case. Most importantly, I conclude that the evidence against Mr. Trochym was so overwhelming as to permit the application of the curative proviso. In this respect, I find it necessary to set out the facts in far more detail than does my colleague Justice Deschamps.

1. Facts

92 Donna Hunter's body was found in her apartment around 11:00 p.m. on October 16, 1992. A concerned friend, who had tried to reach Ms. Hunter several times by phone in the preceding days only to realize her phone was off the hook, contacted Ms. Hunter's superintendent. He suggested that she call the police, who immediately came to the scene. The door to the apartment was found unlocked and Ms. Hunter's body was found in a seated position on the floor, her back against her couch and head slumped upon the couch cushion. Her nightgown was positioned in such a way to reveal her breasts and underwear. She had been stabbed repeatedly in the throat with a knife, severing her jugular. There were numerous other wounds on her body as well. It was clear from the

Sur tous les autres points, je souscris aux motifs de ma collègue.

Version française des motifs des juges Bastarache, Abella et Rothstein rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — À l'issue d'un procès de 14 semaines devant un juge et un jury, Stephen Trochym a été déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de Donna Hunter. Le ministère public a présenté une preuve solide contre l'accusé, faisant entendre plus de 40 témoins. L'appelant conteste l'admission de plusieurs éléments de preuve et allègue que le ministère public a commis des irrégularités dans la conduite de l'affaire. J'estime que le juge du procès n'a commis aucune erreur en admettant les éléments de preuve en litige, à l'exception de la preuve de faits similaires offerte par Darlene Oliphant, et je ne vois non plus rien d'irrégulier dans la conduite du ministère public. Je suis d'avis que l'admission du témoignage posthypnotique ne posait pas problème en l'espèce. Mais surtout, je conclus que la preuve présentée contre M. Trochym était à ce point accablante qu'elle permet l'application de la disposition réparatrice. À cet égard, je crois nécessaire d'exposer les faits de façon beaucoup plus détaillée que ne l'a fait ma collègue, la juge Deschamps.

1. Les faits

On a découvert le corps de Donna Hunter dans son appartement vers 23 h le 16 octobre 1992. Une amie de M^me^ Hunter avait essayé de la joindre par téléphone à maintes reprises les jours précédents avant de se rendre compte que son téléphone était décroché. Inquiète, elle a communiqué avec le gérant de l'immeuble qui lui a conseillé d'appeler la police. Des policiers se sont immédiatement rendus sur place. À leur arrivée, la porte de l'appartement n'était pas fermée à clef et M^me^ Hunter était morte. Ils l'ont trouvée assise par terre, adossée contre le canapé, la tête affaissée sur un coussin. Sa chemise de nuit était placée de façon à dévoiler sa poitrine et ses sous-vêtements. Elle avait reçu plusieurs coups de couteau à la gorge et ses veines jugulaires avaient été sectionnées. Son corps portait de

state of decomposition of the body that Ms. Hunter had been dead for some time.

Police investigators placed the time of the murder between 1:00 a.m. and 5:20 a.m. on Wednesday, October 14, 1992. They also concluded that the body had been moved some 8 to 12 hours after the murder. Given the small amount of blood found on the floor by the body, and the great amount found soaked into the cushions of the couch, forensics concluded that Ms. Hunter was killed on the couch facing downwards. The lividity on the body (discolouration of skin where blood pools on account of the pull of gravity post-mortem) was also consistent with her body having been laying face down on the couch for the first 8 to 12 hours following death, rather than in a seating position on the floor. The crime scene also appeared to be rearranged. The couch cushions, and other items, had been moved to hide dried blood stains. Police were sure that it was only the murderer who would have moved the body and rearranged the scene.

It did not appear that a stranger could have committed the murder. There was no sign of a break-in. No money or other valuables were stolen from Ms. Hunter's apartment. Aside from the arranging of Ms. Hunter's nightgown, there was no evidence of sexual assault. Police believed that the killer intentionally tried to make it look as if the murder had been sexually motivated. Ms. Hunter's friends testified that she had been a very security-conscious person and would not have opened her door to a stranger in the middle of the night. As well, a stranger would not have a motive to rearrange the scene or make the murder look sexually motivated. Nor would a stranger take the risk of staying at the scene for several hours or later returning to the scene in order to do so.

Gity Haghnegahdar, Ms. Hunter's neighbour, who was up late studying, testified to hearing someone banging on Ms. Hunter's apartment door between 1:00 a.m. and 2:00 a.m. of Wednesday,

nombreuses autres blessures. L'état de décomposition du corps indiquait clairement que M^me^ Hunter était décédée depuis un certain temps.

93 Les policiers enquêteurs ont estimé que le meurtre avait été commis entre 1 h et 5 h 20 le mercredi 14 octobre 1992. Ils ont également conclu que le corps avait été déplacé environ huit à douze heures après le meurtre. Étant donné la faible quantité de sang sur le sol, à proximité du corps, et la grande quantité de sang dont étaient imbibés les coussins du canapé, les experts judiciaires ont conclu que M^me^ Hunter avait été tuée à plat ventre sur le canapé. La lividité du corps (changement de couleur de la peau là où le sang s'accumule sous l'effet de la gravité après le décès) tendait aussi à indiquer que, pendant les huit à douze heures qui avaient suivi le décès, la victime était restée étendue sur le ventre sur le canapé et non en position assise sur le plancher. La scène du crime paraissait aussi avoir été réarrangée. Les coussins du canapé et d'autres objets avaient été déplacés pour cacher des taches de sang séché. Les policiers étaient convaincus que seul le meurtrier pouvait avoir déplacé le corps et réarrangé la scène.

94 Le meurtre ne pouvait apparemment pas avoir été commis par un étranger. Il n'y avait aucune trace d'introduction par effraction. On n'avait volé ni argent ni objet de valeur dans l'appartement de M^me^ Hunter. Hormis la disposition de la chemise de nuit de la victime, rien n'indiquait qu'il y avait eu agression sexuelle. Selon la police, le meurtrier avait intentionnellement essayé de faire croire à un meurtre à caractère sexuel. Des amis de M^me^ Hunter ont témoigné qu'elle était très prudente et qu'elle n'aurait pas ouvert la porte à un étranger au milieu de la nuit. De plus, un étranger n'aurait eu aucune raison de réarranger la scène ou de faire croire à un meurtre à caractère sexuel et n'aurait pas non plus pris le risque de rester plusieurs heures sur le lieu du crime ou d'y retourner plus tard pour réarranger la scène.

95 Gity Haghnegahdar, une voisine de M^me^ Hunter qui avait étudié tard ce soir-là, a témoigné avoir entendu quelqu'un frapper à grands coups à la porte de l'appartement de M^me^ Hunter entre 1 h et 2 h le

October 14. (I note that Ms. Haghnegahdar's memories on this point were not subject to hypnosis.) She described hearing someone banging very hard on the door and a man asking to be let in and Donna Hunter yelling at him that she would not open the door. This went on for about 5 to 10 minutes, until Ms. Haghnegahdar heard the door open, a conversation take place, the pair enter the apartment and close the door behind them. From this evidence, the estimated time of her death, and the evidence supporting that the murderer was not a stranger, police deduced that the person banging was someone Ms. Hunter knew and that this person was the killer.

96 The Crown's investigation revealed that no one Ms. Hunter knew had a motive to kill her, except for the appellant. His motive was her attempt to break up with him on the evening of October 13, 1992. Mr. Trochym and Ms. Hunter met at a bar on December 31, 1991 and began dating soon after. In April 1992, Mr. Trochym moved into Ms. Hunter's apartment. There was a lot of evidence adduced at trial to show that Mr. Trochym had very strong feelings for Ms. Hunter right up until her murder. For example, he gave her love notes and cards, an "eternity" ring, which symbolizes life-long commitment, and had expressed his intention to marry Ms. Hunter to a co-worker. This was contradictory to Mr. Trochym's evidence that their relationship had petered out by the spring of 1992 and that their relationship was more like one of roommates that occasionally had sex.

97 There were also many witnesses, including Ms. Hunter's friends and the employees and patrons of the bars the couple frequented, who testified that Mr. Trochym was both possessive and controlling of Ms. Hunter and got extremely jealous when she spoke with other men. A few witnesses testified to seeing Mr. Trochym become physically and verbally abusive with Ms. Hunter.

98 Most importantly in this respect, there was evidence of Ms. Hunter's friends attesting to her

mercredi 14 octobre. (Je souligne que les souvenirs de M^me^ Haghnegahdar sur ce point n'ont pas été évoqués lors de la séance d'hypnose.) Elle a décrit avoir entendu quelqu'un cogner violemment à la porte, un homme exiger qu'on le laisse entrer et Donna Hunter lui crier qu'elle ne lui ouvrirait pas. Cela s'est poursuivi pendant 5 à 10 minutes, jusqu'à ce que M^me^ Haghnegahdar entende la porte s'ouvrir, une conversation avoir lieu et les deux personnes entrer dans l'appartement et refermer la porte. À partir de ce témoignage, de l'heure estimée du décès et des éléments de preuve étayant la thèse que le meurtrier n'était pas un étranger, la police a déduit que M^me^ Hunter connaissait la personne qui avait frappé à sa porte et que cette personne était le meurtrier.

L'enquête du ministère public a révélé que, parmi toutes les personnes que M^me^ Hunter connaissait, seul l'appelant avait un mobile pour la tuer : la victime avait essayé de mettre fin à leur relation le soir du 13 octobre 1992. M. Trochym et M^me^ Hunter s'étaient rencontrés dans un bar le 31 décembre 1991 et avaient commencé à se fréquenter peu après. En avril 1992, M. Trochym avait emménagé chez M^me^ Hunter. De nombreux éléments de preuve présentés au procès démontrent que l'appelant éprouvait des sentiments intenses pour M^me^ Hunter, et ce jusqu'au moment du meurtre. Par exemple, il lui avait écrit des mots et des cartes d'amour, il lui avait offert une bague de « fidélité », symbole d'un engagement éternel, et il avait manifesté à un collègue de travail son intention de l'épouser. Ces faits contredisent son témoignage selon lequel, au printemps 1992, leur relation s'était dégradée et s'apparentait depuis davantage à une relation de colocataires ayant occasionnellement des relations sexuelles.

De nombreux autres témoins, dont des amis de M^me^ Hunter et des employés et clients des bars que fréquentait le couple, ont déclaré que M. Trochym avait une attitude possessive et contrôlante envers M^me^ Hunter et qu'il était très jaloux quand elle parlait à d'autres hommes. Quelques témoins ont relaté avoir vu M. Trochym user de violence physique et verbale à l'endroit de M^me^ Hunter.

Les éléments de preuve les plus importants à cet égard sont les témoignages des amis de M^me^ Hunter

growing resolve to end the relationship during the fall of 1992. Specifically, there was evidence that she had decided to break up with him the evening of October 13, 1992. The testimony of bar patrons and employees who saw Mr. Trochym and Ms. Hunter together that evening, first at *Bert & Ernie's* bar, then later at *Shakey's* bar, support that she was attempting to ignore him and that Mr. Trochym was not receptive to this. For example, a bar patron at *Bert & Ernie's* testified to seeing Mr. Trochym trying to "suck up" to Ms. Hunter, trying to put his arm around her and kiss her, and Ms. Hunter pulling away and telling him to go away. This witness, as well as the bar manager and the doorman, testified to seeing Ms. Hunter run out of the bar at one point on the evening of October 13, and Mr. Trochym going after her, bringing her back in after an argument outside, Mr. Trochym then trying to be "lovey dovey" and Ms. Hunter not buying it. Later at *Shakey's* bar, Mr. Trochym was seen arguing with Ms. Hunter and one of her friends and at one point grabbing her by the arms and pulling her aside. This evidence contradicted Mr. Trochym's testimony that the reason Ms. Hunter was upset that evening related to money and problems with her children.

The Crown was able to show that not only did Mr. Trochym have a motive to kill Ms. Hunter, he also had the opportunity to do so. At some point, Mr. Trochym left *Shakey's* without Ms. Hunter and returned to *Bert & Ernie's* where he was refused service. The bartender at *Bert & Ernie's* testified that this was around 12:30 a.m. The distance of the drive between *Bert & Ernie's* bar and Ms. Hunter's apartment would have placed him at the apartment around 1:00 a.m. His arrival would have been concurrent with the time Ms. Haghnegahdar testified to hearing the banging on Ms. Hunter's door. The Crown's theory was that, in a rage and locked out, Mr. Trochym banged on the door, convinced Ms. Hunter to let him in, and then killed her.

Mr. Trochym's version of events was that after being refused service at the bar, he returned back

selon lesquels sa détermination à mettre un terme à la relation s'était raffermie au cours de l'automne 1992. Plus précisément, la preuve indique qu'elle avait décidé de rompre avec M. Trochym le soir du 13 octobre 1992. Selon le témoignage de clients et d'employés des bars qui l'ont vue avec M. Trochym ce soir-là, d'abord au bar *Bert & Ernie's* puis au bar *Shakey's*, elle avait essayé de ne pas lui accorder d'attention, mais cette attitude n'avait pas eu l'effet voulu sur lui. Par exemple, un client du bar *Bert & Ernie's* a déclaré avoir vu M. Trochym tenter d'« amadouer » M^me^ Hunter en essayant de l'enlacer et de l'embrasser, et M^me^ Hunter le repousser et lui dire de s'en aller. Ce témoin ainsi que le gérant et le portier du bar ont affirmé avoir vu, à un certain moment dans la soirée du 13 octobre, M^me^ Hunter quitter précipitamment le bar et M. Trochym la poursuivre, la ramener à l'intérieur après s'être querellé avec elle dehors, M. Trochym essayant alors d'adopter une attitude « doucereuse » mais M^me^ Hunter refusant de se laisser attendrir. Plus tard, au bar *Shakey's*, on a vu M. Trochym se disputer avec M^me^ Hunter et quelqu'un de ses amis puis, à un moment donné, la prendre par le bras et la tirer de côté. Ce témoignage contredit celui de M. Trochym qui a déclaré que M^me^ Hunter était de mauvaise humeur ce soir-là pour des questions d'argent et des problèmes concernant ses enfants.

99 Le ministère public a pu démontrer non seulement que M. Trochym avait un mobile pour tuer M^me^ Hunter, mais aussi qu'il a eu la possibilité de le faire. M. Trochym a quitté le bar *Shakey's* sans M^me^ Hunter et est retourné chez *Bert & Ernie's* où on a refusé de le servir. Au dire du barman de *Bert & Ernie's*, il était alors environ minuit trente. S'il s'était rendu en voiture du bar *Bert & Ernie's* à l'appartement de M^me^ Hunter, il y serait arrivé vers 1 h du matin. Son arrivée aurait coïncidé avec l'heure à laquelle M^me^ Haghnegahdar a déclaré avoir entendu frapper à grands coups à la porte de M^me^ Hunter. La théorie du ministère public était que M. Trochym, en colère et devant la porte fermée à clé, a cogné violemment chez M^me^ Hunter, l'a convaincue de le laisser entrer et l'a tuée.

100 Selon la version des faits de M. Trochym, après qu'on eut refusé de le servir au bar, il est retourné

to the apartment shortly after 11:30 p.m. and Ms. Hunter came home 10 to 15 minutes later. They argued over money, and having wanted to separate from her for many months, Mr. Trochym decided to move back to his parent's house permanently. He took a taxi back to his parents' house, as he had locked the keys to the underground parking lot in his car. He arrived there around 12:30 a.m., went to sleep, woke up at 5:30 a.m. the next morning and arrived at work, travelling via subway, at about 7:20 a.m. However, Mr. Trochym's father did not recall seeing his son at the house that morning. Contrary to his claim that he arrived at work on time that day, two of Mr. Trochym's co-workers testified to him being two hours late. As well, contrary to Mr. Trochym's claim that he left his car in the apartment parking garage, the security guard at Canada Post testified to seeing Mr. Trochym's car in its designated parking space that day when he arrived at 11:00 a.m.

101 In addition to this evidence surrounding the time of the actual murder, the Crown produced extensive evidence of Mr. Trochym's conduct in the days following the murder that firmly supported that he murdered Donna Hunter.

102 Most importantly, there was the sighting of Mr. Trochym at the apartment building, and specifically the sighting of him coming out of her apartment at a time when forensics determined she would have already been dead, but before her body was discovered by authorities. Whether one accepts the pre-hypnotically refreshed memories of Ms. Haghnegahdar seeing Mr. Trochym around 3:00 p.m. on Thursday or her hypnotically refreshed memories of seeing him around 3:00 p.m. on Wednesday, her eye-witness sighting of him places him at the crime scene at a time when he would have known Ms. Hunter's murdered body was inside the apartment. The Crown argued that this is when Mr. Trochym returned to the apartment to move the body to make the murder look sexually motivated.

à l'appartement, peu après 23 h 30, et M^me^ Hunter est arrivée 10 à 15 minutes plus tard. Ils se sont querellés sur des questions d'argent et, comme il voulait déjà se séparer d'elle depuis de nombreux mois, M. Trochym a décidé de retourner vivre définitivement chez ses parents. Il a pris un taxi pour s'y rendre, car il avait laissé les clés du garage souterrain dans sa voiture. Il est arrivé à destination vers minuit trente, est allé se coucher, s'est réveillé vers 5 h 30 et a pris le métro pour se rendre au travail, où il est arrivé vers 7 h 20. Le père de M. Trochym ne se rappelle toutefois pas avoir vu son fils à la maison ce matin-là. Alors que M. Trochym a prétendu être arrivé à l'heure au travail, trois de ses collègues l'ont contredit, déclarant qu'il était arrivé deux heures en retard ce matin-là. De plus, M. Trochym a affirmé avoir laissé sa voiture dans le garage de l'appartement. Or, le gardien de sécurité de Postes Canada a déclaré au contraire avoir vu la voiture de M. Trochym dans l'espace de stationnement qui lui était assigné lorsqu'il est arrivé, à 11 h ce jour-là.

En plus de la preuve concernant l'heure où le meurtre aurait été commis, le ministère public a produit une preuve très étoffée du comportement de M. Trochym au cours des jours suivant le meurtre, qui indiquait fortement qu'il avait tué Donna Hunter.

Plus important encore, on a vu M. Trochym dans l'immeuble d'habitation de la victime et, plus précisément, on l'a vu sortir de l'appartement à un moment où elle était déjà morte, de l'avis des médecins légistes, mais son corps n'avait pas encore été découvert par les autorités. Que l'on retienne les souvenirs préhypnotiques de M^me^ Haghnegahdar, selon lesquels elle aurait vu M. Trochym vers 15 h le jeudi, ou ses souvenirs ravivés par hypnose, selon lesquels elle l'aurait vu à la même heure le mercredi, ce témoin oculaire l'a vu sur les lieux du crime à un moment où il aurait dû savoir que M^me^ Hunter avait été tuée puisque son cadavre se trouvait dans l'appartement. Le ministère public a soutenu que M. Trochym était retourné à l'appartement à ce moment-là pour déplacer le corps et réarranger la scène afin de laisser croire à un meurtre à caractère sexuel.

There was the evidence of Gordon Raymer, Ms. Hunter's building superintendent, and Phyllis Humenick, the superintendent's babysitter. Both placed Mr. Trochym, wearing a dark hip-length coat and dark pants, at the apartment building, looking to be let into the parking garage, between 1:55 p.m. and 2:30 p.m. on Wednesday. This corroborated Ms. Haghnegahdar's evidence of seeing Mr. Trochym on the Wednesday. Second, Ms. Humenick's and Mr. Raymer's evidence contradicted Mr. Trochym's evidence that he had been at work all afternoon and had only gone to the apartment building after work that day.

The Crown adduced evidence that despite his claim to being at work all afternoon on Wednesday, October 14, and having computer records showing him logged on to Canada Post computers that afternoon, there would have been an opportunity for him to sneak out of his work area, unnoticed by co-workers. There was also evidence from Mr. Trochym's supervisor that it was possible that someone else could have logged into the computer network using Mr. Trochym's password. This supervisor recounted one documented incident in March 1993 when someone else logged onto Mr. Trochym's computer station using his password. As well, no witness could confirm his absence or presence at work that afternoon. There was, however, evidence from a Canada Post security guard that he had seen Mr. Trochym hanging around after his shift ended at 4:00 p.m., which was unusual for him, and acting as if trying to be noticed by others.

The Crown argued that Mr. Trochym planned to "find" the body, under the pretense of going to the apartment for his belongings a few days after the murder. He went to the apartment on the afternoon of Saturday, October 17, wearing clothes unsuitable for moving furniture (dress pants and a tie) and accompanied by his old and ailing father, who would not have been strong enough to carry anything. He was met by a police officer guarding the door and was not permitted entry. He did not inquire into what was going on or Ms. Hunter's

Le gérant de l'immeuble où habitait M^me^ Hunter, Gordon Raymer, et la gardienne d'enfants de ce dernier, Phyllis Humenick, ont témoigné. Tous deux ont déclaré avoir vu M. Trochym, vêtu d'une veste foncée qui lui arrivait à la hanche et de pantalons foncés, qui cherchait à entrer dans le garage de l'immeuble entre 13 h 55 et 14 h 30 le mercredi. Ces témoignages corroborent celui de M^me^ Haghnegahdar selon lequel elle a vu M. Trochym mercredi. Ils contredisent par ailleurs celui de M. Trochym qui a raconté être resté au travail tout l'après-midi et ne s'être rendu à l'immeuble d'habitation qu'après son travail ce jour-là. 103

Bien que l'appelant ait affirmé avoir travaillé tout l'après-midi du mercredi 14 octobre et ait présenté des relevés établissant qu'il était branché au réseau informatique de Postes Canada cet après-midi-là, le ministère public a démontré qu'il aurait pu quitter son poste en douce, à l'insu de ses compagnons de travail. Selon le témoignage du supérieur de M. Trochym, il était également possible qu'une autre personne se soit branchée au réseau informatique en utilisant le mot de passe de M. Trochym. Ce supérieur a relaté que cela s'était déjà produit une fois, en mars 1993. Lors de cet incident documenté, une personne autre que M. Trochym s'était branchée au réseau en utilisant l'ordinateur et le mot de passe de M. Trochym. De plus, aucun témoin n'a pu confirmer son absence ou sa présence au travail cet après-midi-là. Un gardien de sécurité de Postes Canada a cependant déclaré avoir vu M. Trochym traîner après la fin de sa période de travail qui se terminait à 16 h. Cela était inhabituel et, au dire de ce témoin, l'appelant agissait comme s'il cherchait à se faire remarquer. 104

Le ministère public a fait valoir que M. Trochym planifiait en fait « trouver » le corps en utilisant comme prétexte d'aller chercher ses effets personnels à l'appartement quelques jours après le meurtre. L'appelant s'est rendu à l'appartement le samedi 17 octobre, en après-midi, vêtu de façon inappropriée pour déménager des meubles (pantalons de ville et cravate) et accompagné de son père âgé et de santé fragile, qui n'aurait pas eu la force de transporter quoi que ce soit. Il est tombé sur un policier qui gardait la porte et qui ne lui a pas permis d'entrer. Il 105

well-being. When left a message later that day by the same police officer, who wanted to provide him with further information, Mr. Trochym did not return the call.

106 There was also the evidence of Detectives Clarke and McCulla, who interviewed Mr. Trochym on Sunday, October 18. During this interview Mr. Trochym was asked about his relationship with Ms. Hunter, his whereabouts around the time of her murder, and how he had come to discover that she had been murdered. On this last question, Mr. Trochym indicated that after returning from a restaurant on Saturday evening with his brothers, Michelle McKinnon, the girlfriend of one of Mr. Trochym's brothers, after hearing rumours about Ms. Hunter's death, phoned the police for information. Mr. Trochym recounted that after getting off the phone, she turned to Mr. Trochym and his brothers and made a horizontal motion across her neck as if to indicate that Ms. Hunter's throat had been cut. Ms. McKinnon testified at trial that she had only been informed of Donna's death by police, not that she was murdered or had her throat cut, and she denied ever making such a gesture across her neck. The police corroborated her account by testifying that they did not release any information about the means of Ms. Hunter's death to the public. This demonstrated that Mr. Trochym knew of Ms. Hunter's means of death before anyone else could have.

107 The Crown also relied on the police interview of October 18, 1992, to argue that Mr. Trochym deliberately omitted relevant information from his statement (such as returning to *Bert & Ernie's* bar and being refused service on the evening of October 13), downplayed his feelings for Ms. Hunter and lied about aspects of their relationship.

108 The Crown also argued that the excuses Mr. Trochym gave to the police as the reason for not attending a second interview (that he had "darts and haircut" commitments) constituted proof that

n'a pas demandé ce qui se passait, ni si M^me^ Hunter se portait bien. Plus tard ce jour-là, ce même policier lui a laissé un message lui disant qu'il voulait lui donner plus d'informations, mais M. Trochym n'a pas retourné son appel.

Les détectives Clarke et McCulla qui ont interrogé M. Trochym le dimanche 18 octobre ont eux aussi fait une déposition. Ils lui ont posé des questions au sujet de sa relation avec M^me^ Hunter, de ses allées et venues vers l'heure du meurtre et de la façon dont il avait découvert qu'elle avait été assassinée. À cette dernière question, M. Trochym a répondu qu'en revenant du restaurant le samedi soir avec ses frères, Michelle McKinnon, la petite amie d'un de ses frères, avait téléphoné à la police pour se renseigner après avoir entendu des rumeurs concernant le décès de M^me^ Hunter. Il a raconté qu'elle s'était tournée vers lui et ses frères après avoir raccroché le téléphone et qu'elle avait fait un geste de la main, d'un côté à l'autre de son cou, comme pour indiquer que M^me^ Hunter s'était fait trancher la gorge. Au procès, M^me^ McKinnon a déclaré que la police lui avait uniquement dit que Donna était décédée, sans préciser qu'elle avait été assassinée ou qu'on lui avait tranché la gorge, et elle a nié avoir fait le geste décrit par l'appelant. La police a corroboré son récit en déclarant qu'elle n'avait divulgué au public aucune information concernant la cause du décès de M^me^ Hunter. Cela démontre que M. Trochym connaissait déjà cette cause avant que quiconque puisse savoir comment la victime était morte.

Le ministère public s'est également appuyé sur l'interrogatoire conduit par la police le 18 octobre 1992 pour soutenir que M. Trochym avait délibérément omis de donner des renseignements pertinents dans sa déclaration (par exemple, qu'il était retourné chez *Bert & Ernie's* dans la soirée du 13 octobre et qu'on avait refusé de le servir), qu'il avait minimisé ses sentiments à l'égard de M^me^ Hunter et menti sur certains aspects de leur relation.

Le ministère public a aussi fait valoir que les excuses données à la police pour ne pas se présenter à un deuxième entretien (un match de dards et un rendez-vous chez le coiffeur) démontraient que

Mr. Trochym's earlier unsolicited commitment to helping their investigation was only made in order to avoid suspicion. Further, there was evidence adduced regarding the appellant's failure to attend Ms. Hunter's visitations, funeral or benefit dinner, his failure to contact her friends or family to express his condolences, his failure to tell any of his co-workers about Ms. Hunter's death or request bereavement leave. The admission of this evidence was challenged on appeal as problematic. The majority finds it unnecessary to comment on this evidence; I will deal with these issues and conclude that such evidence properly met the standards for admission of post-offence conduct set out in *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72.

Finally, there was the evidence of Darlene Oliphant, a former girlfriend of Mr. Trochym, who testified that after breaking up with him, Mr. Trochym came to her apartment in the early morning hours and banged on her door and windows. I will discuss this evidence further in the body of my analysis.

2. Judicial History

The rulings of the trial judge and the Court of Appeal ((2004), 71 O.R. (3d) 611) are summarized in my colleague's reasons. Any disagreement with her characterization of the judgments below is noted in the body of my analysis.

3. Analysis

A general principle of criminal evidence law is that a just result in criminal trials is best achieved when the decision maker has all relevant and probative information before him or her: see *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 454-55. When weighing probative value against prejudicial effect, this must be kept in mind. It must be recalled that "prejudicial effect" is the likelihood that the jury, even if properly instructed, will use the evidence for an improper purpose; it is not created merely by

c'est uniquement dans le but d'écarter les soupçons que M. Trochym avait offert spontanément aux policiers de les aider dans leur enquête. Des éléments de preuve ont aussi été présentés pour démontrer que l'appelant n'a pas effectué de visite mortuaire à l'occasion du décès de M^me^ Hunter, qu'il n'a assisté ni à ses funérailles ni au souper-bénéfice, qu'il n'a communiqué ni avec les amis ni avec la famille de la défunte pour leur offrir ses condoléances, qu'il n'a parlé du décès de M^me^ Hunter à aucun de ses compagnons de travail et qu'il n'a pas demandé de congé de deuil. L'admission de cette preuve a été contestée en appel. Les juges de la majorité ne croient pas nécessaire de la commenter. Je traiterai de ces questions, pour conclure que ces éléments de preuve répondent aux critères d'admissibilité en preuve du comportement postérieur à l'infraction énoncés dans *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72.

109 Il y a enfin le témoignage de Darlene Oliphant, ancienne petite amie de M. Trochym, qui a déclaré que M. Trochym s'était rendu à son appartement aux petites heures du matin, après leur rupture, et qu'il avait frappé à grands coups à sa porte et à ses fenêtres. Je traiterai de ce témoignage plus loin dans mon analyse.

2. Historique des procédures judiciaires

110 Ma collègue a résumé dans ses motifs les décisions du juge du procès et de la Cour d'appel ((2004), 71 O.R. (3d) 611). Je note dans mon analyse les points sur lesquels je ne suis pas d'accord avec elle concernant les jugements des juridictions inférieures.

3. Analyse

111 Selon un principe général du droit de la preuve en matière criminelle, la meilleure garantie d'un résultat juste est que le juge des faits dispose de toutes les informations pertinentes et probantes : voir *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, p. 454-455. Il ne faut pas l'oublier lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur probante d'un élément de preuve par rapport à son effet préjudiciable. Rappelons qu'on entend, par « effet préjudiciable », la probabilité que le jury, même après avoir reçu des directives

evidence that is unfavourable to a party's case: H. Stewart, *Evidence: A Canadian Casebook* (2002), at p. 128.

112 Second, it must be recalled that our criminal justice system is an adversarial one. It is parties, not the trial judge, who hold the primary obligation of objecting to prejudicial evidence or conduct: see *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, at para. 68, *per* LeBel J. Certainly, the trial judge has an important gate-keeping function, but we cannot superimpose the role of defence counsel onto the trial judge.

113 Third, the trial judge's exercise of discretion in whether to admit evidence, to intervene, or permit certain conduct by the parties, deserves deference by appellate courts unless substantial wrong can be demonstrated: see *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25.

114 Fourth, and finally, appellate courts must have faith in the intelligence and common sense of juries and in the ability of trial judges to properly charge juries: see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 697, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 996, *per* Lamer C.J.

3.1 *Hypnotically Refreshed Evidence*

115 My concerns with the approach to hypnotically refreshed evidence that Deschamps J. advocates relate not only to her views on the admissibility of such evidence, but on the implications her decision will have on the admissibility of scientific evidence in future cases. In my view, the precedent set by permitting the appellant to succeed on this ground without his having adduced a sufficient evidentiary foundation for this challenge is, to say the least, troubling.

116 It is important for the purpose of the legal analysis to follow, that I first set out in detail the facts

appropriées, fasse mauvais usage de la preuve; une simple preuve défavorable à une partie ne crée pas en soi d'effet préjudiciable : H. Stewart, *Evidence : A Canadian Casebook* (2002), p. 128.

Deuxièmement, on doit se rappeler que notre système de justice pénale est de type contradictoire. Ce sont les parties, et non le juge du procès, qui ont l'obligation première de s'opposer aux éléments de preuve ou aux conduites préjudiciables : voir *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, par. 68, le juge LeBel. Le juge exerce certes une importante fonction de gardien, mais on ne peut superposer le rôle de l'avocat de la défense à celui du juge du procès.

Troisièmement, à moins qu'il ne soit établi qu'une erreur importante a été commise, les juridictions d'appel doivent faire preuve de déférence à l'égard de la décision discrétionnaire du juge du procès de recevoir un élément de preuve, d'intervenir ou d'autoriser une partie à agir d'une façon particulière : voir *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25.

Enfin, quatrièmement, les juridictions d'appel doivent faire confiance à l'intelligence et au bon sens des jurés ainsi qu'à la capacité du juge du procès de leur donner des directives appropriées : voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 697, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 996, le juge en chef Lamer.

3.1 *Témoignages fondés sur des souvenirs ravivés par hypnose*

Si l'opinion exprimée par la juge Deschamps quant à l'admissibilité en preuve des souvenirs ravivés par hypnose me préoccupe, je m'inquiète aussi des répercussions de ses motifs sur l'admissibilité de la preuve scientifique. Retenir ce moyen pour donner gain de cause à l'appelant, sans qu'il ait présenté de preuve suffisante à cet égard, crée à mon avis un précédent pour le moins troublant.

Pour les besoins de l'analyse juridique qui suit, il est important que je détaille d'abord les faits relatifs

surrounding Ms. Haghnegahdar's hypnosis and the *voir dire* held to admit her hypnotically refreshed memories.

3.1.1 Facts of the Hypnosis and *Voir Dire*

Ms. Haghnegahdar was first interviewed by Constable Pike on October 17, 1992, the day following the discovery of Ms. Hunter's body. She told him, among other things, that she had seen Mr. Trochym come out of Ms. Hunter's apartment on Thursday, October 15, 1992, at 3:00 p.m. as she was getting home from school. At this time, the police were conducting routine interviews of all Ms. Hunter's neighbours to determine whether any of them had any relevant information that would assist the investigation.

The next afternoon, Detectives Clarke and McCulla did a follow-up interview with Ms. Haghnegahdar. The meeting was audio-taped and heard at the *voir dire*. During the meeting, she expressed confusion over whether she saw the appellant leaving the apartment on Wednesday or Thursday. At this early point in the investigation, the police had not conclusively placed the time of death in the early morning hours of Wednesday, October 14, as most of the evidence that led to this conclusion had yet to be investigated. Nor did they know there were other witnesses placing Mr. Trochym at the apartment building on the afternoon of Wednesday, October 14. Mr. Raymer, the building superintendent, and his babysitter, Ms. Humenick, gave statements to seeing Mr. Trochym on the Wednesday only *after* this second interview with Ms. Haghnegahdar.

Only after receiving these statements from Mr. Raymer and Ms. Humenick did the police contemplate Ms. Haghnegahdar undergoing hypnosis in order to clear up the day of the sighting. The session was arranged for November 8, to be carried out by Dr. Matheson. In arranging the session, police made sure to convey as little information as possible about the investigation to either Dr. Matheson or Ms. Haghnegahdar, so to avoid any potential influence leading up to the session.

à la séance d'hypnose à laquelle M^me^ Haghnegahdar a été soumise et à la tenue du voir-dire sur l'admission de ses souvenirs ravivés par hypnose.

3.1.1 Faits relatifs à la séance d'hypnose et au voir-dire

117 M^me^ Haghnegahdar a été interrogée pour la première fois par l'agent de police Pike le 17 octobre 1992, soit le lendemain de la découverte du corps de M^me^ Hunter. Elle lui a notamment dit qu'elle avait vu M. Trochym sortir de l'appartement de M^me^ Hunter le jeudi 15 octobre 1992, à 15 h, en revenant de ses cours. La police effectuait alors des interrogatoires de routine auprès de tous les voisins de M^me^ Hunter pour vérifier s'ils détenaient des renseignements pertinents qui les aideraient dans leur enquête.

118 L'après-midi suivant, les détectives Clarke et McCulla ont eu un entretien complémentaire avec M^me^ Haghnegahdar. La rencontre a été enregistrée sur bande sonore et entendue au voir-dire. Lors de cette rencontre, elle ne pouvait pas dire avec certitude si elle avait vu l'appelant quitter l'appartement le mercredi ou le jeudi. À ce stade précoce de l'enquête, les policiers n'avaient pas encore déterminé définitivement que le décès était survenu très tôt le mercredi 14 octobre, étant donné que la plupart des éléments de preuve ayant mené à cette conclusion n'avaient pas encore été analysés. Ils ne savaient pas non plus que d'autres témoins attesteraient la présence de M. Trochym dans l'immeuble l'après-midi du mercredi 14 octobre. M. Raymer, le gérant de l'immeuble, et sa gardienne d'enfants, M^me^ Humenick, n'ont déclaré avoir vu M. Trochym le mercredi qu'*après* ce deuxième entretien avec M^me^ Haghnegahdar.

119 Ce n'est qu'après avoir reçu ces déclarations de M. Raymer et de M^me^ Humenick que la police a pensé à soumettre M^me^ Haghnegahdar à une séance d'hypnose pour clarifier la question du jour où elle avait vu M. Trochym. La date de la séance a été fixée au 8 novembre et M. Matheson a été choisi pour la diriger. En organisant la séance, la police s'est assurée de révéler le moins d'information possible à M. Matheson et à M^me^ Haghnegahdar, pour éviter d'en influencer le déroulement.

120 On the day of the session, Ms. Haghnegahdar was driven to Dr. Matheson's office by Detective McCulla. The officer testified to being careful not to impart any information concerning the case or making suggestions regarding the information sought from her during their contact. At Dr. Matheson's office, Ms. Haghnegahdar and Dr. Matheson were introduced in the waiting room and then Detective McCulla and Dr. Matheson met privately so that he could be given a brief overview of the case. This conversation was videotaped, and heard at the *voir dire*. Detective McCulla gave Dr. Matheson the basic facts of the case and told him that Ms. Haghnegahdar saw Mr. Trochym leaving the apartment and was confused in her second interview about whether she saw him on Wednesday or Thursday. Detective McCulla told the doctor that the police would like to have the day and time of the sighting cleared up, but did not indicate or suggest to Dr. Matheson which day they would prefer the sighting to have been.

121 Next, Detective McCulla left and the session between Dr. Matheson and Ms. Haghnegahdar began. The entire hypnosis session between Dr. Matheson and Ms. Haghnegahdar was videotaped and heard at the *voir dire*. The hypnosis consisted of Dr. Matheson putting Ms. Haghnegahdar into a very relaxed state. Once in this state, he asked her to describe the event of seeing Mr. Trochym coming out of Ms. Hunter's apartment on her way home from school. At this point, she recalled more details than before, such as the colour of his clothing being "dark" and a "scary" look he gave her. After describing this, Dr. Matheson asked her to describe what happened afterwards, specifically what she did once she arrived at her own apartment and for the rest of the day. Through this she recalled that she had a snack, then took a nap, was woken up by her alarm clock and had wanted to go back to sleep but did not because she was worried she would be late to pick up her daughter who was at piano class until 5:00 p.m. She then described going to pick up her daughter. At one point, Dr. Matheson asked: "Just notice what day is it?", to which Ms. Haghnegahdar responded: "Oh every Wednesday, every Wednesday she has to practice,

Le jour de la séance, le détective McCulla a conduit M^me^ Haghnegahdar au bureau de M. Matheson. L'agent a déclaré avoir pris soin de ne lui divulguer ni suggérer aucune information sur l'affaire et sur les précisions que la police voulait obtenir d'elle pendant la séance. On a présenté M^me^ Haghnegahdar à M. Matheson dans la salle d'attente du bureau de ce dernier, puis le détective McCulla a parlé à M. Matheson seul à seul afin de lui donner un aperçu de l'affaire. Cette conversation a été enregistrée sur bande magnétoscopique et a été écoutée au voir-dire. Le détective McCulla a fait part à M. Matheson des faits principaux et lui a dit que M^me^ Haghnegahdar avait vu M. Trochym quitter l'appartement, mais qu'elle ne pouvait dire avec certitude, lors de son deuxième entretien, si c'était le mercredi ou le jeudi. Le détective McCulla a dit à l'hypnologue qu'il aimerait qu'on clarifie le jour et l'heure à laquelle M^me^ Haghnegahdar avait vu M. Trochym, mais il ne lui a donné aucune indication lui permettant de savoir quelle réponse il espérait obtenir.

Le détective McCulla est ensuite parti et la séance d'hypnose a commencé. Elle a été entièrement enregistrée sur bande magnétoscopique et écoutée au voir-dire. M. Matheson a d'abord placé M^me^ Haghnegahdar dans un état de grande relaxation. Il lui a ensuite demandé de décrire la scène au cours de laquelle, à son retour de classe, elle avait vu M. Trochym sortir de l'appartement. Plus de détails qu'auparavant lui sont alors revenus à la mémoire. Ainsi, elle a pu dire qu'il portait des vêtements « foncés » et qu'il lui avait jeté un regard « qui faisait peur ». Après qu'elle eut fait cette description, M. Matheson lui a demandé de raconter ce qui s'était passé ensuite, plus précisément ce qu'elle avait fait à son arrivée chez elle et le reste de la journée. C'est ainsi qu'elle s'est rappelé avoir pris une collation, avoir ensuite fait une sieste et avoir été tirée de son sommeil par la sonnerie de son réveil-matin, avoir voulu continuer à dormir mais ne pas l'avoir fait de crainte d'être en retard pour aller chercher sa fille qui terminait son cours de piano à 17 h. Elle est ensuite partie chercher sa fille. À un certain moment, M. Matheson lui a demandé si elle savait quel jour cela s'était produit et M^me^ Haghnegahdar lui a répondu ceci : [TRADUCTION] « Oh tous les

piano practice . . ." (A.R., at p. 4023). It was by associating having to pick up her daughter from piano lessons, which were always on Wednesdays, with seeing Mr. Trochym coming out of the apartment that same day, that Ms. Haghnegahdar was able to determine that she saw him on Wednesday as opposed to Thursday.

In the post-hypnosis interview with Detective McCulla immediately following the session, Ms. Haghnegahdar confirmed that her memory of seeing Mr. Trochym on Wednesday was directly associated with having to pick up her daughter from her piano lesson that day. As well, Ms. Haghnegahdar reiterated those details she recalled in the session concerning his attire when she saw him, "We' - I - I saw him ah with the dark a dark jacket and dark pants and before I didn't remember but after I had been hypnotized I remember his jacket was ah zipped up to under his ah cheek", as well as his "scary eyes". I note that she did not say during this interview that Mr. Trochym was wearing a leather coat or windbreaker. The interview between Detective McCulla and Ms. Haghnegahdar was videotaped and heard at the *voir dire*.

There was one more interview between the police and Ms. Haghnegahdar that took place on November 10, 1992. The sole purpose of this interview was to show her a picture of the appellant to see if this was the same man she claimed to have seen leaving Ms. Hunter's around 3:00 p.m. on Wednesday, October 14.

During the *voir dire*, the trial judge heard five days worth of evidence. The Crown called Detectives McCulla and Clarke and Dr. Matheson to testify to their interaction with Ms. Haghnegahdar and each other. The defence called two expert witnesses, Dr. Pollock, a clinical psychologist, working in the therapeutic application of hypnosis, and Dr. Yarmey, an expert on memory.

The defence experts were able to raise a couple of concerns about adherence to the *Clark* guidelines

mercredis, tous les mercredis elle pratique, elle pratique son piano . . . » (d.a., p. 4023). C'est en associant le fait d'avoir eu à aller chercher sa fille après ses cours de piano, qui avaient toujours lieu le mercredi, à celui d'avoir vu M. Trochym sortir de l'appartement ce même jour, que M^me^ Haghnegahdar a pu déterminer qu'elle avait vu l'appelant le mercredi et non le jeudi.

122 Lorsqu'elle s'est entretenue avec le détective McCulla immédiatement après la séance d'hypnose, M^me^ Haghnegahdar a confirmé que son souvenir d'avoir vu M. Trochym le mercredi était directement associé au fait qu'elle devait aller chercher sa fille à son cours de piano ce jour-là. Elle a en outre réitéré les détails donnés sous hypnose concernant la façon dont l'appelant était habillé lorsqu'elle l'a vu : [TRADUCTION] « Nous - je - je l'ai vu euh avec une veste foncée et des pantalons foncés et avant je ne m'en souvenais pas, mais après avoir été hypnotisée je me suis rappelée que sa veste était euh fermée avec une fermeture éclair qui allait jusque sous sa euh joue ». Elle a aussi reparlé de ses « yeux qui faisaient peur ». Je remarque qu'elle n'a pas dit lors de cet entretien que M. Trochym portait une veste de cuir ou un coupe-vent. Cet entretien a été enregistré sur bande magnétoscopique et écouté au voir-dire.

123 Les policiers ont eu un dernier entretien avec M^me^ Haghnegahdar, le 10 novembre 1992. Cette rencontre avait pour unique objectif de lui montrer une photographie de l'appelant pour déterminer s'il s'agissait bien de l'homme qu'elle avait vu quitter l'appartement de M^me^ Hunter vers 15 h le mercredi 14 octobre.

124 L'audition de la preuve devant le juge de première instance lors du voir-dire a duré cinq jours. Le ministère public a appelé à la barre les détectives McCulla et Clarke et M. Matheson pour témoigner sur leurs communications avec M^me^ Haghnegahdar et entre eux. La défense, quant à elle, a appelé deux experts : M. Pollock, psychologue clinicien qui travaille sur les applications thérapeutiques de l'hypnose, et M. Yarmey, expert dans le domaine de la mémoire.

125 Les experts de la défense ont réussi à soulever quelques problèmes quant au respect des lignes

(*R. v. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117 (Alta. Q.B.)), though these were fairly trivial. First, Dr. Pollock noted that the information concerning the case given to Dr. Matheson was not in writing as required by guideline 3, but instead was oral and was videotaped. However, he admitted on cross-examination that they still fulfilled the purpose intended by the guidelines, that is, to monitor and minimize the risk of inadvertently conveying information to the hypnotist. Second, both Dr. Pollock and Dr. Yarmey suggested that Dr. Matheson may have unintentionally assumed that Ms. Haghnegahdar was recovering memory by linking events together when it was possible that she was not, and this may have influenced her. The trial judge found, however, in the context of the session as a whole that Dr. Matheson's assumption did not seem unreasonable or suggestive (see A.R., at pp. 775-79; see also, Ruling re Hypnosis, April 5, 1995, at p. 6).

126 Dr. Pollock also talked about confabulation and the difficulty, even for the hypnotist, of determining which refreshed memories might be real and which might be imagined. The potential for a subject to be overly confident in their new memories and for "memory hardening" to occur were also identified. As well, both Dr. Pollock and Dr. Yarmey raised concerns about the possibility of pre- and post-hypnosis suggestion.

127 On cross-examination, the Crown was able to demonstrate that none of these concerns were live concerns with regards to Ms. Haghnegahdar's evidence. Both defence experts conceded that independent corroboration of hypnotically refreshed memories was one way to assess its reliability. Dr. Pollock also clarified this for the trial judge:

THE COURT: And one of the mechanisms whereby a recovered memory can be evaluated is by making that memory referable to other known facts?

directrices établies dans *Clark* (*R. c. Clark* (1984), 13 C.C.C. (3d) 117 (B.R. Alb.)), mais ces écarts étaient assez anodins. Premièrement, M. Pollock a fait remarquer que l'information sur l'affaire avait été transmise oralement à M. Matheson et enregistrée sur bande magnétoscopique, plutôt que de lui être remise par écrit comme l'exige la directive numéro 3. Il a toutefois admis au contre-interrogatoire que l'objectif des lignes directrices, à savoir contrôler et réduire le plus possible le risque que des renseignements soient transmis à l'hypnologue par inadvertance, avait quand même été atteint. Deuxièmement, tant M. Pollock que M. Yarmey ont laissé entendre que M. Matheson aurait pu, sans le vouloir, supposer que M^me^ Haghnegahdar recouvrait la mémoire en faisant des liens entre des événements, alors que ce n'était peut-être pas le cas, et que cela pouvait l'avoir influencée. Eu égard à l'ensemble de la séance, le juge du procès a cependant conclu que la supposition de M. Matheson ne semblait ni déraisonnable ni suggestive (voir d.a., p. 775-779; voir également la décision concernant l'hypnose, 5 avril 1995, p. 6).

M. Pollock a également parlé de la fabulation et de la difficulté, même pour l'hypnologue, de déterminer quels souvenirs ravivés peuvent être réels et lesquels ont été imaginés. La possibilité d'une confiance excessive du sujet à l'égard de ses nouveaux souvenirs et d'un « durcissement de la mémoire » a également été évoquée. En outre, tant M. Pollock que M. Yarmey ont soulevé la possibilité qu'il y ait eu suggestion avant et après la séance d'hypnose.

Au contre-interrogatoire, le ministère public a réussi à démontrer qu'aucune de ces questions ne se posait réellement dans le cas du témoignage de M^me^ Haghnegahdar. Les deux experts de la défense ont reconnu qu'une corroboration indépendante des souvenirs ravivés par hypnose était un moyen d'en évaluer la fiabilité. M. Pollock l'a aussi expliqué au juge du procès :

[TRADUCTION]

LA COUR : Et l'un des mécanismes à l'aide duquel on peut évaluer un souvenir ravivé est de le rattacher à d'autres faits avérés?

WITNESS: Yes, that's true. If there is external, independent corroboration of the recollection.

THE COURT: So one should approach memories that have been "recovered" through hypnosis with some measure of scepticism, and one should look for other evidence capable of confirming the reliability of those recovered memories?

WITNESS: Yes, very definitely. . . .

(A.R., at pp. 735-36)

TÉMOIN : Oui, c'est vrai. Si le souvenir est corroboré par un élément externe, indépendant.

LA COUR : Alors on devrait faire montre d'un certain scepticisme face aux souvenirs « ravivés » au moyen de l'hypnose et on devrait chercher à en confirmer la fiabilité au moyen d'autres éléments de preuve?

TÉMOIN : Oui, certainement. . .

(D.A., p. 735-736)

Both experts were aware that the hypnotically refreshed memories of Ms. Haghnegahdar seeing Mr. Trochym at the apartment building on Wednesday afternoon wearing dark clothing were corroborated by the evidence of Mr. Raymer and Ms. Humenick.

Les deux experts savaient que les témoignages de M. Raymer et M^me^ Humenick corroboraient les souvenirs ravivés par hypnose de M^me^ Haghnegahdar selon lesquels elle avait vu M. Trochym, vêtu de vêtements foncés, dans l'immeuble d'habitation le mercredi après-midi.

As well, Dr. Pollock admitted on cross-examination that evidence of the subject being able to exercise critical judgment during the hypnosis session and in the post-hypnosis interview were reliable indicators that suggestion and confabulation were not occurring. The Crown went through great portions of the transcript of the hypnosis session with Dr. Pollock, pointing out multiple places where Dr. Matheson would ask Ms. Haghnegahdar a question and she would answer "No" or "I don't know". From this process the Crown was able to draw admissions from Dr. Pollock that Ms. Haghnegahdar was not guessing, not trying to fill in gaps, nor being compliant or confabulating. The Crown employed a similar cross-examination technique on Dr. Yarmey, who also agreed that Ms. Haghnegahdar was not being compliant, nor confabulating to please Dr. Matheson and was trying to do her best to recall. The Crown was also able to demonstrate that Ms. Haghnegahdar was not filling in gaps or open to suggestion when answering questions to which she did not know the answer during the post-hypnosis interview with Detective McCulla.

128 De plus, M. Pollock a admis en contre-interrogatoire que le fait que le sujet soit capable d'exercer un jugement critique pendant la séance d'hypnose et à l'entrevue posthypnotique indique de façon fiable qu'il n'y a eu ni suggestion ni fabulation. Le ministère public a passé en revue avec M. Pollock de grandes portions de la transcription de la séance d'hypnose, lui soulignant de multiples passages où M. Matheson avait posé une question à M^me^ Haghnegahdar et où celle-ci lui avait répondu soit [TRADUCTION] « non » soit « je ne sais pas ». C'est ainsi que le ministère public a réussi à faire admettre à M. Pollock que M^me^ Haghnegahdar ne faisait pas de suppositions, n'essayait ni d'inventer des réponses ni de donner la réponse recherchée et ne fabulait pas. Le ministère public a employé une technique de contre-interrogatoire semblable à l'endroit de M. Yarmey, qui a lui aussi convenu que M^me^ Haghnegahdar n'avait pas tendance à acquiescer sans discernement et ne fabulait pas pour contenter M. Matheson et qu'elle essayait de faire de son mieux pour se rappeler les événements. Le ministère public a aussi réussi à démontrer que, lorsque le détective McCulla lui a posé des questions auxquelles elle ne connaissait pas la réponse lors de l'entretien posthypnotique, M^me^ Haghnegahdar n'inventait pas de réponse et n'était pas réceptive à la suggestion.

The Crown also demonstrated on cross-examination that Ms. Haghnegahdar was able to distinguish

129 Le ministère public a aussi démontré, en contre-interrogatoire, que M^me^ Haghnegahdar était

between pre- and post-hypnosis memories, a factor that Dr. Pollock admitted was an important one to look at when assessing the reliability of memories that have been hypnotically refreshed. Dr. Yarmey made a similar admission in cross-examination, as well. Dr. Yarmey, the memory expert, also agreed that the linking or association of memories in a context is an indication of greater reliability of recovered memories.

130 The only potential external tainting of Ms. Haghnegahdar's evidence raised by the experts was the suggestion made by Detectives Clarke and McCulla in their October 18 interview. Dr. Pollock opined that Detective Clarke's questions, "Are there any possibilities that it was Wednesday? Is there any possibility it was Wednesday? Right now – can you remember what you did on Wednesday?" might have suggested to Ms. Haghnegahdar that Wednesday was somehow important to the police. In cross-examination, Crown counsel tested Dr. Pollock's opinion by suggesting that, when the entire passage surrounding this line of questioning is read as a whole, it is clear that Detective Clarke was only trying to clarify the day and that, in fact, it was Ms. Haghnegahdar who first raised the possibility that the sighting may have been on Wednesday. The trial judge agreed that, taken in context, the questions were not leading or suggestive.

3.1.2 Hypnosis Is Not "Novel Science"

131 Characterizing hypnosis as "novel science" by applying *R. v. J.-L.J.*, [2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51, my colleague finds that hypnotically refreshed memories are, at least for now, presumptively inadmissible (para. 61).

132 This ignores the fact that the technique has been used in Canada for almost 30 years, and has been employed in Canadian criminal investigations to assist in memory retrieval of both Crown and defence witnesses for a similar amount of

capable de faire la distinction entre ses souvenirs préhypnotiques et posthypnotiques, facteur dont M. Pollock a lui-même admis l'importance pour l'évaluation de la fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose. M. Yarmey l'a lui aussi reconnu lors de son contre-interrogatoire. Expert en mémoire, ce dernier a aussi convenu que le fait de relier ou d'associer des souvenirs dans un contexte est le gage d'une fiabilité accrue des souvenirs ravivés.

Les experts n'ont soulevé qu'un seul facteur externe susceptible d'avoir eu une influence sur le témoignage de M^me^ Haghnegahdar, à savoir une suggestion faite par les détectives Clarke et McCulla lors de l'entretien du 18 octobre. Selon M. Pollock, les questions suivantes posées par le détective Clarke pourraient avoir donné à entendre à M^me^ Haghnegahdar que le mercredi avait une importance quelconque pour la police : [TRADUCTION] « Existe-t-il une possibilité que cela ait été mercredi? Est-ce possible que cela ait été mercredi? Maintenant – pouvez-vous vous rappeler ce que vous avez fait mercredi? » En contre-interrogatoire, l'avocat du ministère public a attaqué l'opinion de M. Pollock en avançant qu'il est clair, si on lit en totalité le passage d'où ces questions sont tirées, que le détective essayait simplement de clarifier le jour en cause et que c'était en fait M^me^ Haghnegahdar qui avait été la première à évoquer la possibilité qu'elle ait vu M. Trochym le mercredi. Le juge du procès a reconnu que les questions, replacées dans leur contexte, n'étaient ni tendancieuses ni suggestives.

3.1.2 L'hypnose n'est pas une « science nouvelle »

Après avoir qualifié l'hypnose de « science nouvelle » en appliquant l'arrêt *R. c. J.-L.J.*, [2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51, ma collègue conclut que les souvenirs ravivés par hypnose sont, du moins actuellement, présumés inadmissibles (par. 61).

Ce raisonnement fait abstraction du fait que cette technique est utilisée au Canada depuis presque 30 ans et qu'elle est utilisée depuis aussi longtemps dans les enquêtes criminelles au Canada pour aider tant les témoins de la poursuite que ceux de

time. The earliest Canadian cases where this technique is reported are *R. v. Pitt*, [1968] 3 C.C.C. 342 (B.C.S.C.), and *R. v. K.*, [1979] 5 W.W.R. 105 (Man. Prov. Ct.). Many more cases emerged in the 1980s and 1990s. As well, as early as 1979, this Court specifically acknowledged the use of forensic hypnosis by police forces and by defence counsel: see *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, at pp. 433-34, *per* Beetz J. These cases stand for the proposition that hypnosis is in no way a novel science.

la défense à se rafraîchir la mémoire. Les premières décisions canadiennes faisant état de l'emploi de cette technique sont *R. c. Pitt*, [1968] 3 C.C.C. 342 (C.S.C.-B.), et *R. c. K.*, [1979] 5 W.W.R. 105 (C. prov. Man.). De nombreuses autres décisions ont suivi dans les années 80 et 90. De plus, dès 1979, notre Cour a expressément reconnu l'utilisation de l'hypnose en criminalistique par les forces policières et par les avocats de la défense : voir *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, p. 433-434, le juge Beetz. Ces décisions appuient la position selon laquelle l'hypnose n'est absolument pas une science nouvelle.

A scientific technique or knowledge will be considered "novel" in two situations: when it is new, or when the application of recognized scientific knowledge or technique is new (see *J.-L.J.*, at para. 35). In *J.-L.J.*, the expert in issue was characterized as a "pioneer in Canada" in trying to use a generally recognized therapeutic tool, penile plethysmograph, as a forensic tool in order to determine common traits or characteristics of sexual deviants (para. 35). This is what made the science in that case "novel". Hypnosis is not new science, nor is its use in forensic investigation new.

133 Une technique ou connaissance scientifique sera considérée « nouvelle » dans deux cas : quand elle est nouvelle ou quand, bien qu'elle soit déjà reconnue, son application est nouvelle (voir *J.-L.J.*, par. 35). Dans l'arrêt *J.-L.J.*, l'expert en cause a été considéré comme ayant fait œuvre de « pionnier au Canada » en essayant d'utiliser un outil thérapeutique généralement reconnu, la pléthysmographie pénienne, comme outil criminalistique pour déterminer des traits ou caractéristiques communes aux déviants sexuels (par. 35). C'est pourquoi, dans cette affaire, on pouvait parler de science « nouvelle ». Or, ni l'hypnose ni son utilisation en criminalistique ne sont nouvelles.

Deschamps J. maintains that the use of hypnosis in criminal investigation is not frozen in time and subject to judicial scrutiny when questioned. I agree. The question is how this process is to be undertaken and what is its object. One important question is the determination of the basis for the new query. As always, context is important. It is important to note, with regard to this, that very few Canadian courts have admitted hypnosis evidence without a *voir dire* as to its admissibility. This is contrary to some U.S. states that have adopted a *per se* admissibility rule (i.e., admission without a *voir dire*): see *State v. Brown*, 337 N.W.2d 138 (N.D. 1983); *State v. Jorgensen*, 492 P.2d 312 (Or. Ct. App. 1971); *State v. Glebock*, 616 S.W.2d 897 (Tenn. Crim. App. 1981); and *Prime v. State*, 767 P.2d 149 (Wyo. 1989). This illustrates the difficulty in applying foreign precedents without paying attention to differences in approaches. In Canada,

134 La juge Deschamps soutient que l'utilisation de l'hypnose dans les enquêtes criminelles n'est pas figée à jamais et qu'elle est susceptible d'examen judiciaire lorsqu'elle est remise en question. Je suis d'accord. La question est de savoir comment cet examen doit être effectué et quel en est l'objet. Il est important de déterminer sur quelle base doit se faire la nouvelle enquête. Comme toujours, le contexte est important. À cet égard, il faut mentionner que très peu de tribunaux canadiens ont admis des témoignages posthypnotiques sans tenir un voir-dire relativement à leur admissibilité. La façon de procéder au Canada est donc contraire à celle de certains États américains qui ont adopté la règle de l'admissibilité automatique (c.-à-d. l'admission sans voir-dire) : voir *State c. Brown*, 337 N.W.2d 138 (N.D. 1983); *State c. Jorgensen*, 492 P.2d 312 (Or. Ct. App. 1971); *State c. Glebock*, 616 S.W.2d 897 (Tenn. Crim. App. 1981); et *Prime c. State*,

the trend has always been to hold a *voir dire* examining the entire factual context surrounding the hypnosis evidence, with experts called to discuss the science of hypnosis and give their opinion as to whether the evidence in issue is sufficiently reliable to be admitted. See, for example: *R. v. Zubot* (1981), 47 A.R. 389 (Q.B.); *Clark*; *R. v. Hart*, [1990] O.J. No. 2678 (QL) (H.C.J.); *R. v. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL) (Gen. Div.); *R. v. Gauld*, [1994] O.J. No. 1477 (QL) (Gen. Div.); *R. v. Taillefer* (1995), 100 C.C.C. (3d) 1 (Que. C.A.), at p. 22; *R. v. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL) (S.C.); *R. v. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175 (C.A.), aff'd [1999] 3 S.C.R. 866; *R. v. B. (A.)* (2004), 27 C.R. (6th) 283 (C.Q.); and *R. v. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481 (C.A.). I fail to see how this is not "judicial assessment" of forensic hypnosis evidence. Clearly, the use of hypnosis evidence has been put to judicial scrutiny.

767 P.2d 149 (Wyo. 1989). Cela illustre la difficulté d'appliquer des précédents étrangers sans tenir compte des différences dans la façon de procéder. Au Canada, la tendance a toujours été de tenir un voir-dire où l'ensemble du contexte factuel relatif aux dépositions des témoins soumis à l'hypnose est examiné avec l'aide d'experts appelés à expliquer la science de l'hypnose et à donner leur opinion quant à savoir si le témoignage en cause est suffisamment fiable pour être admis. Voir, p. ex. : *R. c. Zubot* (1981), 47 A.R. 389 (B.R.); *Clark*; *R. c. Hart*, [1990] O.J. No. 2678 (QL) (H.C.J.); *R. c. Sanchez-Flores*, [1993] O.J. No. 4161 (QL) (Div. gén.); *R. c. Gauld*, [1994] O.J. No. 1477 (QL) (Div. gén.); *R. c. Taillefer*, [1995] A.Q. nº 496 (QL) (C.A.), par. 61; *R. c. Savoy*, [1997] B.C.J. No. 2747 (QL) (C.S.); *R. c. Terceira* (1998), 38 O.R. (3d) 175 (C.A.), conf. par [1999] 3 R.C.S. 866; *R. c. B. (A.)* (2004), 27 C.R. (6th) 283 (C.Q.); et *R. c. Baltovich* (2004), 73 O.R. (3d) 481 (C.A.). Je ne vois pas comment on peut refuser de reconnaître qu'il s'agit là d'une « évaluation judiciaire » de la preuve recueillie par l'utilisation de l'hypnose en criminalistique. Il ne fait aucun doute qu'une telle preuve a été examinée par les tribunaux.

3.1.3 *J.-L.J.* Does Not Apply in This Case

135 Aside from one of the earliest cases on the subject (*R. v. K.*), none of the Canadian cases that have considered hypnotically refreshed evidence have countenanced a rule of categorical exclusion. As well, other common law jurisdictions like the United Kingdom, New Zealand and Australia have found hypnosis evidence admissible and have not opted for categorical exclusion. While a number of American states have opted to exclude such evidence, this is quite recent and does not represent a unanimous or even dominant approach. It is also important to consider the context in which American law operates, as discussed later.

136 While the use of forensic hypnosis has not been assessed under the framework set out in *J.-L.J.*, this does not mean that evidence derived from this technique has been admitted into trials without sufficient scrutiny into its reliability. Compliance with

3.1.3 L'arrêt *J.-L.J.* ne s'applique pas en l'espèce

Hormis l'une des premières décisions sur le sujet (*R. c. K.*), aucun jugement canadien touchant les souvenirs ravivés par hypnose n'a préconisé la règle de l'exclusion catégorique. D'autres ressorts de common law, comme le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, ont aussi conclu que la preuve résultant de l'hypnose est admissible et n'ont pas opté pour son exclusion catégorique. Bien que certains États américains aient décidé d'exclure ce type de preuve, ils ne l'ont fait que tout récemment et ce choix ne représente ni un consensus, ni une tendance dominante. Il faut aussi tenir compte du contexte propre au droit américain, comme je l'ai déjà mentionné.

Si l'utilisation de l'hypnose en criminalistique n'a pas été évaluée selon le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *J.-L.J.*, la preuve obtenue à l'aide de cette technique n'a pas pour autant été admise en preuve sans que sa fiabilité ait été soumise à un

the *Clark* guidelines has been seen as an important, though not the exclusive, condition of admissibility. The standard of proof on the *voir dire*, as well as the onus of proof, was correctly set out by Corbett J. in *Sanchez-Flores*, at para. 26:

I am treating this application as one where the Crown must establish on a balance of probabilities that the witness's hypnotically-aided memory has achieved an acceptable level of reliability by considering the *R. v. Clark* safeguards. Implicit in this approach is that there should be some evidence to establish that the subject has in fact been hypnotized, and that the subject's memory has been retrieved through hypnosis. The *R. v. Clark* criteria themselves only address the manner of hypnosis and to these safeguards must be added the requirement that investigating officers and others involved with the subject should not intentionally or inadvertently provide the subject with information.

The trial judge in the case at bar relied on *Sanchez-Flores* as an authority on the standard of reliability that hypnotically refreshed memories should meet (see Ruling re Hypnosis, A.R., at pp. 24-27). He saw his role as ensuring that Ms. Haghnegahdar's hypnotically enhanced memories met an *acceptable level of reliability*, and not simply assuring that the *Clark* guidelines were followed, as my colleague suggests:

. . . It seems to me I have to determine whether, having regard to all of the circumstances surrounding the contact with Gity Haghnegahdar there is any reason, any risk, any serious risk that her recollection has been contaminated in the sense that suggestions have been put to her and have assisted her recollection that make her evidence so manifestly unreliable that it is of no probative value, or very little probative value.

. . .

[A]s I see it, what I want to find out is whether or not there is evidence here that taints the reliability of this evidence in the sense, did somebody put words in her mouth, did she hear things which make it likely she is simply responding to what others told her about times and dates, or did she simply begin to recall more things after the hypnosis session.

examen suffisant. Le respect des lignes directrices établies dans *Clark* a été considéré comme une condition d'admissibilité importante, mais non exclusive. Dans la décision *Sanchez-Flores*, par. 26, le juge Corbett a correctement décrit la norme de preuve ainsi que le fardeau de la preuve applicables lors du voir-dire :

[TRADUCTION] Je considère la présente demande comme un cas dans lequel le ministère public doit établir, selon la prépondérance des probabilités, que le niveau de fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose du témoin est acceptable en regard des facteurs énoncés dans *R. c. Clark*. On reconnaît ainsi implicitement que certains éléments de preuve devraient établir que le sujet a effectivement été hypnotisé et qu'il a recouvré ses souvenirs grâce à l'hypnose. Les critères établis dans *Clark* ne concernent que le déroulement de la séance d'hypnose et il faut y ajouter la condition que les enquêteurs et les autres personnes qui ont été en contact avec le sujet ne lui aient pas fourni de renseignements, intentionnellement ou par inadvertance.

En l'espèce, le juge du procès a invoqué l'arrêt *Sanchez-Flores* comme source de la norme de fiabilité applicable aux souvenirs ravivés par hypnose (voir la décision concernant l'hypnose, d.a., p. 24-27). Son rôle consistait selon lui à s'assurer que le *niveau de fiabilité* des souvenirs ravivés par hypnose de M^me^ Haghnegahdar était *acceptable*, et non à veiller simplement au respect des lignes directrices énoncées dans *Clark*, comme le suggère ma collègue : 137

[TRADUCTION] . . . Selon moi, je dois déterminer si, compte tenu des circonstances entourant le contact avec Gity Haghnegahdar, il existe une raison, un risque, un risque sérieux que ses souvenirs aient été contaminés, en ce sens que des suggestions lui ont été faites et l'ont aidée à recouvrer la mémoire, rendant manifestement son témoignage à ce point peu fiable que sa valeur probante soit nulle, ou très faible.

. . .

[À] mon avis, je dois déterminer, en l'espèce, si des éléments de preuve compromettent la fiabilité de ce témoignage, c'est-à-dire, est-ce que quelqu'un lui a dicté une réponse, a-t-elle entendu quelque chose qui rende vraisemblable qu'elle répète simplement ce que d'autres lui ont dit concernant l'heure et la date, ou plus de détails lui sont-ils simplement revenus à la mémoire après la séance d'hypnose?

If it is true, as the evidence suggests, it was the latter, then to me the evidence *prima facie* would be admissible subject to weight. [Emphasis added.]

(A.R., at pp. 549-51; see also, A.R., at p. 744, where he reiterates that his inquiry is into whether the evidence is "too unreliable to be heard".)

Thus, even at the time of the trial, well before *J.-L.J.*, the common law required that the trial judge be satisfied that the evidence sought to be admitted was sufficiently reliable to be put to the jury. After hearing five days worth of evidence and argument during the *voir dire*, the trial judge so concluded. There was no burden on the Crown at the time to "revers[e] the presumption" of inadmissibility for hypnotically refreshed memories, as my colleague suggests at para. 61 of her reasons. There was no such presumption forming part of our law at the time of trial.

138 The test for assessing the reliability of scientific evidence set out in *J.-L.J.* is not "new law" requiring that scientific methods, previously accepted as legitimate by our courts, must now be resubmitted for scrutiny under the *J.-L.J.* test. Many earlier cases cautioned for scrutiny of evidence based on new scientific methods and set out factors upon which trial judges may rely upon when assessing the reliability of such evidence: see *R. v. Medvedew* (1978), 43 C.C.C. (2d) 434 (Man. C.A.), at pp. 447-48, *per* O'Sullivan J.A., dissenting; *R. v. Nielsen* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (Man. C.A.), at pp. 68-69; *R. v. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 353; *R. v. Johnston* (1992), 69 C.C.C. (3d) 395 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 415; *R. v. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97 (B.C.C.A.); *R. v. J.E.T.*, [1994] O.J. No. 3067 (QL) (Gen. Div.), at para. 75; and *R. v. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.), at p. 394. Thus, neither *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, nor *J.-L.J.* introduced the concept of probing scientific evidence. In fact, it was specifically rejected in *Terceira* (Ont. C.A.), that *Mohan* introduced a new standard for the assessment of novel science: "the rules laid down by Sopinka J. in *R. v. Mohan*, *supra*, do not signify

Si cette dernière hypothèse est la bonne, comme semble l'indiquer la preuve, j'estime que ce témoignage serait à première vue admissible sous réserve du poids à lui accorder. [Je souligne.]

(D.A., p. 549-551; voir aussi à la p. 744, où il réitère que la question à élucider est celle de savoir si le témoignage est [TRADUCTION] « trop peu fiable pour être entendu ».)

Ainsi, même au moment du procès, bien avant l'arrêt *J.-L.J.*, la common law exigeait que le juge du procès soit convaincu que la preuve proposée est suffisamment fiable pour être soumise au jury. Après cinq jours consacrés à l'audition de la preuve et des plaidoiries lors du voir-dire, le juge du procès a conclu que c'était le cas. Le ministère public n'avait pas à ce moment-là l'obligation de « réfut[er] la présomption » d'inadmissibilité des souvenirs posthypnotiques comme le suggère ma collègue au par. 61 de ses motifs. Au moment du procès, une telle présomption n'existait pas dans notre droit.

Le test établi dans *J.-L.J.* pour évaluer la fiabilité d'une preuve scientifique ne constitue pas une règle de « droit nouveau » qui exigerait que les méthodes scientifiques, considérées antérieurement comme légitimes par les tribunaux, soient maintenant réexaminées conformément à l'arrêt *J.-L.J.* De nombreuses décisions antérieures ont recommandé d'examiner avec soin la preuve reposant sur des méthodes scientifiques nouvelles et ont énoncé des facteurs sur lesquels le juge du procès peut s'appuyer pour évaluer la fiabilité de tels éléments de preuve : voir *R. c. Medvedew* (1978), 43 C.C.C. (2d) 434 (C.A. Man.), p. 447-448, le juge O'Sullivan, dissident; *R. c. Nielsen* (1984), 16 C.C.C. (3d) 39 (C.A. Man.), p. 68-69; *R. c. Melaragni* (1992), 73 C.C.C. (3d) 348 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 353; *R. c. Johnston* (1992), 69 C.C.C. (3d) 395 (C. Ont. (Div. gén.)), p. 415; *R. c. Dieffenbaugh* (1993), 80 C.C.C. (3d) 97 (C.A.C.-B.); *R. c. J.E.T.*, [1994] O.J. No. 3067 (QL) (Div. gén.), par. 75; et *R. c. McIntosh* (1997), 117 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.), p. 394. Ainsi, ni l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, ni l'arrêt *J.-L.J.* n'ont instauré le concept de l'examen attentif d'une preuve scientifique. En fait, l'arrêt *Terceira* (C.A. Ont.) a expressément rejeté la

a departure from the common law rules relating to the admission of opinion evidence in a criminal trial, nor do they purport to do so" (p. 185).

The point of both *Mohan* and *J.-L.J.* was to emphasize the need for courts to give special scrutiny to novel science or the new application of a recognized science, through a case-by-case evaluation, in light of the changing nature of our scientific knowledge (see *J.-L.J.*, at para. 34). See also S. C. Hill et al., *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 12-34:

> Although the suggestion has been made that opinion testimony involving a novel field of expertise requires "a higher threshold of reliability" than attaches to other expert opinion testimony, this is not the prescription of *Mohan*. Closer scrutiny means a more searching investigation or examination than normal into the reliability and validity of the science but not raising the bar of reliability to a higher standard than the admission entry point for non-novel science. [Emphasis added.]

J.-L.J. was not intended, as my colleague appears to suggest, to set down a rigid formula where the results must be proved beyond a reasonable doubt before scientific evidence can be admitted. The factors from *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), adopted in *J.-L.J.* were designed to be flexible and non-exclusive. As noted above, similar factors to assist courts in assessing the reliability of scientific evidence have existed at common law long before *J.-L.J.* was decided. Well-established scientific methods accepted by our courts do not need to be systematically reassessed under *J.-L.J.* While my colleague suggests that not all previously accepted scientific techniques will have to be reassessed under *J.-L.J.*, her guidance that science which is "so well established" (at para. 31) need not be reassessed is so vague that it opens the door to most if not all previously accepted techniques being

thèse suivant laquelle l'arrêt *Mohan* avait instauré une nouvelle norme d'évaluation des sciences nouvelles : [TRADUCTION] « les règles établies par le juge Sopinka dans *R. c. Mohan*, précité, n'ont ni pour effet ni pour objet de modifier les règles de la common law en ce qui concerne l'admission des témoignages d'opinion dans les procès criminels » (p. 185).

Tant *Mohan* que *J.-L.J.* visaient à rappeler la nécessité que les tribunaux accordent une attention particulière aux sciences nouvelles ou aux nouvelles applications d'une science reconnue en les évaluant au cas par cas, compte tenu de la nature changeante des connaissances scientifiques (voir *J.-L.J.*, par. 34). Voir aussi S. C. Hill et autres, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (4e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 12-34 : 139

> [TRADUCTION] Bien qu'on ait laissé entendre que les témoignages d'opinion mettant en cause un nouveau domaine d'expertise requièrent « un seuil de fiabilité supérieur » que celui normalement requis des autres témoignages d'opinion, ce n'est pas ce que prescrit l'arrêt *Mohan*. Par examen plus poussé, on entend un examen plus approfondi de la fiabilité et de la validité de la science que celui qui est normalement effectué, mais le seuil de fiabilité requis n'est pas supérieur au seuil d'admissibilité d'une science qui n'est pas nouvelle. [Je souligne.]

Contrairement à la proposition que ma collègue semble avancer, l'arrêt *J.-L.J.* n'avait pas pour objectif d'énoncer une formule rigide dont le résultat doit être établi hors de tout doute raisonnable pour permettre l'admission d'un élément de preuve scientifique. Les facteurs énumérés dans *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), repris dans *J.-L.J.*, se voulaient flexibles et non exclusifs. Comme nous l'avons vu, bien avant que l'arrêt *J.-L.J.* ne soit rendu, la common law avait recours à des facteurs semblables pour aider les tribunaux à évaluer la fiabilité de la preuve scientifique. Les méthodes scientifiques bien établies et acceptées par nos tribunaux ne doivent pas être réévaluées systématiquement en conformité avec l'arrêt *J.-L.J.* Bien que ma collègue avance que les techniques scientifiques reconnues antérieurement ne devront pas toutes être réévaluées conformément à l'arrêt *J.-L.J.*, son indication selon laquelle il ne

subject to challenge under *J.-L.J.*, without establishing a serious basis for the inquiry.

sera pas nécessaire de réévaluer une science « tellement bien établie » (par. 31) est tellement vague qu'elle permet de contester, selon l'arrêt *J.-L.J.*, la plupart, sinon la totalité des techniques auparavant reconnues sans qu'un motif sérieux de procéder à cette enquête ne soit établi.

140 A further concern I have about Deschamps J.'s approach to *J.-L.J.* is that although she states that the standard it requires is "sufficient reliability" (para. 33), her reasoning really reflects a standard of total consensus by members of the scientific community. She acknowledges that hypnosis has been the subject of significant study and peer review, as well as testing, yet, because there is not unanimity in the scientific community on the reliability of hypnotically refreshed memories, she would find this evidence inadmissible. In my view, this standard is more akin to the "general acceptance" test that this Court specifically rejected in *Mohan* in favour of the *Daubert* "reliable foundation" test, as stated in *J.-L.J.*, at para. 33:

Un autre aspect de l'interprétation de l'arrêt *J.-L.J.* proposée par la juge Deschamps m'inquiète. Bien qu'elle précise que la norme applicable est celle d'une preuve « suffisamment fiable » (par. 33), son raisonnement mène en fait à celle d'un consensus absolu parmi les membres de la communauté scientifique. Elle reconnaît que l'hypnose a fait l'objet d'études, de contrôles et de vérifications appréciables par des pairs. Néanmoins, vu l'absence d'unanimité dans la communauté scientifique sur la fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose, elle conclut que ce type de preuve est inadmissible. À mon avis, cette norme s'apparente davantage au critère de [TRADUCTION] « l'acceptation générale » que notre Cour a expressément rejeté dans l'arrêt *Mohan*, privilégiant le critère du [TRADUCTION] « fondement fiable » de l'arrêt *Daubert*, comme elle le précise dans *J.-L.J.*, par. 33 :

> *Mohan* kept the door open to novel science, rejecting the "general acceptance" test formulated in the United States in *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), and moving in parallel with its replacement, the "reliable foundation" test more recently laid down by the U.S. Supreme Court in *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

> L'arrêt *Mohan* a laissé la porte ouverte aux nouvelles théories ou techniques scientifiques, rejeté le critère de [TRADUCTION] « l'acceptation générale » formulé aux États-Unis dans *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), et s'est engagé dans la même direction que le critère qui l'a remplacé, à savoir celui du [TRADUCTION] « fondement fiable » qui a été établi plus récemment par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

In the test set out in *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), demonstrating "general acceptance" of a theory or technique within a scientific community was *the* requirement to be met, while under the *Daubert* test adopted in *J.-L.J.*, "general acceptance" is weighed as only one of several factors to be considered. The problem with the mandatory "general acceptance" standard in *Frye* has been summarized as follows:

Selon le critère énoncé dans *Frye c. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923), *la* norme à respecter était la démonstration de « l'acceptation générale » de la théorie ou technique au sein de la communauté scientifique, alors que selon le critère établi dans *Daubert*, et retenu dans *J.-L.J.*, « l'acceptation générale » n'était que l'un des facteurs à prendre en compte. Le problème que pose la norme de « l'acceptation générale » impérative adoptée dans *Frye* a été résumé comme suit :

> The test does not specify what proportion of experts constitute general acceptance. Courts have never required

> [TRADUCTION] Ce critère ne précise pas quelle proportion d'experts correspond à l'acceptation générale. Les

unanimity, and anything less than full consensus in science can quickly resemble substantial disagreement. In fact, the most rigorous fields with the healthiest scientific discourse might fail the *Frye* test with the greatest frequency.

(D. L. Faigman et al., *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony* (2005), vol. 1, at p. 9)

As this passage demonstrates, total unanimity is impossible to obtain and therefore completely unrealistic to expect. I fear that the high standard of reliability my colleague champions will result in the exclusion of far too much relevant and probative evidence.

Finally, I add that in order to come to the conclusion that hypnosis evidence does not meet the criteria of general acceptance, my colleague relies almost exclusively on the position of experts discussed in American cases. This is not a sufficient evidentiary foundation upon which to arrive at such a conclusion. However, this was the sole evidence the appellant advanced before this Court in support of his argument that it should adopt a general exclusionary rule towards hypnosis evidence. Ironically, I note that even in the U.S. case the appellant relies upon most, *State v. Moore*, 852 A.2d 1073 (2004), the New Jersey Supreme Court determined that the record was inadequate to reconsider its position on hypnotically refreshed memories and remanded the matter to the trial court for rehearing.

In effect, Deschamps J. is acceding to the appellant's invitation to take judicial notice of what some experts have testified to in these American cases. In *R. v. Find*, [2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32, at paras. 48-49, this Court specifically rejected the possibility of courts ever taking judicial notice of expert evidence:

Judicial notice dispenses with the need for proof of facts that are clearly uncontroversial or beyond

tribunaux n'ont jamais exigé l'unanimité, et tout ce qui ne fait pas consensus absolu en science peut rapidement prendre la forme d'un désaccord profond. En fait, les domaines les plus rigoureux ayant les discours scientifiques les plus sains pourraient très souvent ne pas satisfaire au critère formulé dans *Frye*.

(D. L. Faigman et autres, *Modern Scientific Evidence : The Law and Science of Expert Testimony* (2005), vol. 1, p. 9)

Comme le démontre cet extrait, il est impossible d'obtenir l'unanimité complète, de sorte qu'il serait irréaliste de s'y attendre. Je crains que la norme élevée de fiabilité défendue par ma collègue ne se traduise par l'exclusion de beaucoup trop d'éléments de preuve pertinents et probants.

141 Enfin, j'ajouterai que, pour arriver à la conclusion que la preuve issue de l'hypnose ne satisfait pas au critère de l'acceptation générale, ma collègue s'appuie presque exclusivement sur les opinions d'experts examinées dans la jurisprudence américaine. Cette preuve n'est pas suffisante pour fonder une telle conclusion. Il s'agit toutefois de la seule preuve produite par l'appelant devant notre Cour à l'appui de son argument selon lequel elle devrait statuer que la preuve obtenue à l'aide de l'hypnose doit généralement être exclue. Ironiquement, je constate que, même dans la décision américaine sur laquelle s'appuie le plus l'appelant, *State c. Moore*, 852 A.2d 1073 (2004), la Cour suprême du New Jersey a conclu que le dossier n'était pas suffisant pour qu'elle revoie sa position sur les souvenirs ravivés par hypnose et elle a renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour la tenue d'une audition en bonne et due forme.

142 En fait, la juge Deschamps acquiesce à la demande de l'appelant, qui a invité la Cour à prendre connaissance d'office du témoignage de certains experts devant les tribunaux américains. Or, dans *R. c. Find*, [2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32, par. 48-49, la Cour a expressément exclu la possibilité que les tribunaux puissent prendre connaissance d'office de la preuve d'expert :

La connaissance d'office dispense de la nécessité de prouver des faits qui ne prêtent clairement pas à

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 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: *R. v. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (Ont. C.A.); J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 1055.

The scientific and statistical nature of much of the information relied upon by the appellant further complicates this case. Expert evidence is by definition neither notorious nor capable of immediate and accurate demonstration. This is why it must be proved through an expert whose qualifications are accepted by the court and who is available for cross-examination. . . . [Emphasis added.]

143 It is especially problematic for courts to rely on expert evidence heard in other cases. This ignores the danger that experts are often chosen to support the position of the party presenting them. T. M. Bubela comments on the phenomenon of partisan experts in "Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession" (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853, at p. 854:

There are many problems for the administration of justice associated with the selection of experts and the use of expert testimony by opposing counsel in an adversarial setting. The problems may be grouped into two categories: substantive issues of justice and fairness, and procedural issues related to cost and efficiency. In the former category, the main concern is that a potential litigant will search far and wide for an expert prepared to express an opinion consonant with the case contended for by the client's lawyers. Trials thus become a "battle of the experts" with a technically untrained judge selecting between competing theories.

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 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 : *R. c. Potts* (1982), 66 C.C.C. (2d) 219 (C.A. Ont.); J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), p. 1055.

La nature scientifique et technique d'une large part des renseignements invoqués par l'appelant complique encore plus la présente affaire. La preuve d'expert n'est par définition ni notoire ni susceptible de démonstration immédiate et fidèle. C'est la raison pour laquelle elle doit être prouvée par un expert dont les compétences sont reconnues par le tribunal et qui peut être contre-interrogé. . . [Je souligne.]

Le fait qu'un tribunal s'appuie sur des témoignages d'expert entendus dans d'autres causes est particulièrement problématique. Le tribunal fait alors fi du danger inhérent au fait que les experts sont souvent choisis pour défendre la position de la partie qui les appelle à témoigner. T. M. Bubela a fait les commentaires qui suivent sur le phénomène de la partisanerie des experts dans « Expert Evidence : The Ethical Responsibility of the Legal Profession » (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853, p. 854 :

[TRADUCTION] De nombreux problèmes d'administration de la justice sont liés au choix des experts et à l'utilisation des témoignages d'expert par les avocats des parties opposées dans le contexte d'un débat contradictoire. Ces problèmes peuvent être classés en deux catégories : d'une part, les questions de fond relatives à la justice et à l'équité et, d'autre part, les questions de procédure liées aux coûts et à l'efficacité. En ce qui concerne la première catégorie, le principal problème tient au fait qu'un éventuel plaideur fera des recherches très poussées pour dénicher un expert disposé à exprimer une opinion qui concorde avec la thèse que feront valoir ses avocats. Les procès deviennent ainsi des « batailles d'experts » qui se déroulent devant un juge qui n'a pas les connaissances techniques nécessaires pour départager les théories opposées.

While the risk of expert partisanship exists in every case, it becomes even more pronounced when this evidence is introduced through external cases, where the expert's comments originate in a different factual context (see, on this point, *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43, at paras. 13-14, *per* McLachlin C.J.), and where the parties to the current proceeding do not have an opportunity to test this evidence through leading contrary evidence or through cross-examination. I would reiterate here my comments on the use of extrinsic evidence in *R. v. Sappier*, [2006] 2 S.C.R. 686, 2006 SCC 54, at para. 71: "I would agree that it is generally wise not to incorporate evidence submitted in other cases without disclosing it to the parties and allowing them the possibility of challenging it or presenting contrary evidence."

Deschamps J. would allow this ground of the appeal without a proper evidentiary foundation, thereby depriving the Crown of the right to present contrary evidence or to cross-examine the experts who maintain such a position.

3.1.4 The Long-Standing Admissibility Rule for Hypnotically Refreshed Memories

For the near 30 years that Canadian courts have considered hypnosis evidence, the admissibility rules applied to such evidence have been those applied to refreshed memories: the evidence is admissible, with potential frailties created by the means of refreshing the memory going to weight. We find an articulation of this choice of approach in *Clark*, at pp. 122-23:

In principle there would appear to be nothing to distinguish hypnotically-refreshed testimony from testimony refreshed by other means. Witnesses daily appear in our courts and give testimony after having reviewed, prior to testifying, reports or notes which were made at the time of their original observations. Indeed, we go so far as to permit witnesses to refer to such notes during the actual process of testifying, where we are satisfied that the notes were made sufficiently contemporaneous with the witness's original observation. As

Certes, le risque de partisanerie d'un expert est toujours présent, mais il est accru lorsque la preuve présentée provient en fait d'autres causes, dans lesquelles l'avis de l'expert repose sur des données factuelles différentes (voir sur ce point *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43, par. 13-14, la juge en chef McLachlin), et que les parties à la nouvelle instance n'ont pas la possibilité de mettre son témoignage à l'épreuve en présentant une preuve contraire ou en le contre-interrogeant. Je répéterai ici les remarques que j'ai formulées sur l'utilisation d'une preuve extrinsèque dans *R. c. Sappier*, [2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54, par. 71 : « Je conviens qu'il est généralement prudent de ne pas incorporer des éléments de preuve présentés dans d'autres causes sans les avoir communiqués aux parties et leur avoir permis de les contester ou de présenter des preuves contraires. »

144 La juge Deschamps est d'avis de faire droit à ce moyen, sans preuve suffisante pour l'étayer, privant ainsi le ministère public du droit de présenter une preuve contraire ou de contre-interroger les experts qui ont exprimé l'avis en cause.

3.1.4 La règle établie depuis longtemps de l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose

145 Les tribunaux canadiens, qui se prononcent sur la preuve découlant de l'hypnose depuis presque 30 ans, appliquent à cette preuve les règles d'admissibilité utilisées dans le cas des souvenirs ravivés : la preuve est admissible, mais ses éventuelles faiblesses liées au moyen utilisé par le témoin pour se rafraîchir la mémoire auront une incidence sur le poids qu'on lui accordera. Cette façon de procéder a été décrite dans *Clark*, aux p. 122-123 :

[TRADUCTION] En principe, rien ne semble distinguer les souvenirs ravivés par hypnose des souvenirs ravivés par d'autres moyens. Tous les jours, des témoins se présentent devant nos tribunaux et font une déposition après avoir relu des rapports ou des notes rédigés au moment des faits dont ils ont eu connaissance. En fait, on va jusqu'à leur permettre de consulter de telles notes pendant leur déposition, lorsqu'on est convaincu que ces notes ont été prises assez promptement après les faits. Comme dans le cas de l'hypnose, il existe toujours

in the case of hypnosis, there is always a danger that a witness's testimony may have been tainted by information supplied by another individual. An over-zealous policeman may allow an eye-witness to review a police report containing a full description of the accused. In the case of such a witness our approach would not be to exclude his evidence; rather, the evidence would be considered unreliable and afforded little weight. . . .

146 To be more precise, the approach to admissibility has been closer to the process for admitting past recollections recorded than present memory refreshed (our courts have not always distinguished between the two — see Stewart, at p. 78). For refreshed memories to be admissible, the stimulus for recovering the memory itself need not be admissible: this was recently reaffirmed in *R. v. Fliss*, [2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16, at para. 45. However, for past recollection recorded evidence to be admissible, conditions are imposed upon the past record used to refresh memory to ensure that it meets certain circumstantial guarantees of reliability: see *R. v. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (Alta. C.A.), at p. 352, *per* Kerans J.A., and *Fliss*, at paras. 63-64. Similarly, Canadian courts have rarely found hypnotically refreshed memories admissible *per se*, but instead have held *voir dires* to assess whether such evidence is sufficiently reliable. As earlier noted, compliance with the *Clark* guidelines has been seen as an important, though not the exclusive, condition of admissibility.

3.1.5 Insufficient Evidentiary Record to Challenge the Rule

147 I note that the appellant did not challenge the admissibility rule at the time of the trial, but rather tried to show that Ms. Haghnegahdar's evidence was not sufficiently reliable to be admitted by calling experts to testify as to potential problems with adhering to the *Clark* guidelines and other issues, such as pre- and post-hypnotic suggestion, confabulation, etc. It is only before this Court and the Court of Appeal that Mr. Trochym sought to challenge the long-standing admissibility rule. In order

un risque que la déposition du témoin soit influencée par des renseignements reçus d'une autre personne. Un policier trop zélé peut permettre à un témoin oculaire d'examiner un rapport de police contenant la description complète de l'accusé. En pareil cas, on n'exclurait pas le témoignage, mais on le jugerait peu fiable et on lui accorderait peu de poids. . .

Plus précisément, l'attitude des tribunaux sur la question de l'admissibilité se rapproche davantage de leur démarche à l'égard de l'admission d'un souvenir ancien enregistré qu'à l'égard d'un souvenir contemporain ravivé (ils n'ont pas toujours fait la distinction entre les deux — voir Stewart, p. 78). Pour qu'un souvenir ravivé soit admissible, il n'est pas nécessaire que le stimulus qui a aidé le témoin à recouvrer la mémoire soit lui-même admissible : ce principe a récemment été réaffirmé dans *R. c. Fliss*, [2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16, par. 45. Par contre, dans le cas de l'enregistrement d'un souvenir ancien, l'enregistrement utilisé pour rafraîchir la mémoire du témoin doit répondre à certaines conditions assurant le respect de certaines garanties circonstancielles de fiabilité : voir les arrêts *R. c. Meddoui* (1990), 61 C.C.C. (3d) 345 (C.A. Alb.), p. 352, le juge Kerans, et *Fliss*, par. 63-64. De même, les tribunaux canadiens ont rarement conclu à l'admissibilité automatique des souvenirs ravivés par hypnose, mais ont plutôt tenu des voir-dire pour vérifier si cette preuve était suffisamment fiable. Le respect des lignes directrices établies dans *Clark* a été considéré comme une condition d'admissibilité importante, mais non exclusive.

3.1.5 Preuve insuffisante pour contester la règle

Je constate que l'appelant n'a pas contesté la règle de l'admissibilité lors du procès. Il a plutôt essayé de démontrer que le témoignage de M^me^ Haghnegahdar n'était pas suffisamment fiable pour être admis, en appelant des experts qui devaient soulever d'éventuelles dérogations aux lignes directrices établies dans *Clark* et d'autres questions, comme la suggestion préhypnotique et posthypnotique, la fabulation, etc. Ce n'est qu'en cour d'appel et devant notre Cour que M. Trochym

to properly challenge such a rule, however, he was required to present direct expert evidence on why the rule should no longer be accepted, not just some academic commentary supporting this position. No such evidence was presented. I have serious reservations about courts conducting personal research — and forming conclusions on the basis of such research — in areas that require expertise, like the sciences.

a contesté la validité de cette règle établie depuis longtemps. Pour contester une telle règle en bonne et due forme, il ne pouvait se contenter d'invoquer un texte de doctrine appuyant sa position; il était tenu de présenter une preuve d'expert directe, expliquant pourquoi cette règle ne devrait plus être acceptée. Or, il n'a pas présenté la preuve requise. J'ai de sérieuses réserves concernant les recherches personnelles effectuées par les tribunaux — et les conclusions auxquelles ils parviennent sur le fondement de telles recherches — dans des domaines, comme les sciences, qui requièrent une expertise.

The sole evidence the appellant advanced before this Court on the hypnosis issue was a handful of American cases in which the courts have opted for categorical exclusion. This is not a sufficient evidentiary foundation upon which this Court should overturn a long-standing Canadian common law rule.

148 La seule preuve présentée par l'appelant devant notre Cour concernant l'hypnose était constituée de quelques décisions américaines dans lesquelles les tribunaux ont opté pour l'exclusion catégorique. Cette preuve n'est pas suffisante pour que notre Cour écarte une règle de common law établie depuis longtemps au Canada.

3.1.6 Concerns Raised Regarding Hypnosis Are Not New Nor Insurmountable

The concerns my colleague raises are not new and have been taken into account by trial judges in virtually every *voir dire* held to determine the admissibility of hypnotically refreshed memories.

3.1.6 Les problèmes relatifs à l'hypnose ne sont ni nouveaux ni insurmontables

149 Les problèmes mentionnés par ma collègue ne sont pas nouveaux et sont pris en compte par les juges du procès dans pratiquement tous les voir-dire sur l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose.

A review of Canadian hypnotically refreshed evidence cases reveals that when trial judges consider the admissibility of hypnosis evidence, they hear about the divergent opinions on the use of forensic hypnosis in the scientific community, including concerns regarding the dangers associated with hypnosis, such as suggestibility, confabulation and memory hardening, and they take these into consideration when deciding whether to admit the specific evidence. See, for example: *Clark*, at pp. 120-21; *Sanchez-Flores*, at paras. 24-25; *Gauld*, at paras. 16-23; *Savoy*, at paras. 16-18; and *Baltovich*, at para. 55. At paragraph 60 of *Baltovich*, the Ontario Court of Appeal noted:

150 L'examen de la jurisprudence canadienne sur le sujet révèle que les juges du procès, avant de se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve issue de l'hypnose dans un cas particulier, entendent et prennent en compte les avis divergents de la communauté scientifique concernant l'utilisation de l'hypnose en criminalistique, et notamment leurs préoccupations concernant les dangers associés à l'hypnose, tels la vulnérabilité à la suggestion, la fabulation et le durcissement de la mémoire. Voir, p. ex. : *Clark*, p. 120-121; *Sanchez-Flores*, par. 24-25; *Gauld*, par. 16-23; *Savoy*, par. 16-18; et *Baltovich*, par. 55. Au paragraphe 60 de cette dernière décision, la Cour d'appel de l'Ontario a fait la remarque suivante :

The dangers referred to . . . are well documented. As previously mentioned, these dangers have been identified as confabulation, susceptibility to suggestion and

[TRADUCTION] Les dangers mentionnés [. . .] sont bien documentés. Comme nous l'avons vu, il s'agit de la fabulation, de la vulnérabilité à la suggestion et du

memory hardening. Expert testimony on the *voir dire* alerted the trial judge to those dangers and he considered them in arriving at his decision to admit [the witness's] post-hypnosis evidence.

151 In the case at bar, the trial judge was similarly alerted to these potential dangers by Drs. Pollock and Yarmey. He was empowered to exclude the evidence if he found hypnosis rendered the evidence of Ms. Haghnegahdar insufficiently reliable to go to the jury. However, having found substantial compliance with the *Clark* guidelines, as well as having been shown, through the Crown's cross-examination, that the concerns raised by the defence experts were not live ones with respect to Ms. Haghnegahdar's evidence, the trial judge ruled the evidence admissible.

152 The standard for admissibility applied by the trial judge was sufficient reliability and not reliability beyond a reasonable doubt. McCombs J. was under no illusion that hypnosis would guarantee the truth of Ms. Haghnegahdar's evidence. He recognized that if done properly and without suggestion, hypnotically refreshed memories could only be as reliable as regular memory (A.R., at p. 30). In my view, it would be unreasonable to expect hypnotically refreshed memories to be more reliable than regular memories. My colleague has concerns about the reliability of hypnotically refreshed memories because they are not immune to external sources of suggestion and because there is no guarantee that such memories are likely to be either accurate or inaccurate (para. 55). However, the same is true of all memory. A witness who testifies from ordinary memory a year and a half after seeing a crime, may inadvertently incorporate facts he gleaned from the media or others into their recall. There is no guarantee with respect to the accuracy of such ordinary memories either. Judges know these risks, yet we do not deem such evidence inadmissible. These sorts of potential frailties with memory, whether ordinary or hypnotically refreshed, are those that we have always assumed juries are quite capable of weighing. As mentioned in para. 114, appellate courts must have faith in the intelligence and common

durcissement de la mémoire. Lors du voir-dire, l'expert a mis en garde le juge du procès contre ces dangers et celui-ci en a tenu compte pour rendre sa décision d'admettre le témoignage posthypnotique [du témoin].

De même, en l'espèce, MM. Pollock et Yarmey ont mis en garde le juge du procès contre ces dangers éventuels. Le juge avait le pouvoir d'exclure cette preuve s'il concluait que l'hypnose avait rendu le témoignage de M^me^ Haghnegahdar trop peu fiable pour être soumis au jury. Toutefois, après qu'il eut conclu que les directives énoncées dans *Clark* avaient été respectées pour l'essentiel et que le ministère public lui eut démontré au moyen du contre-interrogatoire que les problèmes soulevés par les experts de la défense ne se posaient pas dans le cas du témoignage de M^me^ Haghnegahdar, le juge du procès a décidé que la preuve était admissible.

La norme d'admissibilité appliquée par le juge du procès était celle de la preuve suffisamment fiable et non celle de la fiabilité hors de tout doute raisonnable. Le juge McCombs était conscient que l'hypnose ne garantissait pas la véracité du témoignage de M^me^ Haghnegahdar. Il a reconnu que si la séance d'hypnose était correctement menée et ne comportait pas d'influences suggestives, les souvenirs ravivés par hypnose pouvaient tout au plus être aussi fiables que les souvenirs ordinaires (d.a., p. 30). À mon avis, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que les souvenirs ravivés par hypnose soient plus fiables que les souvenirs ordinaires. Ma collègue s'inquiète de la fiabilité des souvenirs ravivés par hypnose parce qu'ils ne sont pas à l'abri de sources externes de suggestion et parce que rien ne garantit que ces souvenirs seront probablement exacts ou inexacts (par. 55). Or, ces craintes valent pour tous les souvenirs. Le témoin qui s'appuie sur ses souvenirs ordinaires pour faire une déposition un an et demi après avoir assisté au crime peut y incorporer involontairement des faits qu'il a appris des médias ou d'autres sources. Rien ne garantit non plus la fidélité de ces souvenirs ordinaires. Les juges connaissent ce risque, mais ils ne présument pas pour autant de l'inadmissibilité de tels témoignages. On a toujours tenu pour acquis que les jurés étaient parfaitement capables d'apprécier ces éventuelles faiblesses de la mémoire, peu

sense of juries and in the ability of trial judges to properly charge them.

Furthermore, I note that the one source of potential suggestion my colleague flags in the instant case was raised and considered at the *voir dire*. Looking at the transcript of Ms. Haghnegahdar's second interview with police as a whole, the trial judge did not see any influence exerted by police in their questioning. As well, the assumption that police wanted Ms. Haghnegahdar to choose Wednesday over Thursday at such an early point in their investigation, when neither the time of the murder had been established conclusively, nor had Mr. Raymer and Ms. Humenick given their statements regarding the Wednesday, is not a reasonable one, in my view. The trial judge also doubted the likelihood of influence on this point because the sighting itself, not the day on which it occurred, was what was crucial to police (see Ruling re Hypnosis, A.R., at p. 19).

Finally, the problem my colleague raises with regard to cross-examining a witness whose memory has been refreshed through hypnosis — the impossibility of challenging the veracity of their memory — also arises in the context of a witness whose evidence is presented through past recollections recorded (see *R. v. Holmes* (1989), 99 A.R. 106 (Q.B.)). However, this has not provoked courts to categorically exclude such evidence. Courts have been satisfied by the fact that witnesses can be cross-examined about how their memories were recalled, the circumstances surrounding the recall and prior inconsistent statements (P. M. Perell, "Proof of an Event of which a Witness Has No Memory" (2003), 26 *Advocates' Q.* 95, at pp. 100-101). I see no reason why the situation should be any different for hypnotically refreshed memories.

importe qu'il s'agisse de souvenirs ordinaires ou de souvenirs ravivés par hypnose. Comme je l'ai mentionné au par. 114, les juridictions d'appel doivent faire confiance à l'intelligence et au bon sens des jurés ainsi qu'à la capacité du juge du procès de leur donner des directives appropriées.

153 En outre, je remarque que l'unique source de suggestion possible dont fait état ma collègue dans la présente affaire a été soulevée et examinée au voir-dire. Après avoir revu l'ensemble de la transcription du deuxième entretien de M^me^ Haghnegahdar avec la police, le juge du procès a conclu que la police n'avait exercé aucune influence au cours de l'interrogatoire. De plus, j'estime qu'il n'est pas raisonnable de tenir pour acquis que la police voulait que M^me^ Haghnegahdar choisisse le mercredi plutôt que le jeudi, à un stade aussi précoce de l'enquête, alors que le moment du meurtre n'avait pas encore été établi de façon concluante et que M. Raymer et M^me^ Humenick n'avaient pas encore fait de déclaration concernant la journée de mercredi. Le juge du procès a également jugé improbable qu'il y ait eu influence à ce stade parce que ce qui était alors crucial pour la police était que M^me^ Haghnegahdar ait vu M. Trochym et non le jour où elle l'avait vu (voir la décision concernant l'hypnose, d.a., p. 19).

154 Enfin, le problème que ma collègue soulève concernant le contre-interrogatoire d'un témoin dont la mémoire a été ravivée par hypnose — l'impossibilité de mettre à l'épreuve la véracité de ses souvenirs — se pose aussi dans le contexte où un témoin dépose en utilisant un enregistrement de ses souvenirs passés (voir *R. c. Holmes* (1989), 99 A.R. 106 (B.R.)). Cela n'a cependant pas incité les tribunaux à exclure catégoriquement une telle preuve. Les tribunaux ont estimé suffisant que les témoins puissent être contre-interrogés sur la question de savoir comment et dans quelles circonstances ils se sont rappelé les événements, ainsi que sur leurs déclarations antérieures incompatibles (P. M. Perell, « Proof of an Event of which a Witness Has No Memory » (2003), 26 *Advocates' Q.* 95, p. 100-101). Je ne vois pas pourquoi il devrait en être autrement pour les souvenirs ravivés par hypnose.

3.1.7 Problems With Excluding Testimony on Subjects Covered by Hypnosis

155 Though it may not be necessary to deal here with the constitutionality of prohibiting an accused from testifying freely at his or her own trial, which would be the result of the approach taken by Deschamps J., and constitutes a matter discussed in *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987), by the Supreme Court of the United States, it is obvious that this issue is very serious; the decision to prohibit all testimony that has been the subject of hypnotic enhancement is a matter that cannot be resolved without consideration of the dangers posed. Without even considering the constitutional issue, I am of the view that limiting Ms. Haghnegahdar's right to testify is not a satisfactory solution in this case, because this means that she will be unable to testify at retrial about seeing the accused coming out of Ms. Hunter's apartment at a time when forensics determined Ms. Hunter would have already been dead, but before her body was discovered by authorities. This is highly probative evidence for the Crown's case as it supports the "staging" argument, contradicts the appellant's testimony that he never went back to the apartment and, at the very least, signifies that he knew she had been brutally murdered and yet took no action.

156 The *only* aspect of this testimony that was refreshed through hypnosis was *the day* the sighting occurred. However, as noted by the trial judge (A.R., at pp. 18-19), whether the sighting occurred on the Wednesday or Thursday does not change the significance of the evidence. Therefore, to exclude all of the evidence when only this point was clarified through hypnosis, strikes me as an inflexible and disproportionate solution. The goal of the court process is truth seeking, and a just result is best achieved when all relevant and probative evidence is put before the jury: *L. (D.O.)*, at pp. 454-55.

3.1.7 Problèmes associés à l'exclusion des témoignages sur des sujets abordés lors d'une séance d'hypnose

Bien qu'il ne soit peut-être pas nécessaire de traiter ici de la question de la constitutionnalité de l'interdiction pour un accusé de témoigner librement à son propre procès, à laquelle mène le raisonnement de la juge Deschamps et que la Cour suprême des États-Unis a examinée dans *Rock c. Arkansas*, 483 U.S. 44 (1987), il est évident que cette question est très sérieuse; on ne peut se prononcer sur la décision d'interdire tous les témoignages fondés sur des souvenirs ravivés par hypnose sans examiner les dangers qu'elle comporte. Sans même examiner la question constitutionnelle, j'estime que limiter le droit de M^me^ Haghnegahdar de témoigner ne constitue pas une solution satisfaisante en l'espèce parce qu'il en résulterait qu'elle ne pourrait pas témoigner au nouveau procès pour dire qu'elle a vu l'accusé sortir de l'appartement de M^me^ Hunter à un moment où la victime était déjà morte, de l'avis des médecins légistes, mais son corps n'avait pas encore été découvert par les autorités. Il s'agit d'une preuve d'une très grande valeur probante pour la thèse du ministère public étant donné qu'elle appuie l'argument de la « mise en scène », contredit le témoignage de l'appelant selon lequel il n'est jamais retourné à l'appartement et indique à tout le moins qu'il n'a rien fait après s'être rendu compte que M^me^ Hunter avait été assassinée brutalement.

L'*unique* aspect de ce témoignage qui a été ravivé par hypnose est *le jour* où elle a vu l'accusé. Cependant, comme l'a fait remarquer le juge du procès (d.a., p. 18-19), qu'elle l'ait vu le mercredi ou le jeudi ne change rien à la valeur de son témoignage. Par conséquent, exclure la totalité du témoignage dont seul cet élément a été clarifié au moyen de l'hypnose me paraît être une solution rigide et disproportionnée. Le processus judiciaire a pour but la recherche de la vérité et la meilleure façon d'y parvenir est de soumettre au jury toute la preuve pertinente et probante : *L. (D.O.)*, p. 454-455.

3.1.8 The Agreement Between Counsel Was Proper

I cannot agree that it was inappropriate for the trial judge to permit this agreement. It is argued that the impetus for the agreement between the defence and the Crown not to put the issue of Ms. Haghnegahdar's hypnosis before the jury was a concern by defence counsel that members of the jury might view hypnotically enhanced memories as infallible. As framed, this suggests that defence counsel's concern was that the jury would have heard that Ms. Haghnegahdar's memories had been refreshed by hypnosis and would have *automatically* and *uncritically* accepted these as true.

As I read the record of the discussions between defence and Crown counsel and the trial judge on this issue, there were two concerns motivating the defence to strike this deal, and these were *strictly tactical* and not born out of some fear that the jury would uncritically accept the hypnosis evidence. The first appears to have been about the time it would take to put such evidence before the jury. Second, and relatedly, was a realization that the hypnosis evidence was quite credible and, if the jury were told that it was hypnosis evidence, they would be even more likely to believe Ms. Haghnegahdar. This can be seen in the following exchange between defence counsel and the trial judge:

THE COURT: I concluded, after viewing it all, that it was credible evidence and should be heard by the jury. The jury may disagree with me, but, frankly, if you want my own opinion of how the jury will react to it, it's my opinion that it's only going to strengthen the Crown's case if they hear all about the hypnosis.

[DEFENCE]: Well, quite frankly, you know, sir, that was part of my consideration when considering the matter from our end. . . .

(A.R., at p. 1464)

3.1.8 L'entente entre les avocats était acceptable

157 Je ne puis souscrire à l'opinion selon laquelle la décision du juge du procès de permettre cette entente était irrégulière. Selon les arguments qui nous ont été soumis, la défense et le ministère public auraient convenu de ne pas mentionner au jury que M^me^ Haghnegahdar avait été soumise à l'hypnose parce que l'avocat de la défense craignait que les membres du jury considèrent les souvenirs ravivés par hypnose comme infaillibles. Ainsi formulé, cet argument semble indiquer que l'avocat de la défense craignait en fait que les jurés, après avoir appris que les souvenirs de M^me^ Haghnegahdar avaient été ravivés par hypnose, croient *automatiquement* à leur véracité, *sans exercer leur sens critique.*

158 À la lecture des discussions entre les avocats de la défense et du ministère public et le juge du procès sur ce point, je suis d'avis que deux préoccupations ont motivé l'avocat de la défense à conclure cette entente et que celles-ci étaient de nature *purement tactique* et ne provenaient aucunement d'une quelconque crainte que le jury accepte le témoignage issu de l'hypnose sans faire preuve du moindre esprit critique. Premièrement, il se souciait apparemment du temps que demanderait la présentation d'une telle preuve au jury. Deuxièmement, dans le même ordre d'idées, il se rendait bien compte que le témoignage découlant de l'hypnose était très crédible et qu'il était encore plus probable que les jurés croient M^me^ Haghnegahdar si on leur révélait qu'elle avait été hypnotisée. L'échange suivant entre l'avocat de la défense et le juge du procès l'illustre bien :

[TRADUCTION]

LA COUR : J'ai conclu, après avoir tout considéré, qu'il s'agissait d'un témoignage crédible et que le jury devrait l'entendre. Le jury peut ne pas être d'accord avec moi, mais, franchement, si vous voulez savoir quelle sera, selon moi, la réaction des jurés, je pense que cette preuve ne va que renforcer la thèse du ministère public s'ils entendent tout ce qui concerne l'hypnose.

[DÉFENSE] : Bon, en toute franchise, vous savez, Monsieur, c'est une des choses que je prenais en considération en examinant l'affaire de notre point de vue. . .

(D.A., p. 1464)

In the face of this admission by defence counsel that it would be more beneficial to its case to withhold all of the expert evidence about hypnosis from the jury rather than having the jury hear and critically assess it, the argument that this agreement may have caused significant prejudice to the accused, and even jeopardized his rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is gratuitously expedient. Courts should not readily permit an appellant to reverse tactical decisions on appeal: see *Terceira* (Ont. C.A.), at pp. 207-8.

159 Furthermore, there was precedent presented to the trial judge of similar agreements having been reached in other criminal cases. In fact, defence counsel informed the trial judge that he had formed a similar agreement with Crown in a previous case. Thus, at the time counsel proposed this agreement, there was nothing in the law to suggest to the trial judge that such an agreement was inappropriate. Generally, I am of the view that juries should be informed of efforts to enhance memory, as they are quite capable of assessing this evidence and giving it proper weight. However, there is no absolute rule on this point, and agreements between counsel should be respected where no prejudice is shown to have been caused to a party.

3.1.9 Conclusion on Hypnotically Refreshed Evidence

160 Perhaps a better evidentiary foundation in a future case may demonstrate that it is time for Canadian courts to reconsider the long-standing admissibility rule for hypnotically refreshed memories. That decision cannot be made in this case. For now, I would simply caution our courts not to encourage the practice of forensic hypnosis until better evidence is available regarding its value. However, I have not been persuaded at this point, on this record, that a complete exclusion of such evidence in all cases is appropriate, as this could deprive the trier of fact from hearing relevant, probative, and even

Vu cette admission de l'avocat de la défense qu'il serait plus bénéfique pour sa cause de priver le jury de l'ensemble de la preuve d'expert concernant l'hypnose plutôt que de lui soumettre cette preuve et de le laisser l'apprécier en exerçant son sens critique, soutenir que cette entente peut avoir causé un préjudice important à l'accusé et même avoir porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* relève d'un opportunisme gratuit. Les tribunaux ne doivent pas permettre aisément aux appelants de revenir sur leurs décisions stratégiques au stade de l'appel : voir *Terceira* (C.A. Ont.), p. 207-208.

De plus, on a porté à l'attention du juge du procès, à titre de précédents, d'autres affaires criminelles dans lesquelles des ententes semblables avaient été conclues. En fait, l'avocat de la défense a informé le juge du procès qu'il avait déjà conclu une entente semblable avec le ministère public dans une autre affaire. Ainsi, au moment où les avocats lui ont proposé cette entente, le juge du procès n'avait aucun motif juridique de croire à son irrégularité. En règle générale, j'estime que les jurés doivent être informés des efforts déployés pour raviver la mémoire d'un témoin, car ils sont tout à fait capables d'apprécier cette preuve et de lui accorder le poids approprié. Cependant, il n'existe pas de règle absolue à cet égard et les ententes conclues entre les avocats devraient être respectées en l'absence de preuve démontrant qu'elles ont causé un préjudice à une partie.

3.1.9 Conclusion sur les témoignages ravivés par hypnose

Il est possible que, dans une affaire ultérieure, une preuve plus solide démontre que le temps est venu pour les tribunaux canadiens de réexaminer la règle établie depuis longtemps de l'admissibilité des souvenirs ravivés par hypnose. La présente affaire ne permet toutefois pas un tel réexamen. Pour l'instant, je me contenterais de conseiller à nos cours de ne pas encourager la pratique de l'hypnose en criminalistique tant que sa valeur n'aura pas été établie de façon plus certaine. Cependant, au vu du dossier, je ne suis pas encore convaincu qu'il convienne d'exclure complètement ce type de

sometimes critical evidence, to either the Crown's or defence's case in some instances. In my view, the admissibility of such evidence should always be made on a case-by-case basis. Here, the evidence was highly relevant to the Crown's case and shown to be quite credible. In my view, the trial judge made no legal error in admitting it.

3.2 *Post-Offence Conduct*

Post-offence conduct is one type of circumstantial evidence. It is not fundamentally different from other kinds of circumstantial evidence: *White*, at para. 21. It can take various forms: what the accused said to others or the police; what the accused did not say to others or the police; what the accused did; what the accused did not do; and how the accused seemed to others (i.e., demeanor evidence). It can also be used for various purposes: to support inferences of consciousness of guilt or even to support inferences of innocence (see *R. v. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516 (C.A.)); to connect the accused to the scene of the crime or to a piece of physical evidence; or to undermine the credibility of the accused in general (*White*, at para. 26).

When used to support inferences of consciousness of guilt, no special rules of admissibility apply apart from the rules that apply to all evidence generally. The evidence is admissible as long as its probative value outweighs its prejudicial effect; there is no special exclusionary rule applicable: *R. v. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226 (Ont. C.A.). There is no separate burden of proof for such evidence: *White* and *R. v. Ménard*, [1998] 2 S.C.R. 109, at para. 23.

This Court has recognized, however, that evidence of post-offence conduct introduced to support an inference of consciousness of guilt can be highly ambiguous and susceptible to jury error: *White*, at para. 22. The danger exists that a jury may erroneously leap from such evidence to a

preuve dans tous les cas, puisque pareille exclusion risque de priver le juge des faits d'éléments de preuve pertinents, concluants et parfois même cruciaux pour le ministère public ou pour la défense dans certains cas. À mon avis, l'admissibilité d'une telle preuve devrait toujours être évaluée au cas par cas. En l'espèce, le témoignage était hautement pertinent pour la thèse du ministère public et on a démontré qu'il était très crédible. Je suis d'avis que le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en l'admettant.

3.2 *Le comportement postérieur à l'infraction*

161 Le comportement postérieur à l'infraction est un type de preuve circonstancielle. Cette preuve ne diffère pas fondamentalement des autres types de preuve circonstancielle : *White*, par. 21. Elle peut revêtir diverses formes : ce que l'accusé a dit à d'autres personnes ou à la police; ce qu'il n'a pas dit à d'autres personnes ou à la police; ce qu'il a fait; ce qu'il n'a pas fait; l'impression qu'il a donnée à d'autres personnes (c.-à-d. son comportement). On peut aussi l'utiliser à des fins diverses : pour appuyer des conclusions de conscience coupable ou même pour étayer des inférences d'innocence (voir *R. c. B. (S.C.)* (1997), 36 O.R. (3d) 516 (C.A.)); pour relier l'accusé aux lieux du crime ou à un élément de preuve matérielle ou pour miner sa crédibilité en général : *White*, par. 26.

162 Outre les règles générales applicables à tout élément de preuve, aucune règle d'admissibilité particulière ne régit la preuve visant à démontrer la conscience coupable. Un élément de preuve est admissible si sa valeur probante l'emporte sur ses effets préjudiciables; aucune règle d'exclusion particulière n'est applicable : *R. c. Peavoy* (1997), 117 C.C.C. (3d) 226 (C.A. Ont.). Il n'existe pas de fardeau de preuve distinct en ce qui concerne une telle preuve : *White* et *R. c. Ménard*, [1998] 2 R.C.S. 109, par. 23.

163 Notre Cour a toutefois reconnu que la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction présentée à l'appui d'une inférence de conscience coupable crée une grande ambiguïté et est susceptible d'induire le jury en erreur : *White*, par. 22. Il existe un risque qu'une telle preuve amène le jury à

conclusion of guilt: *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129. The solution to this potential problem chosen by this Court has been to require the trial judge to properly instruct the jury as to the use of this evidence: *White*, at para. 23. The choice of this solution is grounded in respect for the role of the jury in criminal trials:

> As a general rule, it will be for the jury to decide, on the basis of the evidence as a whole, whether the post-offence conduct of the accused is related to the crime before them rather than to some other culpable act. It is also within the province of the jury to consider how much weight, if any, such evidence should be accorded in the final determination of guilt or innocence. For the trial judge to interfere in that process will in most cases constitute a usurpation of the jury's exclusive fact-finding role. [Emphasis added.]

(*White*, at para. 27)

164 That said, there has been growing concern with respect to the use of demeanor evidence to support inferences of consciousness of guilt because of the highly subjective nature of such evidence: see *R. v. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71 (Ont. C.A.); *R. v. Bennett* (2003), 179 C.C.C. (3d) 244 (Ont. C.A.); and *R. v. Stark* (2004), 190 C.C.C. (3d) 496 (Ont. C.A.). A higher level of intervention on the part of the trial judge may be called for, given the potential for this sort of evidence to be quite prejudicial. However, I would avoid making a general pronouncement about the admissibility of this type of evidence. A case-by-case assessment of such evidence, considering relevance and weighing probative value against the prejudicial effect, is the proper approach. In the case at bar, while there was some evidence led regarding the appellant's unemotional demeanor when speaking about Ms. Hunter's murder to police and her friends, the vast majority of the post-offence conduct presented at trial was not demeanor evidence, and its admission did not impact trial fairness.

165 I turn now to consider the specific post-offence evidence challenged in this case.

commettre une erreur en concluant directement à la culpabilité : *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129. Pour remédier à ce problème éventuel, notre Cour a exigé que le juge du procès donne des directives appropriées au jury concernant l'utilisation de cette preuve : *White*, par. 23. Le choix de cette solution se fonde sur le souci de respecter le rôle du jury dans les procès criminels :

> En règle générale, il appartient au jury de déterminer, eu égard à l'ensemble de la preuve, si le comportement de l'accusé après l'infraction est lié au crime qui lui est reproché, plutôt qu'à un autre acte coupable. Il est également du ressort du jury de déterminer le poids qu'il convient d'accorder à cette preuve aux fins de rendre ultimement un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité. Dans la plupart des cas, le juge du procès qui s'immisce dans ce processus usurpe le rôle de juge des faits exclusivement dévolu au jury. [Je souligne.]

(*White*, par. 27)

Cela dit, l'utilisation de la preuve du comportement du témoin pour étayer une conclusion de conscience coupable soulève une inquiétude grandissante en raison de la nature très subjective de ce type de preuve : voir *R. c. Levert* (2001), 159 C.C.C. (3d) 71 (C.A. Ont.); *R. c. Bennett* (2003), 179 C.C.C. (3d) 244 (C.A. Ont.); et *R. c. Stark* (2004), 190 C.C.C. (3d) 496 (C.A. Ont.). Les juges du procès pourraient être appelés à intervenir davantage, car cette preuve peut être très préjudiciable. J'éviterai toutefois de me prononcer de façon générale sur l'admissibilité de ce type de preuve. L'approche correcte consiste à examiner chaque cas en tenant compte de la pertinence de la preuve et en soupesant sa valeur probante par rapport à son effet préjudiciable. En l'espèce, malgré la présentation de certains éléments de preuve concernant l'absence d'émotion de la part de l'appelant lorsqu'il a parlé du meurtre de M^me^ Hunter avec les amis de celle-ci et la police, la majeure partie des éléments de preuve produits concernant les agissements de l'appelant après l'infraction ne constituaient pas une preuve de comportement et leur admission n'a pas eu d'incidence sur l'équité du procès.

J'examinerai maintenant les éléments de preuve contestés qui concernent le comportement de l'appelant après l'infraction.

3.2.1 Mr. Trochym's Failure To Attend the Funeral, etc.

I find that this evidence was properly admissible and that the Crown was entitled to argue that it demonstrated a consciousness of guilt on Mr. Trochym's part. I find that the trial judge's instructions to the jury regarding this evidence was sufficient to deal with its potential prejudicial effect. After saying "It is for you to determine what, if any, inference you wish to draw from those facts", the trial judge goes on to say:

> Remember, you have been given an explanation of them by Mr. Trochym. Even if you do not accept it, you must consider whether the evidence is proof of guilt or anxiety out of the realization he was a suspect or they thought he was guilty because he is the boyfriend, and that's the reason he did what he did. It is for you to determine the weight to be given to that evidence.

(A.R., at p. 3740)

Clearly, this imparts a sufficient warning that this evidence should be approached with caution and that other inferences, aside from consciousness of guilt, can be drawn from this conduct. I agree with MacPherson J.A. in the Court of Appeal below that the trial judge's charge regarding this evidence was "careful, balanced and fair" (para. 27).

3.2.2 The "Darts and Haircut" Comment

A few days following his first interview with police, when phoned by Detective Clarke for a second meeting, Mr. Trochym declined two proposed meeting times because the first one would interfere with his darts league game and the second one with a haircut appointment. The Crown sought to use this statement to contradict Mr. Trochym's earlier statement to police that he was anxious to help them in their investigation. From this, the Crown advanced the argument that Mr. Trochym only made the earlier statement in order to cast

3.2.1 L'absence de M. Trochym aux funérailles, etc.

166 J'estime que cette preuve était à juste titre admissible et que le ministère public pouvait soutenir qu'elle démontrait une conscience coupable de la part de M. Trochym. À mon avis, les directives que le juge du procès a données au jury à propos de cette preuve étaient suffisantes pour parer à ses éventuels effets préjudiciables. Après lui avoir dit [TRADUCTION] « [c]'est à vous de déterminer quelle inférence, le cas échéant, vous souhaitez tirer de ces faits », le juge du procès a ajouté :

> [TRADUCTION] Souvenez-vous, M. Trochym vous a fourni une explication à leur égard. Même si vous ne l'acceptez pas, vous devez vous demander si cette preuve démontre sa culpabilité ou son anxiété en se rendant compte qu'il était un suspect ou qu'ils pensaient qu'il était coupable parce qu'il était le petit ami de la victime et c'est ce qui explique son comportement. C'est à vous de déterminer le poids à accorder à cette preuve.

(D.A., p. 3740)

De toute évidence, ces directives constituent une mise en garde suffisante quant à la prudence avec laquelle il faut envisager cette preuve et indiquent que des conclusions autres que celle de la conscience coupable peuvent être tirées de ce comportement. Je suis d'accord avec le juge MacPherson de la Cour d'appel qui a dit en l'espèce que les directives du juge du procès concernant cette preuve étaient [TRADUCTION] « prudentes, nuancées et justes » (par. 27).

3.2.2 Les commentaires sur les « fléchettes » et le « rendez-vous chez le coiffeur »

167 Quelques jours après son premier entretien avec la police, M. Trochym a reçu un appel du détective Clarke qui désirait le rencontrer une deuxième fois. L'appelant a refusé deux dates proposées pour la tenue de cette rencontre : la première parce qu'elle entrait en conflit avec un match de sa ligue de fléchettes et la deuxième avec un rendez-vous chez le coiffeur. Le ministère public a cherché à utiliser ces refus pour contredire la déclaration antérieure de M. Trochym aux policiers selon laquelle il tenait à les aider dans leur enquête. Le ministère public s'en

suspicion away from himself. The defence argued that Mr. Trochym made the darts and haircut comments as a stalling tactic while his brother was trying to arrange an appointment for him with a lawyer. After a *voir dire*, the trial judge permitted the evidence as long as the jury was informed that the comments were made after a member of Mr. Trochym's family was in touch with a lawyer and that the day following the comments, police were informed that he had retained counsel and was exercising the right to silence. However, during his charge, the trial judge instructed the jury not to draw any adverse inference against Mr. Trochym because it may well have been his intention to see a lawyer, and that is a right that every person has.

168 That a jury may have been inclined to think Mr. Trochym callous, or even a "monster" for making such a comment, as noted by the trial judge, does not render this evidence prejudicial. The real issue with this evidence is whether it should have been excluded in light of the right to silence. This Court has held that drawing inferences of consciousness of guilt from an accused's silence in the face of police questioning is in violation of this right: *R. v. Turcotte*, [2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50. In that case, the accused went to a police station and asked that a car be sent to the ranch where he lived, but he refused to explain why a car was necessary or what would be found there. Police found three bodies at the scene. This Court held that no inferences of consciousness of guilt could be drawn from Mr. Turcotte's refusal to explain his request, as he was exercising his right to silence.

169 When discussing a person's right to silence, there is an important distinction to draw between when a person voluntarily chooses to speak to police and when that person chooses not to speak. It is perhaps trite to say, but the right to silence prevents inferences of consciousness of guilt from being drawn

est servi pour soutenir que l'appelant n'avait fait la première déclaration que pour détourner les soupçons. La défense a fait valoir que M. Trochym avait utilisé l'excuse des fléchettes et du rendez-vous chez le coiffeur pour gagner du temps pendant que son frère essayait de lui obtenir un rendez-vous chez un avocat. Après un voir-dire, le juge du procès a permis la présentation de cette preuve à condition que le jury soit informé que ces commentaires avaient été faits après qu'un membre de la famille de M. Trochym avait communiqué avec un avocat et que, le lendemain, la police avait appris que M. Trochym avait retenu les services d'un avocat et exerçait son droit de garder le silence. Dans son exposé au jury, le juge du procès lui a toutefois donné comme directive de ne pas tirer de conclusion défavorable à M. Trochym parce qu'il était possible qu'il ait effectivement eu l'intention de consulter un avocat et qu'il s'agit d'un droit reconnu à tous.

Le fait qu'un jury pouvait être enclin à penser que M. Trochym était une personne insensible ou même un « monstre » pour faire un tel commentaire, pour reprendre les termes utilisés par le juge du procès, ne rend pas pour autant cette preuve préjudiciable. La véritable question concernant cette preuve est de savoir si elle aurait dû être exclue compte tenu du droit au silence. Notre Cour a statué que tirer une conclusion de conscience coupable de l'accusé à partir de son refus de répondre aux questions des policiers viole son droit de garder le silence : *R. c. Turcotte*, [2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50. Dans cette affaire, l'accusé s'est rendu au poste de police et a demandé qu'une voiture soit envoyée au ranch où il habitait, mais il a refusé d'expliquer pourquoi une voiture était nécessaire ou ce qu'on allait trouver là-bas. Les policiers y ont découvert trois cadavres. Notre Cour a statué qu'on ne pouvait tirer une inférence de conscience coupable du refus de M. Turcotte d'expliquer sa demande puisqu'il exerçait son droit de garder le silence.

Lorsqu'on analyse le droit d'une personne de garder le silence, il y a une distinction importante à faire entre la personne qui choisit volontairement de parler à la police et la personne qui choisit de ne pas parler. Il s'agit peut-être d'un truisme, mais le droit au silence interdit de tirer une inférence de

from a *person's choice to remain silent*, not inferences of consciousness of guilt from something a person voluntarily says.

I say this while fully aware that the first major cases on the right to silence involved instances where suspects gave confessions and these were found inadmissible: *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, and *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. In these cases, detained suspects were tricked into giving confessions by undercover police officers placed in their midst. On this basis, their right to choose to remain silent was illusory. However, absent evidence that the statements were improperly elicited by authorities, an accused's statements may be used against them. Authority for this can be found in the comments of McLachlin J. (as she then was) in *Hebert*, at p. 185, where she states: "in the absence of eliciting behaviour on the part of the police, there is no violation of the accused's right to choose whether or not to speak to the police. If the suspect speaks, it is by his or her own choice, and he or she must be taken to have accepted the risk that the recipient may inform the police" (emphasis added).

In the case at bar, although he later exercised the right to counsel and the right to silence, Mr. Trochym chose to tell the police that he wanted to help them in their investigation and then later chose to tell them that he could not attend a follow-up meeting on account of darts and a haircut. He took the risks in making these comments and they can therefore be used against him. The trial judge made no error of law in admitting this evidence. His charge to the jury to give this evidence no weight was unnecessary, but it was within his discretion to do so.

3.2.3 False Alibi

The Crown is entitled to argue false alibi to infer consciousness of guilt where there is evidence of concoction or fabrication of the alibi adduced

conscience coupable du fait qu'une *personne choisit de garder le silence*, mais n'interdit pas pareille inférence à partir de ce qu'une personne dit volontairement.

170 Je dis cela en sachant parfaitement que, dans les premières affaires importantes en matière de droit au silence, les suspects avaient fait des aveux qui ont été jugés inadmissibles : *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, et *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Dans ces affaires, des suspects détenus avaient été amenés par la ruse à faire des aveux à des agents doubles de la police qui se trouvaient parmi eux. Dans ce contexte, leur droit de choisir de garder le silence était illusoire. Cependant, en l'absence de preuve que les déclarations ont été obtenues irrégulièrement par les autorités, les déclarations d'un accusé peuvent être utilisées contre lui. Cette affirmation trouve appui dans les commentaires de la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Hebert*, p. 185, où elle a écrit : « en l'absence d'un tel comportement de la part des policiers, il n'y a aucune violation du droit de l'accusé de choisir de parler ou non aux policiers. Si le suspect parle, c'est parce qu'il a choisi de le faire et il faut présumer qu'il a accepté de courir le risque que son interlocuteur puisse informer les policiers » (je souligne).

171 En l'espèce, M. Trochym, bien qu'il ait exercé plus tard son droit de recourir aux services d'un avocat et son droit de garder le silence, a choisi de dire aux policiers qu'il voulait les aider dans leur enquête, puis il a choisi de leur dire qu'il ne pouvait pas se présenter à un entretien complémentaire en raison d'un match de fléchettes et d'un rendez-vous chez le coiffeur. Il a pris le risque de faire ces déclarations et elles peuvent par conséquent être utilisées contre lui. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en admettant cette preuve. Il n'était pas tenu de donner comme directive au jury de ne pas accorder de poids à cette preuve, mais il avait le pouvoir discrétionnaire de le faire.

3.2.3 Faux alibi

172 Le ministère public peut utiliser le faux alibi pour tirer une inférence de conscience coupable. Il doit alors présenter une preuve d'invention ou de

independently from evidence adduced to show that the alibi may be disbelieved: *R. v. Hibbert*, [2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39, at paras. 59 and 67.

173 There was evidence produced by the Crown showing that Mr. Trochym would have had the opportunity to sneak out of his work area on the afternoon of Wednesday, October 14, that it was possible that someone else could have logged into the computer network using his password, and that none of his co-workers could definitively recall seeing him at work between 1:00 p.m. and 3:00 p.m. Such evidence might only go so far as to disprove the appellant's alibi. However, the placing of Mr. Trochym at Ms. Hunter's apartment building between 1:00 p.m. and 3:00 p.m. by three eyewitnesses and the testimony of the Canada Post security guard who saw Mr. Trochym hanging around the cafeteria after his shift, was independent evidence to support that he deliberately concocted an alibi in order to conceal his return to the scene of the crime.

174 I agree with MacPherson J.A. that characterizing this evidence as "alibi evidence", as the appellant sought to do, may be a bit of a misnomer for the events being considered are not events that occurred at the time of the murder but, rather, took place more than 12 hours later (p. 623, note 5). MacPherson J.A. nonetheless undertook an "alibi" analysis of this evidence since the trial judge and parties presented it as such. However, even characterizing this as "alibi evidence", it is clear that there was independent evidence of concoction presented for the Crown to make the argument.

175 On the issue of the sufficiency of the trial judge's instructions to the jury on this point, I agree with MacPherson J.A. that his charge was comprehensive and sound in explaining how this evidence was to be used. Further, he expressly advised the jury not to draw inferences based on "speculation or hunches" and, it is important to note, counsel made no objection to the charge. It is not wise for appellate courts to second-guess trial judges on their charges unless there is clearly a major

fabrication de l'alibi, indépendante de la preuve produite pour démontrer la fausseté de l'alibi : *R. c. Hibbert*, [2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39, par. 59 et 67.

Le ministère public a produit des éléments de preuve démontrant que M. Trochym aurait pu quitter son poste en douce l'après-midi du mercredi 14 octobre, qu'une autre personne aurait pu se brancher au réseau informatique en utilisant son mot de passe et qu'aucun de ses compagnons de travail ne se rappelait clairement l'avoir vu au travail entre 13 h et 15 h. L'existence d'une telle preuve aurait tout au plus pu contredire l'alibi de l'appelant. Cependant, le fait que trois témoins oculaires ont vu l'appelant dans l'immeuble d'habitation de M^me^ Hunter entre 13 h et 15 h et que le gardien de sécurité de Postes Canada a vu M. Trochym traîner autour de la cafétéria après son quart de travail constituaient des preuves indépendantes étayant la thèse qu'il a délibérément inventé un alibi pour cacher son retour sur les lieux du crime.

Je suis d'accord avec le juge MacPherson pour dire qu'il n'est peut-être pas tout à fait exact de qualifier cette preuve de « preuve d'alibi », comme l'appelant a voulu le faire, car les événements en cause ne se sont pas produits au moment du meurtre, mais au moins 12 heures plus tard (p. 623, note 5). Le juge MacPherson a néanmoins analysé cette preuve comme si elle visait à établir un « alibi » puisque c'est ainsi que le juge du procès et les parties l'ont présentée. Or, même si on la qualifie de « preuve d'alibi », il est clair que le ministère public a présenté une preuve indépendante d'invention à l'appui de son argumentation.

Quant à savoir si les directives que le juge du procès a données au jury à cet égard étaient suffisantes, je partage l'opinion du juge MacPherson selon laquelle son explication de la façon dont cette preuve devait être utilisée était complète et judicieuse. Le juge du procès a de plus expressément averti le jury de ne pas tirer de conclusions fondées sur [TRADUCTION] « des hypothèses ou des intuitions » et, fait important, l'avocat n'a pas formulé d'objection à l'encontre de l'exposé. Il n'est pas sage

problem with the directions to the jury. This was not the case here.

3.3 *Cross-Examination*

The right to cross-examination is a fundamental truth-seeking element of the criminal trial:

> Cross-examination may often be futile and sometimes prove fatal, but it remains nonetheless a faithful friend in the pursuit of justice and an indispensable ally in the search for truth. At times, there will be *no other way* to expose falsehoods, to rectify error, to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed. [Emphasis in original.]

(*R. v. Lyttle*, [2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5, at para. 1)

This Court has gone so far as to find the right to cross-examination constitutionally protected: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 606-8.

While the majority of this Court's jurisprudence on the importance of the right to cross-examination focusses on its importance *vis-à-vis* the defence, its importance to the Crown should not be underestimated:

> Crown counsel is entitled, indeed, in some cases expected, to conduct a vigorous cross-examination of an accused. Effective cross-examination of an accused serves the truth-finding function as much as does effective cross-examination of a complainant.

(*R. v. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168 (Ont. C.A.), at p. 176)

The general rules regarding the proper conduct of cross-examinations were discussed by this Court in *Lyttle*, at para. 44:

> The right of cross-examination must therefore be jealously protected and broadly construed. But it must not be abused. Counsel are bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation,

que les cours d'appel remettent en question l'exposé du juge du procès à moins que ses directives au jury ne posent clairement un problème important. Ce n'était pas le cas en l'espèce.

3.3 *Le contre-interrogatoire*

176 Le droit de contre-interroger constitue un élément fondamental de la recherche de la vérité dans un procès criminel :

> Bien que le contre-interrogatoire puisse souvent s'avérer futile et parfois se révéler fatal, il demeure néanmoins un ami fidèle dans la poursuite de la justice ainsi qu'un allié indispensable dans la recherche de la vérité. Dans certains cas, il n'existe en effet *aucun autre moyen* de mettre au jour des faussetés, de rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais. [Souligné dans l'original.]

(*R. c. Lyttle*, [2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5, par. 1)

Notre Cour est allée jusqu'à affirmer que le droit de contre-interroger était garanti par la Constitution : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 606-608.

177 La jurisprudence de notre Cour concernant l'importance du droit de contre-interroger porte majoritairement sur son importance pour la défense, mais on ne devrait pas en sous-estimer l'importance pour le ministère public :

> [TRADUCTION] L'avocat du ministère public a le droit de contre-interroger vigoureusement l'accusé; en fait, dans certaines affaires, on s'attend à ce qu'il le fasse. Un contre-interrogatoire efficace de l'accusé sert autant la recherche de la vérité que le contre-interrogatoire efficace d'un plaignant.

(*R. c. R. (A.J.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 168 (C.A. Ont.), p. 176)

178 Notre Cour a abordé la question des règles générales applicables à la conduite des contre-interrogatoires dans *Lyttle*, par. 44 :

> Le droit de contre-interroger doit donc être protégé jalousement et être interprété généreusement. Il ne doit cependant pas être exercé de manière abusive. Les avocats sont liés par les règles de la pertinence et il leur est

repetitiousness or, more generally, from putting questions whose prejudicial effect outweighs their probative value. See *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.); *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.); *Osolin*, [[1993] 4 S.C.R. 595].

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. Voir *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.); *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.); *Osolin* [[1993] 4 R.C.S. 595].

MacPherson J.A. did not find that Crown counsel's tone throughout cross-examination was patronizing, sarcastic, mocking or editorial. He noted that defence counsel only once objected during the cross-examination that the Crown's tone was "argumentative". Overall, he found the Crown cross-examination "detailed and vigorous" (para. 59). I agree.

Le juge MacPherson n'a pas estimé que le ton de l'avocat du ministère public au contre-interrogatoire était condescendant, sarcastique, moqueur ou tranchant. Il a noté que l'avocat de la défense n'a formulé qu'une seule objection pendant le contre-interrogatoire pour dire que le ton du ministère public était « agressif ». Dans l'ensemble, il a conclu que le contre-interrogatoire du ministère public était [TRADUCTION] « détaillé et vigoureux » (par. 59). Je souscris à sa conclusion.

179 Two separate concerns with the propriety of the Crown's cross-examination were raised in this case. First, with regard to the false alibi evidence, it is argued that the Crown should not put suggestions to the accused in cross-examination unless it has reasonable grounds for believing that the suggestions are true. This is contrary to this Court's position in *Lyttle*, where it was held that all that is needed in order to put a question to a witness on cross-examination is a "good faith basis" (see para. 47). This standard was described as follows:

Deux problèmes distincts quant à la régularité du contre-interrogatoire du ministère public ont été soulevés en l'espèce. Premièrement, en ce qui concerne la preuve relative au faux alibi, on a plaidé que le ministère public ne devrait pas suggérer des réponses à l'accusé lors de son contre-interrogatoire, à moins qu'il n'ait des motifs raisonnables de croire que ces réponses sont vraies. Cette position est contraire à celle exprimée par notre Cour dans *Lyttle*, où elle a statué que la seule exigence à respecter pour qu'une question puisse être posée à un témoin en contre-interrogatoire était la « bonne foi » (voir le par. 47). Cette norme a été décrite comme suit :

In this context, a "good faith basis" is a function of the information available to the cross-examiner, his or her belief in its likely accuracy, and the purpose for which it is used. Information falling short of admissible evidence may be put to the witness. In fact, the information may be incomplete or uncertain, provided the cross-examiner does not put suggestions to the witness recklessly or that he or she knows to be false. The cross-examiner may pursue any hypothesis that is honestly advanced on the strength of reasonable inference, experience or intuition. The purpose of the question must be consistent with the lawyer's role as an officer of the court: to suggest what counsel genuinely thinks possible on known facts or reasonable assumptions is in our view permissible; to assert or to imply

Dans ce contexte, la « bonne foi » est fonction des renseignements dont dispose le contre-interrogateur, de l'opinion de celui-ci sur leur probable exactitude et du but de leur utilisation. Des renseignements qui ne constitueraient par ailleurs pas des éléments de preuve admissibles peuvent être présentés aux témoins. En fait, des renseignements peuvent avoir un caractère incomplet ou incertain, pourvu que le contre-interrogateur ne soumette pas au témoin des hypothèses qui soient inconsidérées ou qu'il sait être fausses. Le contre-interrogateur peut soulever toute hypothèse qu'il avance honnêtement sur la foi d'inférences raisonnables, de son expérience ou de son intuition. Le but de la question doit être compatible avec le rôle que joue l'avocat en tant qu'auxiliaire de justice : il est à notre avis permis à

in a manner that is calculated to mislead is in our view improper and prohibited.

(*Lyttle*, at para. 48)

In light of my comments above regarding the presence of independent evidence of concoction, I find that the Crown's cross-examination on this issue to have met this standard.

The second impropriety the Crown's cross-examination pointed to is the compilation of "the list". Crown counsel went through the evidence of many of the Crown witnesses who testified to points that were central to the Crown's case. Mr. Trochym was asked whether he disagreed with their evidence on these points. Crown counsel asked Mr. Trochym to write down the names of the witness he indicated disagreement with. There were 28 names in total on this list. Defence counsel did not object to the making of this list. He only asked that the physical list itself not be made an exhibit. The trial judge permitted the list, on the reassurance that it would not distract Mr. Trochym during the course of his cross-examination.

Like MacPherson J.A., I see nothing wrong with such a tactic. While there is a long line of jurisprudence prohibiting the Crown from asking the accused to attest to the veracity of other witnesses (see, for example: *Markadonis v. The King*, [1935] S.C.R. 657; *R. v. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282 (Ont. C.A.); *R. (A.J.)*; *R. v. W.J.M.* (1995), 82 O.A.C. 130; and *R. v. Ellard* (2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68), this is quite different from putting a set of facts to an accused and asking him or her to confirm whether they are accurate or not (see S. Akhtar, "Improprieties in Cross-Examination" (2004), 15 C.R. (6th) 236). In *R. v. White* (1999), 132 C.C.C. (3d) 373 (Ont. C.A.), at para. 12, the following exchange occurred between the Crown and the accused:

Q. You say May couldn't have happened, didn't happen, you never showed up drunk in May, you never frightened

l'avocat de suggérer un fait qu'il considère sincèrement possible à la lumière de faits connus ou d'hypothèses raisonnables; il est toutefois inacceptable et interdit selon nous d'énoncer un fait ou de suggérer implicitement son existence dans le but de tromper.

(*Lyttle*, par. 48)

Compte tenu de mes remarques sur l'existence d'une preuve indépendante d'invention, j'estime que le contre-interrogatoire du ministère public sur cette question satisfaisait à cette norme.

180 La deuxième irrégularité du contre-interrogatoire du ministère public qui a été évoquée est l'établissement de « la liste ». L'avocat du ministère public a passé en revue les dépositions de nombreux témoins à charge qui ont fait des déclarations sur des points cruciaux pour sa preuve. Il a demandé à M. Trochym s'il était en désaccord avec leur témoignage sur ces points. Il l'a prié d'écrire le nom des témoins avec lesquels il était en désaccord. La liste comptait en tout 28 noms. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que cette liste soit dressée. Il a seulement exigé qu'elle ne figure pas comme pièce. Le juge du procès a autorisé l'établissement de la liste après avoir reçu l'assurance qu'elle ne détournerait pas l'attention de M. Trochym lors de son contre-interrogatoire.

181 À l'instar du juge MacPherson, je ne vois rien de mal dans cette tactique. Il est vrai qu'il existe un long courant jurisprudentiel interdisant au ministère public de demander à l'accusé d'attester que d'autres témoins disent la vérité (voir p. ex. : *Markadonis c. The King*, [1935] R.C.S. 657; *R. c. Yakeleya* (1985), 46 C.R. (3d) 282 (C.A. Ont.); *R. (A.J.)*; *R. c. W.J.M.* (1995), 82 O.A.C. 130; et *R. c. Ellard* (2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68), mais une telle demande est très différente de celle qui consiste à soumettre une série de faits à l'accusé afin qu'il confirme s'ils sont exacts ou non (voir S. Akhtar, « Improprieties in Cross-Examination » (2004), 15 C.R. (6th) 236). Dans *R. c. White* (1999), 132 C.C.C. (3d) 373 (C.A. Ont.), par. 12, le ministère public et l'accusé ont eu l'échange suivant :

[TRADUCTION]

Q. Vous dites que mai n'aurait pas pu se produire, que cela ne s'est pas produit, que vous ne vous êtes pas

her child, all of that is either a lie or a figment of her imagination in some fashion.

A. That's correct.

The Ontario Court of Appeal said that nothing improper had occurred:

> This question was a reference to an event which the complainant said occurred in May, about two months before the alleged assault. According to her, the appellant arrived at her home one evening in a drunken state. He inadvertently frightened her son when he entered the complainant's bedroom. The appellant testified in-chief that the event did not happen.
>
> Crown counsel's question was not improper. He did not ask the appellant to explain why some other witness had lied. Rather, the Crown asked the appellant to confirm his position that the May incident had never occurred. There was evidence, independent of the complainant, suggesting that the event had in fact occurred. Crown counsel wanted to pin down the appellant on his position in the hope that the jury would accept the independent evidence and find that the May incident did occur. If they made that finding, they would have to conclude that the appellant had lied to them on that issue. A finding that the appellant lied on that point could undermine his overall credibility. [paras. 13-14]

Mr. Trochym's version of events on examination-in-chief was vastly different from that of several other witnesses on several key issues in the case, such as the nature of his relationship with Ms. Hunter, the events of October 13, his whereabouts on October 14, as well as about the day he was told of her death by a family member. Crown counsel was entitled to confirm Mr. Trochym's position on the events that occurred, and it chose to keep track of the extent of the appellant's disagreement with other witnesses by asking him to keep a list. Mr. Trochym had experienced counsel, who could have objected to the list, but did not, and deference is due to the decision of the trial judge to permit its use.

présenté saoul en mai, que vous n'avez jamais effrayé son enfant, que tout cela est soit un mensonge soit en quelque sorte le fruit de son imagination.

R. C'est exact.

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'absence d'irrégularité :

> [TRADUCTION] Cette question se rapportait à un événement qui, au dire de la plaignante, se serait produit en mai, environ deux mois avant la date de l'agression alléguée. Selon elle, l'appelant est arrivé chez elle un soir en état d'ébriété. Il a effrayé son fils sans le vouloir en entrant dans la chambre de la plaignante. L'appelant a déclaré, dans son témoignage principal, que cet événement ne s'était pas produit.
>
> La question de l'avocat du ministère public n'était pas irrégulière. Il n'a pas demandé à l'appelant d'expliquer pourquoi certains autres témoins avaient menti. Il lui a plutôt demandé de confirmer sa position selon laquelle l'incident de mai ne s'était jamais produit. Il existait une preuve, indépendante de celle de la plaignante, qui indiquait que l'événement avait en fait eu lieu. L'avocat du ministère public voulait établir fermement la position de l'appelant dans l'espoir que le jury accepte la preuve indépendante et conclue que l'incident de mai avait effectivement eu lieu. S'il parvenait à cette conclusion, le jury devrait conclure que l'appelant lui avait menti sur cette question. Une conclusion que l'appelant avait menti sur ce point pourrait miner sa crédibilité en général. [par. 13-14]

La version des faits donnée par M. Trochym au cours de son interrogatoire principal en l'espèce était très différente de celle offerte par plusieurs autres témoins sur plusieurs questions cruciales, comme la nature de sa relation avec M^me^ Hunter, les événements du 13 octobre, ses déplacements le 14 octobre et ce qui s'est passé le jour où il a appris la mort de la victime par un membre de sa famille. L'avocat du ministère public avait le droit de confirmer la position de M. Trochym sur les faits et il a choisi de mesurer l'ampleur du désaccord entre l'appelant et d'autres témoins en lui demandant de dresser une liste. M. Trochym avait retenu les services d'un avocat chevronné qui aurait pu s'opposer à la liste, mais il ne l'a pas fait et il faut faire preuve de retenue à l'égard de la décision du juge du procès qui en a permis l'utilisation.

3.4 *Closing Submissions*

Crown counsel is entitled to employ logic and rhetoric to present persuasive argument during a jury address. There are, of course, limits to this.

I note, in particular, the limit discussed by this Court in *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, which is the duty of counsel not to play fast and loose with the facts: "Counsel should not advert to any unproven facts and cannot put before the jury as facts to be considered for conviction assertions in relation to which there is no evidence or which come from counsel's personal observations or experiences" (para. 107). In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 580, Lamer C.J. described the parties as "locked into" the case presented at trial. In view of this limit, I have difficulty with my colleague's reproach of the Crown's submission regarding Ms. Haghnegahdar's testimony. The facts emphasized in the Crown's address were those presented at trial. Counsel had agreed not to present the evidence of Ms. Haghnegahdar's hypnosis at trial. On the witness stand, Ms. Haghnegahdar testified to seeing the witness on Wednesday; her previous confusion was not mentioned. Referring to her evidence in any other fashion than Crown counsel did would have potentially brought up the hypnosis, and not emphasizing this witness's sighting of the accused, which was crucial evidence to the Crown's case, would have been poor advocacy.

Other limits on the Crown's closing submissions include the prohibition of the Crown employing sarcasm, abuse or gross exaggeration to add a desirable rhetorical flourish to a jury address (see R. J. Frater, "The Seven Deadly Prosecutorial Sins" (2002), 7 *Can. Crim. L.R.* 209, at p. 213). MacPherson J.A. identified some exaggeration on the part of the Crown in its submissions, but did not think it affected the jury. I agree. As well, I note that the trial judge had discretion to intervene where he thought Crown counsel had overstepped

3.4 *Plaidoirie finale*

182 Lorsqu'il s'adresse au jury, l'avocat du ministère public a le droit d'avoir recours à la logique et à la rhétorique pour présenter une argumentation convaincante. Ce droit a bien sûr ses limites.

183 Soulignons notamment la limite analysée par notre Cour dans *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, c'est-à-dire le devoir de l'avocat de ne pas jouer avec les faits : « Il ne doit faire allusion à aucun fait qui n'a pas été établi et il ne peut présenter comme des faits à prendre en considération en vue de déclarer l'accusé coupable des affirmations pour lesquelles il n'y a pas de preuve ou qui sont fondées sur son observation et son expérience personnelles comme avocat » (par. 107). Pour reprendre les termes du juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, p. 580, les parties sont « limité[es] » à la preuve présentée au procès. Vu cette limite, j'ai de la difficulté à accepter le reproche de ma collègue à l'égard des propos du ministère public sur le témoignage de M^me^ Haghnegahdar. Les faits sur lesquels le ministère public a mis l'accent dans son exposé étaient ceux qui avaient été présentés au procès. Les avocats avaient convenu de s'abstenir de présenter au procès toute preuve concernant l'hypnose de M^me^ Haghnegahdar. À la barre des témoins, celle-ci a déclaré avoir vu le témoin le mercredi; son incertitude antérieure à cet égard n'a pas été mentionnée. Si le ministère public avait présenté autrement ce témoignage, la question de l'hypnose aurait peut-être ressurgi, et s'il n'avait pas rappelé que ce témoin avait vu l'accusé, un élément crucial de sa preuve, il aurait agi en bien piètre plaideur.

184 Entre autres limites de la plaidoirie finale, mentionnons l'interdiction imposée au ministère public de recourir à des sarcasmes, à des abus de langage ou à des exagérations grossières pour ajouter la touche grandiloquente désirée lors de l'exposé au jury (voir R. J. Frater, « The Seven Deadly Prosecutorial Sins » (2002), 7 *Rev. can. D.P.* 209, p. 213). Le juge MacPherson a relevé quelques exagérations dans les déclarations de l'avocat du ministère public, mais il n'a pas estimé qu'elles avaient eu une incidence sur le jury. Je partage son opinion. Je

its bounds. I emphasize again, absent a substantial wrong, deference should be shown to the trial judge's handling of this case.

3.5 *Similar Fact Evidence*

185 I agree with the majority that the trial judge erred on this point. The evidence of Darlene Oliphant was advanced to support that it was Mr. Trochym banging on Ms. Hunter's door in the early morning hours of Wednesday, October 14. The person banging on the door was likely the murderer. Therefore, this similar fact evidence was adduced on the issue of identity.

186 In *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, this Court held that similar fact evidence adduced on the issue of identity must meet a high degree of similarity between the acts for the evidence to be admitted. Such acts must be "strikingly similar" so as to approximate "a unique trademark" or "signature", or be "distinct and particular": *Arp*, at para. 45, and *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, at paras. 90-91.

187 It would be a stretch, in my view, to characterize Mr. Trochym's emotional reaction following a break up, based on Ms. Oliphant's evidence, as a "signature" or "trademark". There is nothing particularly distinctive about banging or knocking on a door to warrant its characterization as a "trademark". As well, the number of these incidents renders them insufficient to support such a determination.

188 Furthermore, I find that this evidence was not necessary to the Crown's case. A great deal of evidence supporting that Mr. Trochym was the person knocking at Ms. Hunter's door that night was adduced at trial. Whether the Crown can prove its point with less prejudicial evidence is one of the countervailing factors identified by Binnie J. in

signale en outre que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire d'intervenir s'il trouvait que l'avocat du ministère public outrepassait les limites permises. Je réitère qu'en l'absence d'un tort important, il faut faire preuve de retenue à l'égard de la conduite du juge du procès.

3.5 *Preuve de faits similaires*

Je conviens avec la majorité que le juge du procès a commis une erreur à cet égard. Le témoignage de Darlene Oliphant a été présenté pour soutenir que c'était M. Trochym qui avait frappé à grands coups à la porte de M^me^ Hunter le mercredi 14 octobre aux petites heures du matin. La personne qui a frappé à la porte était vraisemblablement le meurtrier. Par conséquent, cette preuve de faits similaires a été présentée relativement à la question de l'identité.

Dans *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, notre Cour a dit qu'une preuve de faits similaires ne saurait être admise dans le but d'établir l'identité que si les actes en cause présentent un degré élevé de similitude. Elle doit révéler une « similitude frappante » entre des faits « particuliers et distincts » au point qu'ils constituent pratiquement une « marque ou signature singulière » : *Arp*, par. 45, et *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, par. 90-91.

À mon avis, il serait exagéré de qualifier la réaction émotionnelle de M. Trochym à la suite d'une rupture de « signature » ou de « marque » sur le fondement du témoignage de M^me^ Oliphant. Le fait de frapper à grands coups ou de cogner à une porte ne comporte pas d'élément suffisamment distinctif pour mériter la qualification de « marque ». De plus, le nombre d'incidents de cette nature est insuffisant pour étayer une telle conclusion.

Par ailleurs, j'estime que le ministère public n'avait pas besoin de cette preuve. On a présenté au procès de nombreux éléments de preuve soutenant la thèse que M. Trochym était la personne qui avait frappé à la porte de M^me^ Hunter cette nuit-là. La question de savoir si le ministère public peut prouver ce qu'il avance à l'aide d'éléments de preuve

Handy, at para. 83, that assist in assessing whether similar fact evidence should be admitted.

While I think the admission of this evidence was in error, excluding it would not have changed the outcome of the case.

3.6 *Application of the Curative Proviso*

In light of my finding that the only error committed by the trial judge, i.e., permitting the similar fact evidence to go to the jury, would not have changed the result in this case, I would apply s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Absent the similar fact accepted in evidence, there was still sufficient evidence to support the inference that Mr. Trochym was the person banging on Ms. Hunter's door the night of her death. But more importantly, I do not think that there is any reasonable possibility that the verdict would have been different without the error: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, and *R. v. Charlebois*, [2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53. I would add that I disagree with the assertion by Deschamps J., at para. 82, that the standard required for application of the curative proviso is higher than that required for a conviction, and I know of no authority supporting that proposition.

Indeed, in my view the evidence against Mr. Trochym was so overwhelming that I have no hesitation applying *R. v. Khan*, [2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86. Even excluding the hypnotically enhanced memories of Ms. Haghnegahdar of seeing the appellant leaving Ms. Hunter's apartment on Wednesday, as my colleague proposes to do, leaves us with her initial evidence of seeing him on Thursday — a time when her murdered body was inside the apartment. Furthermore, Mr. Trochym had motive and the opportunity to murder Ms. Hunter, and a stranger would not have returned to rearrange the crime scene and move the body. He also seems to have known the means of her death before an innocent party could. Moreover,

moins préjudiciables constitue l'un des facteurs défavorables énumérés par le juge Binnie dans *Handy*, par. 83, pour aider à évaluer si la preuve de faits similaires devrait être admise.

189 Je pense que l'admission de cette preuve était une erreur, mais son exclusion n'aurait pas changé l'issue de l'instance.

3.6 *Application de la disposition réparatrice*

190 Vu ma conclusion selon laquelle l'unique erreur commise par le juge du procès (avoir autorisé la présentation de la preuve de faits similaires au jury) n'aurait pas changé le dénouement de l'affaire, je suis d'avis d'appliquer le sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Sans la preuve de faits similaires, il existait quand même suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion que M. Trochym était la personne qui avait frappé à grands coups à la porte de M^me^ Hunter la nuit du meurtre. Mais, ce qui est plus important, il n'est absolument pas raisonnable, à mon avis, de penser que le verdict aurait pu être différent sans cette erreur : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, et *R. c. Charlebois*, [2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53. J'ajouterais que je ne suis pas d'accord avec la juge Deschamps lorsqu'elle écrit, au par. 82, que la norme requise pour l'application de la disposition réparatrice est plus sévère que celle requise pour une déclaration de culpabilité et, à ma connaissance, aucune source n'étaye cette affirmation.

191 En fait, je suis d'avis que la preuve à l'encontre de M. Trochym était à ce point accablante que je n'ai aucune hésitation à appliquer l'arrêt *R. c. Khan*, [2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86. Même en excluant les souvenirs ravivés par hypnose de M^me^ Haghnegahdar d'avoir vu l'appelant quitter l'appartement de M^me^ Hunter le mercredi, comme le propose ma collègue, il reste le témoignage initial de ce témoin selon lequel elle l'aurait vu le jeudi — à un moment où le corps de la victime se trouvait dans l'appartement. En outre, M. Trochym avait un mobile et a eu la possibilité d'assassiner M^me^ Hunter. De plus, un étranger ne serait pas retourné sur les lieux du crime pour réarranger la scène et déplacer le corps. L'appelant semblait également

Mr. Trochym's version of events on key issues was contradicted by more than half of the more than 40 Crown witnesses who testified. Even excluding all of the impugned evidence, as my colleague would, we are still left with a great deal of highly probative evidence in support of the Crown's case.

192 I would therefore dismiss the appeal.

Appeal allowed, BASTARACHE, ABELLA *and* ROTHSTEIN JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

être au courant de la cause du décès à un moment où aucune partie innocente n'aurait pu la connaître. À cela s'ajoute que la version des faits relatée par M. Trochym sur des points cruciaux a été contredite par plus de la moitié des 40 témoins et plus que le ministère public a fait témoigner. À supposer que toute la preuve contestée soit exclue, comme le voudrait ma collègue, il reste encore beaucoup d'éléments de preuve hautement probants qui étayent la thèse du ministère public

Je suis donc d'avis de rejeter l'appel.

Pourvoi accueilli, les juges BASTARACHE, ABELLA *et* ROTHSTEIN *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

Resurfice Corp. *Appellant*

v.

Ralph Robert Hanke *Respondent*

and

LeClair Equipment Ltd. *Appellant*

v.

Ralph Robert Hanke *Respondent*

INDEXED AS: RESURFICE CORP. *v.* HANKE

Neutral citation: 2007 SCC 7.

File No.: 31271.

2006: December 12; 2007: February 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Torts — Negligence — Product liability — Foreseeability — Plaintiff badly burned when hot water poured into gasoline tank of ice-resurfacing machine caused explosion and fire — Plaintiff alleging negligent design of machine — Whether trial judge gave adequate analytical emphasis to evidence concerning placement and marking of gas and water tanks — Whether trial judge erred in failing to consider policy factors in determining foreseeability.

Torts — Negligence — Product liability — Causation — Plaintiff badly burned when hot water poured into gasoline tank of ice-resurfacing machine caused explosion and fire — Plaintiff alleging negligent design of machine — Whether trial judge should have considered comparative blameworthiness of parties — Whether

Resurfice Corp. *Appelante*

c.

Ralph Robert Hanke *Intimé*

et

LeClair Equipment Ltd. *Appelante*

c.

Ralph Robert Hanke *Intimé*

RÉPERTORIÉ : RESURFICE CORP. *c.* HANKE

Référence neutre : 2007 CSC 7.

N° du greffe : 31271.

2006 : 12 décembre; 2007 : 8 février.

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

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

Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité du fabricant — Prévisibilité — Demandeur grièvement brûlé lorsque le versement d'eau chaude dans le réservoir à essence d'une surfaceuse à glace a causé une explosion et un incendie — Demandeur alléguant des vices de conception de la surfaceuse — Le juge de première instance a-t-il accordé toute l'importance voulue, dans son analyse, aux éléments de preuve relatifs à l'emplacement et à l'identification des réservoirs d'essence et d'eau? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en omettant de tenir compte des considérations de principe en matière de prévisibilité?

Responsabilité délictuelle — Négligence — Responsabilité du fabricant — Lien de causalité — Demandeur grièvement brûlé lorsque le versement d'eau chaude dans le réservoir à essence d'une surfaceuse à glace a causé une explosion et un incendie — Demandeur alléguant des vices de conception de la surfaceuse — Le juge

trial judge erred in applying "but for" test rather than "material contribution" test to determine causation.

H, the operator of an ice-resurfacing machine, was badly burned when hot water overfilled the gasoline tank of the machine, releasing vapourized gasoline which was then ignited by an overhead heater, causing an explosion and fire. H sued the manufacturer and distributor of the machine for damages, alleging that the gasoline and water tanks were similar in appearance and placed close together on the machine, making it easy to confuse the two. The trial judge dismissed the action. He found that H did not establish that the accident was caused by the negligence of the manufacturer or distributor. The Court of Appeal set aside the judgment and ordered a new trial, concluding that the trial judge had erred in both his foreseeability and causation analyses.

Held: The appeal should be allowed and the trial judgment restored.

While the Court of Appeal would have preferred a different approach to foreseeability, no error of law or palpable and overriding error of fact or mixed fact and law has been established in the trial judge's approach or conclusion on this issue. There was evidence supporting his finding that H was not confused by the two tanks, notably H's own admission, and the seriousness of H's injury and the relative financial positions of the parties were not matters relevant to foreseeability. [10-12]

With respect to causation, the trial judge did not need to engage in a contributory negligence analysis because he found, not only that H's carelessness was responsible for his injuries, but also that the alleged design defects were not responsible for these injuries. Further, the Court of Appeal erred in holding that the trial judge should have applied the "material contribution" test to determine causation. The basic test remains the "but for" test. This test ensures that a defendant will not be held liable for the plaintiff's injuries where they may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone. The "material contribution" test only applies in exceptional cases where factors outside of the plaintiff's control make it impossible for the plaintiff to prove that the defendant's

de première instance aurait-il dû faire une comparaison des comportements répréhensibles des parties? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en appliquant le critère du « facteur déterminant » plutôt que le critère de la « contribution appréciable » pour déterminer la causalité?

H, le conducteur d'une surfaceuse à glace, a été grièvement brûlé lorsque de l'eau chaude a fait déborder le réservoir à essence de la surfaceuse, laissant s'échapper de la vapeur d'essence qui s'est enflammée au contact d'un radiateur électrique suspendu, occasionnant une explosion et un incendie. H a intenté une action en dommages-intérêts contre le fabricant et le distributeur de la surfaceuse, faisant valoir qu'il était facile de confondre le réservoir à essence et le réservoir d'eau en raison de leur ressemblance et de leur proximité. Le juge de première instance a rejeté l'action. Il a conclu que H n'avait pas établi que l'accident avait été causé par la négligence du fabricant ou du distributeur. La Cour d'appel a annulé le jugement et ordonné la tenue d'un nouveau procès, concluant que le juge de première instance avait fait une analyse erronée des questions de prévisibilité et de lien de causalité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli.

Malgré l'approche différente qu'aurait privilégiée la Cour d'appel sur la question de la prévisibilité, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur manifeste et dominante de fait ou de fait et de droit dans son approche ou sa conclusion relativement à cette question. Des éléments de preuve étayaient sa conclusion selon laquelle H n'était pas confus à l'égard des deux réservoirs, notamment son propre aveu, et la gravité du préjudice subi par H et la situation financière relative des parties n'étaient pas pertinentes dans la détermination de la prévisibilité. [10-12]

Pour ce qui est de la causalité, le juge de première instance n'a pas eu à procéder à une analyse de la négligence contributive parce qu'il a conclu non seulement que H était responsable de ses blessures en raison de son imprudence, mais aussi que ses blessures n'étaient pas attribuables aux vices de conception allégués. En outre, la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que le juge de première instance aurait dû appliquer le critère de la « contribution appréciable » pour déterminer la causalité. Le critère du « facteur déterminant » demeure le critère fondamental. Suivant ce critère, le défendeur est assuré de ne pas être tenu responsable des blessures subies par le demandeur, qui peuvent très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne. Le critère

negligence caused the plaintiff's injury using the "but for" test, and the plaintiff's injury falls within the ambit of the risk created by the defendant's breach of his duty of care owed to the plaintiff. [17] [21] [23-25] [29]

Cases Cited

Referred to: *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239; *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, [2001] 1 S.C.R. 647, 2001 SCC 23; *Blackwater v. Plint*, [2005] 3 S.C.R. 3, 2005 SCC 58; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830.

Authors Cited

Klar, Lewis. "Downsizing Torts". In Nicholas J. Mullany and Allen M. Linden, eds., *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming*. Sydney, N.S.W.: LBC Information Services, 1998, 305.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Berger and Ritter JJ.A.) (2005), 53 Alta. L.R. (4th) 219, 380 A.R. 216, 363 W.A.C. 216, [2005] A.J. No. 1480 (QL), 2005 ABCA 383, reversing a decision of Wilson J. (2003), 333 A.R. 371, [2003] A.J. No. 946 (QL), 2003 ABQB 616. Appeal allowed.

Daniel W. Hagg, Q.C., and *Jeffrey R. Sermet*, for the appellant Resurfice Corp.

David J. Cichy, Q.C., and *E. Jane Sidnell*, for the appellant LeClair Equipment Ltd.

Jonathan P. Rossall, Q.C., and *David D. Risling*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This case involves a tragic injury that befell a young man, Mr. Hanke,

de la « contribution appréciable » s'applique seulement dans les cas exceptionnels dans lesquels, en raison de facteurs qui échappent au contrôle du demandeur, il est impossible pour ce dernier de prouver au moyen du critère du « facteur déterminant » que la négligence du défendeur lui a causé un préjudice, et dans lesquels le préjudice causé au demandeur doit pouvoir découler du risque créé par le manquement du défendeur à son obligation de diligence envers le demandeur. [17] [21] [23-25] [29]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239; *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, [2001] 1 R.C.S. 647, 2001 CSC 23; *Blackwater c. Plint*, [2005] 3 R.C.S. 3, 2005 CSC 58; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830.

Doctrine citée

Klar, Lewis. « Downsizing Torts ». In Nicholas J. Mullany and Allen M. Linden, eds., *Torts Tomorrow : A Tribute to John Fleming*. Sydney, N.S.W. : LBC Information Services, 1998, 305.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Berger et Ritter) (2005), 53 Alta. L.R. (4th) 219, 380 A.R. 216, 363 W.A.C. 216, [2005] A.J. No. 1480 (QL), 2005 ABCA 383, qui a infirmé une décision du juge Wilson (2003), 333 A.R. 371, [2003] A.J. No. 946 (QL), 2003 ABQB 616. Pourvoi accueilli.

Daniel W. Hagg, c.r., et *Jeffrey R. Sermet*, pour l'appelante Resurfice Corp.

David J. Cichy, c.r., et *E. Jane Sidnell*, pour l'appelante LeClair Equipment Ltd.

Jonathan P. Rossall, c.r., et *David D. Risling*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF — Le présent pourvoi porte sur l'accident tragique dont a été victime un jeune 1

when a water hose was placed into the gasoline tank of an ice-resurfacing machine rather than the water tank. When hot water overfilled the gasoline tank, vapourized gasoline was released into the air. It was ignited by an overhead heater, causing an explosion and fire. Mr. Hanke, who was employed by the City of Edmonton to run the ice-resurfacing machine and look after the ice-rink, was badly burned.

2 Mr. Hanke sued the manufacturer and distributor of the ice-resurfacing machine for damages, alleging design defects. He contended that the gasoline tank and the water tank were similar in appearance and placed close together on the machine, making it easy to confuse the two.

3 After a lengthy trial, the trial judge dismissed Mr. Hanke's action ((2003), 333 A.R. 371, 2003 ABQB 616). He found that Mr. Hanke had not discharged the plaintiff's burden of establishing that the accident was caused by the negligence of the manufacturer or distributor. First, he had not established that it was reasonably foreseeable that an operator of the ice-resurfacing machine would mistake the gas tank and the hot water tank. Second, he had not shown that the defendants caused the accident. The trial judge concluded that the accident had been caused by Mr. Hanke's decision to turn the water on when he knew, or should have known, that the water hose was in the gasoline tank, knowing full well, by his own admission, the difference between the two tanks. He found as a fact that Mr. Hanke was not confused by the placement and character of the tanks, and consequently that this had not caused the accident.

4 On appeal, the judgment was set aside and a new trial ordered ((2005), 53 Alta. L.R. (4th) 219, 2005 ABCA 383). The Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in both his foreseeability and causation analyses. The trial judge's conclusion on foreseeability, the court found, was vitiated by a number of errors, namely: failure to give

homme, M. Hanke, lorsqu'un boyau d'arrosage a été placé dans le réservoir à essence d'une surfaceuse à glace plutôt que dans le réservoir d'eau. Lorsque l'eau chaude a fait déborder le réservoir à essence, la vapeur d'essence s'est répandue dans l'air. Elle s'est enflammée au contact d'un radiateur électrique suspendu, occasionnant une explosion et un incendie. M. Hanke, un employé de la ville d'Edmonton chargé de la conduite de la surfaceuse et de l'entretien de la patinoire, a été grièvement brûlé.

M. Hanke a intenté une action en dommages-intérêts contre le fabricant et le distributeur de la surfaceuse. Il a invoqué des vices de conception, faisant valoir qu'il était facile de confondre le réservoir à essence et le réservoir d'eau en raison de leur ressemblance et de leur proximité.

À l'issue d'un long procès, le juge de première instance a rejeté l'action intentée par M. Hanke ((2003), 333 A.R. 371, 2003 ABQB 616). Il a conclu que ce dernier ne s'était pas acquitté du fardeau qu'il avait de prouver que l'accident avait été causé par la négligence du fabricant ou du distributeur. D'abord, le demandeur n'a pas démontré qu'il était raisonnablement prévisible que le conducteur de la surfaceuse confondrait le réservoir à essence et le réservoir d'eau chaude. Ensuite, il n'a pas établi que les défenderesses avaient causé l'accident. Le juge a conclu que l'accident avait été causé par la décision de M. Hanke d'ouvrir l'eau alors qu'il savait, ou aurait dû savoir, que le boyau se trouvait dans le réservoir à essence puisqu'il savait très bien, de son propre aveu, différencier les deux réservoirs. Le juge a tiré la conclusion de fait que M. Hanke n'avait pas confondu les réservoirs en raison de leur emplacement et de leurs caractéristiques et, partant, que l'accident n'avait pas été causé pour cette raison.

La Cour d'appel a annulé le jugement rendu en première instance et a ordonné la tenue d'un nouveau procès ((2005), 53 Alta. L.R. (4th) 219, 2005 ABCA 383). Elle a conclu que le juge de première instance avait fait une analyse erronée des questions de prévisibilité et de lien de causalité. La cour a estimé que sa conclusion relative à la

"adequate analytical emphasis" to certain evidence concerning the placement and marking of the tanks and other workers who had made the same mistake (para. 20); and failure to consider policy factors in determining foreseeability (para. 21). On causation, the Court of Appeal held that the trial judge had erred by failing to consider the "comparative blameworthiness" of the plaintiff and the defendants (paras. 15-16), and in applying a "but for" test instead of a material contribution test (paras. 12-14).

prévisibilité était entachée d'un certain nombre d'erreurs, notamment qu'il n'avait pas accordé [TRADUCTION] « suffisamment d'importance dans son analyse » à certains éléments de preuve portant sur l'emplacement et l'identification des réservoirs ainsi que sur les erreurs semblables commises par d'autres travailleurs (par. 20), et qu'il avait omis de tenir compte des considérations de principe en matière de prévisibilité (par. 21). Concernant le lien de causalité, la Cour d'appel a statué que le juge de première instance avait eu tort de ne pas faire une [TRADUCTION] « comparaison des comportements répréhensibles » du demandeur et des défenderesses (par. 15 et 16) et d'appliquer le critère du « facteur déterminant » plutôt que le critère de la contribution appréciable (par. 12 à 14).

The two issues that divided the Alberta courts — foreseeability and causation — dominate the appeal before us. I will deal with each in turn.

5 Les deux questions sur lesquelles les tribunaux de l'Alberta ne s'entendaient pas — la prévisibilité et le lien de causalité — sont au cœur du présent pourvoi. J'aborderai chacune à tour de rôle.

A. Foreseeability

A. La prévisibilité

Liability for negligence requires breach of a duty of care arising from a reasonably foreseeable risk of harm to one person, created by the act or omission of another: *Jordan House Ltd. v. Menow*, [1974] S.C.R. 239, at p. 247, *per* Laskin J. (as he then was). By enforcing reasonable standards of conduct, so as to prevent the creation of reasonably foreseeable risks of harm, tort law serves as a disincentive to risk-creating behaviour: *Stewart v. Pettie*, [1995] 1 S.C.R. 131, at para. 50, *per* Major J. The major elements of a tort action — duty, breach causing injury and cause — reflect "the principle of moral wrongdoing which is the basis of the negligence law": L. Klar, "Downsizing Torts", in N. J. Mullany and A. M. Linden, eds., *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming* (1998), 305, at p. 307.

6 Pour qu'il y ait responsabilité pour négligence, il doit y avoir eu manquement à une obligation de diligence découlant d'un risque de préjudice raisonnablement prévisible à une personne du fait de l'action ou de l'omission d'un tiers : *Jordan House Ltd. c. Menow*, [1974] R.C.S. 239, p. 247, le juge Laskin (plus tard Juge en chef). Par l'application de normes raisonnables de comportement visant à empêcher la création de risques de préjudice raisonnablement prévisibles, le droit de la responsabilité délictuelle sert à dissuader tout comportement qui crée un risque : *Stewart c. Pettie*, [1995] 1 R.C.S. 131, par. 50, le juge Major. Les principaux éléments d'une action en responsabilité délictuelle — l'obligation, le manquement causant un préjudice et la cause — sont l'expression du [TRADUCTION] « principe de l'acte moralement répréhensible, qui sert de fondement au droit de la négligence » : L. Klar, « Downsizing Torts », dans N. J. Mullany et A. M. Linden, dir., *Torts Tomorrow : A Tribute to John Fleming* (1998), 305, p. 307.

The trial judge found that it was not reasonably foreseeable that an operator of the

7 Le juge de première instance a conclu qu'il n'était pas raisonnablement prévisible que le

ice-resurfacing machine at issue would mistake the gas tank and the hot water tank, and thus place (or allow to remain) a water hose in the gas tank, thereby generating vapourized gasoline that might be ignited by an open flame, leading to an explosion and fire. The trial judge based this conclusion on the evidence, including the different size of the two tanks (one was much taller than the other), and on the fact (as found by him) that the gas tank had a label on it that said "Gasoline Only". He emphasized Mr. Hanke's admission that he knew the difference between the two tanks, and found that he was not confused between them.

8 The Court of Appeal's first criticism on the foreseeability issue was that the trial judge failed to give sufficient "analytical emphasis" to various aspects of the plaintiff's evidence. It is true that, having found that the accident was due to operator error, the trial judge stated, "[t]hus, in this case I do not get to the point of reviewing alleged design error or failure to warn" (para. 65). However, he went on immediately to review all the design errors alleged by the plaintiff and to state why he rejected the allegations (para. 65). He dealt with the allegation of the similar caps, the location of the hot water tank adjacent to the gas tank, the alleged similarity between the two tanks and the issue of warning signs, disposing of each one in turn.

9 The plaintiff submits that the trial judge discounted the evidence of expert witnesses called by the plaintiff on the design of gas delivery systems and the behaviour of workers. It is true that the trial judge placed no reliance on these witnesses. However, a trial judge is not obliged to consider the opinions of expert witnesses if he can arrive at the necessary conclusions on issues of fact and responsibility without doing so: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at pp. 23-24.

conducteur de la surfaceuse en cause confondrait le réservoir à essence et le réservoir d'eau chaude et qu'il insérerait (ou laisserait) un boyau d'arrosage dans le réservoir à essence, entraînant la transformation de l'essence en gaz pouvant s'enflammer et causer une explosion et un incendie. Le juge de première instance a fondé sa conclusion sur la preuve dont il était saisi, notamment la taille différente des deux réservoirs (l'un était beaucoup plus haut que l'autre), ainsi que sur le fait (tel qu'il en a conclu) que le réservoir à essence portait l'étiquette [TRADUCTION] « Essence seulement ». Il a souligné que M. Hanke avait admis savoir différencier les deux réservoirs et a conclu que ce dernier ne pouvait les confondre.

Eu égard à la question de la prévisibilité, la Cour d'appel a d'abord reproché au juge de première instance de ne pas avoir accordé suffisamment d'« importance dans son analyse » à divers éléments de la preuve du demandeur. Il est vrai que, ayant conclu que l'accident avait été causé par une erreur du conducteur, le juge de première instance a déclaré que [TRADUCTION] « [a]insi, je n'ai pas en l'espèce à examiner la prétendue erreur de conception ni l'omission de signaler le risque » (par. 65). Le juge a néanmoins immédiatement passé en revue toutes les erreurs de conception alléguées par le demandeur et a indiqué les raisons pour lesquelles il les écartait (par. 65). Il a abordé chaque allégation — les bouchons semblables, la proximité du réservoir d'eau chaude et du réservoir à essence, la prétendue ressemblance entre les deux réservoirs et les mises en garde — et les a écartées l'une après l'autre.

Le demandeur soutient que le juge de première instance a rejeté le témoignage de ses experts au sujet de la conception du système d'alimentation en gaz et du comportement des travailleurs. Il est vrai que le juge de première instance n'a pas tenu compte des opinions de ces témoins. Toutefois, un juge de première instance n'est pas obligé de tenir compte de l'opinion de témoins experts s'il n'en a pas besoin pour tirer les conclusions nécessaires eu égard aux questions de fait et de responsabilité : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 23-24.

The plaintiff also submits that the trial judge should have placed more weight on the evidence of two other workers who said they had made similar mistakes in the past, while operating similarly configured machines. The trial judge discounted this evidence on the basis of his finding that in this case there had been no confusion. It is said that this was wrong because the evidence on the absence of confusion was far from conclusive. However, a trial judge is not obliged to accept all of the evidence. What is essential is that there be evidence to support the findings of fact he or she makes. The Court of Appeal can interfere with findings of fact only if the trial judge has made a palpable and overriding error with respect to them: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 10. There was evidence that supported the trial judge's finding that Mr. Hanke was not confused, notably his own admission. The trial judge's finding of no confusion therefore cannot be displaced.

Le demandeur soutient également que le juge de première instance aurait dû accorder plus d'importance au témoignage de deux autres travailleurs qui ont affirmé avoir fait des erreurs semblables dans le passé lorsqu'ils conduisaient des véhicules similaires. Le juge de première instance a rejeté leur témoignage, ayant conclu qu'en l'espèce, il n'y avait pas eu de confusion. On dit qu'il a fait erreur parce que la preuve relative à l'absence de confusion était loin d'être concluante. Or, un juge de première instance n'est pas tenu d'accepter tous les éléments de preuve qui lui sont présentés. L'essentiel, c'est que des éléments de preuve étayent ses conclusions de fait. La Cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait que si, en les tirant, le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 10. Des éléments de preuve étayaient la conclusion du juge de première instance selon laquelle M. Hanke n'était pas confus, notamment son propre aveu. La conclusion d'absence de confusion tirée par le juge de première instance ne peut donc pas être écartée. 10

The Court of Appeal's second criticism of the trial judge's rejection of reasonable foreseeability was that the trial judge failed to consider policy matters, namely the seriousness of the injury and the relative financial positions of the parties. The Court of Appeal erred in suggesting that these matters are relevant to foreseeability. Foreseeability depends on what a reasonable person would anticipate, not on the seriousness of the plaintiff's injuries (as in this case) or the depth of the defendant's pockets: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73, at para. 55.

En ce qui a trait à la question de la prévisibilité raisonnable, la Cour d'appel a également reproché au juge de première instance de ne pas avoir tenu compte, en rejetant cet élément, de considérations de principe, notamment la gravité du préjudice et la situation financière relative des parties. La Cour d'appel a eu tort de laisser entendre que ces questions sont pertinentes en matière de prévisibilité. La prévisibilité est fonction de ce qu'une personne raisonnable pourrait prévoir, non de la gravité des blessures subies par le demandeur (comme en l'espèce) ni de la fortune du défendeur : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73, par. 55. 11

I conclude that, while the Court of Appeal would have preferred a different approach to foreseeability, no error of law or palpable and overriding error of fact or mixed fact and law has been established in the trial judge's approach or conclusion. The Court of Appeal erred in interfering on this ground.

Je conclus que, malgré l'approche différente qu'aurait privilégiée la Cour d'appel, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur manifeste et dominante de fait ou de fait et de droit eu égard à l'approche qu'il a adoptée ou à la conclusion qu'il a tirée. La Cour d'appel a eu tort d'intervenir pour ce motif. 12

B. Causation

13 The trial judge stated that "[t]he onus is on the Plaintiff to establish that the damage was caused by the negligence of one or both of the Defendants to some degree" (para. 10). He also said: "I must find causation against these defendants before considering contribution" (para. 46). He went on to conclude: "The Plaintiff has failed to establish that the injuries were caused by negligent design. . . . That being the case, it is not necessary for this Court to consider the apportionment of fault under the rules of contribution . . ." (para. 58).

14 The trial judge based these conclusions on the evidence. He emphasized Mr. Hanke's admission that "when he looked at the unit from behind he knew precisely which was the water tank and which was the gasoline tank" (para. 41), as well as his admission that "he was fully familiar with the fact that hot water should not be introduced into the gasoline tank" (para. 42). He noted that the caps on the two tanks as designed and delivered had been different, and had been replaced by similar caps by the City. He also noted the absence of evidence from Mr. Binette, who had prepped the machine before Mr. Hanke's arrival. Although he stated that he did not get to the point of "reviewing alleged design error or failure to warn", as noted above (para. 8), he also went on to consider the alleged design errors, disposing of each in turn (para. 65). He concluded that "there is no evidence that would show to the balance of probabilities that this event was caused by the defendants" (para. 54).

15 The Court of Appeal stated that the trial judge had erred in failing to conduct a proper contributory negligence analysis and thus in not considering the comparative blameworthiness of the plaintiff and the defendants (paras. 15-16). The Court of Appeal also found that the trial judge erred in

B. Le lien de causalité

Le juge de première instance a déclaré qu'il [TRADUCTION] « incombe au demandeur d'établir que le préjudice a été causé par la négligence de l'une ou des deux défenderesses, dans une certaine mesure » (par. 10). Il a ajouté : [TRADUCTION] « [j]e dois conclure à l'existence d'un lien de causalité avec les défenderesses avant d'examiner la question de la négligence contributive » (par. 46). Et de conclure : [TRADUCTION] « [l]e demandeur n'a pas établi que ses blessures ont été causées par une conception négligente. [. . .] Ainsi, il n'est pas nécessaire que j'examine la question du partage de la responsabilité suivant la règle de la négligence contributive » (par. 58).

Le juge de première instance a fondé ces conclusions sur la preuve. Il a souligné que M. Hanke avait admis que [TRADUCTION] « lorsqu'il regardait la surfaceuse de derrière, il savait très bien quel était le réservoir d'eau et quel était le réservoir à essence » (par. 41), et [TRADUCTION] « qu'il savait très bien qu'il ne fallait pas verser de l'eau chaude dans le réservoir à essence » (par. 42). Il a signalé que les bouchons des deux réservoirs étaient différents, lors de la conception et de la livraison du véhicule, et que la ville les avait remplacés par des bouchons semblables. Il a aussi fait remarquer que M. Binette, qui avait préparé le véhicule avant l'arrivée de M. Hanke, n'avait pas témoigné. Même s'il a affirmé qu'il n'a pas eu à « examiner la prétendue erreur de conception ni l'omission de signaler le risque », comme je l'ai déjà indiqué (par. 8), il a ensuite pris en considération les erreurs de conception alléguées et les a écartées l'une après l'autre (par. 65). Il a conclu que [TRADUCTION] « aucun élément de preuve ne tend à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que cet incident a été causé par les défenderesses » (par. 54).

La Cour d'appel a déclaré que le juge de première instance avait eu tort de ne pas procéder à une analyse en bonne et due forme de la question de la négligence contributive et, partant, de ne pas comparer les comportements répréhensibles du demandeur et des défenderesses (par. 15-16). La

applying a "but for" test for causation instead of a material contribution test (paras. 12-14).

1. *Comparative Blameworthiness*

The appellants argue that the Court of Appeal erred in suggesting that "comparative blameworthiness" is a necessary component of the causation analysis. The suggestion attributed to the Court of Appeal is that a court must approach causation not simply by asking whether the defendant's negligent act caused the loss, but by looking globally at all possible causes.

It is true that the trial judgment contains some passages that suggest that the carelessness of Mr. Hanke automatically absolves the respondent manufacturer and distributor of liability. That is not the case. An example, put to us in oral argument, illustrates the point. If it is industry standard to design an iron with an automatic shut-off switch, and an iron is manufactured without such a switch, the manufacturer of the iron is not absolved of liability merely because the plaintiff was careless in leaving the iron on, resulting in a fire and injuries to the plaintiff. However, I am satisfied that the trial judge found not only that Mr. Hanke's carelessness was responsible for his injuries, but also that the alleged design defects were not responsible for Mr. Hanke's injuries. For example, the trial judge noted that "the accident was caused by operator error and had nothing to do with the design or manufacture of the machine" (para. 56). In light of this finding there was no need for the trial judge to engage in a contributory negligence analysis.

2. *The Test for Causation*

The Court of Appeal found, correctly, that the trial judge had applied a "but for" test in

Cour d'appel a aussi conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en appliquant le critère du « facteur déterminant » en matière de lien de causalité plutôt que le critère de la contribution appréciable (par. 12-14).

1. *La comparaison des comportements répréhensibles*

16 Les appelantes soutiennent que la Cour d'appel a eu tort de laisser entendre que la « comparaison des comportements répréhensibles » constitue un élément essentiel de l'analyse du lien de causalité. La Cour d'appel aurait laissé entendre qu'eu égard au lien de causalité, le tribunal ne doit pas simplement se demander si le comportement négligent du défendeur a causé le préjudice, mais doit aussi examiner globalement toutes les causes possibles.

17 Assurément, certains passages du jugement de première instance laissent croire que l'imprudence de M. Hanke écarte automatiquement la responsabilité des intimées, le fabricant et le distributeur. Tel n'est pas le cas. Au cours des plaidoiries, un exemple nous a été présenté pour illustrer ce point. Si les normes de l'industrie prévoient qu'un fer à repasser doit être muni d'un interrupteur automatique, et qu'un fer n'est pas muni d'un tel interrupteur, le fabricant de ce fer n'est pas dégagé de responsabilité simplement parce que le demandeur a été imprudent et a laissé le fer allumé, causant ainsi un incendie et des blessures au demandeur. Toutefois, je suis convaincue que le juge de première instance a conclu non seulement que M. Hanke était responsable de ses blessures en raison de son imprudence, mais aussi que les blessures de M. Hanke ne sont pas attribuables aux vices de conception allégués. Par exemple, le juge de première instance a fait remarquer que [TRADUCTION] « l'accident a été causé par une erreur du conducteur et n'avait rien à voir avec la conception ou la fabrication de la machine » (par. 56). Compte tenu de cette conclusion, il n'était pas nécessaire que le juge de première instance procède à une analyse de la négligence contributive.

2. *Le critère du lien de causalité*

18 La Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge de première instance avait appliqué le critère du

determining causation, stating, "[t]he thrust of the reasoning is that 'but for' the Appellant putting or leaving the hose in the gasoline tank, the explosion would not have occurred" (para. 12). Referring to the observation in *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 15, that the "but for" test "is unworkable in some circumstances", the Court of Appeal concluded that this was such a case and that the trial judge should have used a "material contribution" test instead of the "but for" test (para. 14).

19 The Court of Appeal erred in suggesting that, where there is more than one potential cause of an injury, the "material contribution" test must be used. To accept this conclusion is to do away with the "but for" test altogether, given that there is more than one potential cause in virtually all litigated cases of negligence. If the Court of Appeal's reasons in this regard are endorsed, the only conclusion that could be drawn is that the default test for cause-in-fact is now the material contribution test. This is inconsistent with this Court's judgments in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Athey v. Leonati*, at para. 14; *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, [2001] 1 S.C.R. 647, 2001 SCC 23, at paras. 87-88, and *Blackwater v. Plint*, [2005] 3 S.C.R. 3, 2005 SCC 58, at para. 78.

20 Much judicial and academic ink has been spilled over the proper test for causation in cases of negligence. It is neither necessary nor helpful to catalogue the various debates. It suffices at this juncture to simply assert the general principles that emerge from the cases.

21 First, the basic test for determining causation remains the "but for" test. This applies to multi-cause injuries. The plaintiff bears the burden of showing that "but for" the negligent act or omission of each defendant, the injury would not have occurred. Having done this, contributory

« facteur déterminant » dans son analyse du lien de causalité. Elle a déclaré que [TRADUCTION] « [s]elon l'idée maîtresse du raisonnement du juge, si l'appelant n'avait pas mis ou laissé le boyau dans le réservoir à essence, il n'y aurait pas eu explosion » (par. 12). Citant l'observation faite dans l'arrêt *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 15, que le « critère du facteur déterminant n'est pas applicable dans certaines circonstances », la Cour d'appel a conclu qu'il existait de telles circonstances en l'espèce et que le juge de première instance aurait dû appliquer le critère de la « contribution appréciable » plutôt que celui du « facteur déterminant » (par. 14).

La Cour d'appel a eu tort de laisser entendre que, dans les cas où il y a plus d'une cause possible de préjudice, il faut appliquer le critère de la « contribution appréciable ». Accepter cette conclusion, c'est écarter entièrement le critère du « facteur déterminant » puisque, dans la quasi-totalité des affaires de négligence soumises aux tribunaux, il y a plus d'une cause possible. Si l'on accepte les motifs de la Cour d'appel à cet égard, il s'ensuit nécessairement que le critère implicite applicable à une cause réelle est désormais le critère de la contribution appréciable. Une telle approche va à l'encontre des jugements rendus par notre Cour dans *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Athey c. Leonati*, par. 14; *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, [2001] 1 R.C.S. 647, 2001 CSC 23, par. 87-88, et *Blackwater c. Plint*, [2005] 3 R.C.S. 3, 2005 CSC 58, par. 78.

La question du critère à appliquer pour analyser le lien de causalité en matière de négligence a été traitée en profondeur dans la jurisprudence et dans la doctrine. Il n'est ni nécessaire ni utile de décrire les divers débats. Il suffit à ce stade d'énoncer simplement les principes généraux qui se dégagent de la jurisprudence.

Premièrement, le critère fondamental de détermination du lien de causalité demeure le critère du « facteur déterminant ». Ce critère s'applique dans les cas de préjudice à causes multiples. Il incombe au demandeur d'établir qu'il n'aurait pas subi un préjudice, n'eût été l'acte de négligence ou

negligence may be apportioned, as permitted by statute.

l'omission par négligence de chacun des défendeurs. Une fois que le demandeur a établi ce fait, on peut alors répartir la négligence contributive en conformité avec la loi.

This fundamental rule has never been displaced and remains the primary test for causation in negligence actions. As stated in *Athey v. Leonati*, at para. 14, *per* Major J., "[t]he general, but not conclusive, test for causation is the 'but for' test, which requires the plaintiff to show that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant". Similarly, as I noted in *Blackwater v. Plint*, at para. 78, "[t]he 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."

22 Cette règle fondamentale n'a jamais été écartée et demeure le critère principal d'analyse du lien de causalité dans les actions pour négligence. Comme le juge Major l'a déclaré dans *Athey c. Leonati*, par. 14, « [l]e critère général, quoique non décisif, en matière de causalité est celui du "facteur déterminant" ("*but for test*"), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur ». De même, comme je l'ai fait remarquer dans *Blackwater c. Plint*, par. 78, « [p]our 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. »

The "but for" test recognizes that compensation for negligent conduct should only be made "where a substantial connection between the injury and the defendant's conduct" is present. It ensures that a defendant will not be held liable for the plaintiff's injuries where they "may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone": *Snell v. Farrell*, at p. 327, *per* Sopinka J.

23 Suivant le critère du « facteur déterminant », il ne convient d'indemniser la victime d'un comportement négligeant que s'il existe « un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur ». Ainsi, le défendeur est assuré de ne pas être tenu responsable du préjudice subi par le demandeur « qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne » : *Snell c. Farrell*, p. 327, le juge Sopinka.

However, in special circumstances, the law has recognized exceptions to the basic "but for" test, and applied a "material contribution" test. Broadly speaking, the cases in which the "material contribution" test is properly applied involve two requirements.

24 Toutefois, le droit a reconnu dans des circonstances particulières des exceptions à l'application du critère fondamental du « facteur déterminant » et a appliqué alors le critère de la « contribution appréciable ». De manière générale, il convient d'appliquer le critère de la « contribution appréciable » dans les causes qui satisfont à deux exigences.

First, it must be impossible for the plaintiff to prove that the defendant's negligence caused the plaintiff's injury using the "but for" test. The impossibility must be due to factors that are outside of the plaintiff's control; for example, current limits of scientific knowledge. Second, it must be clear that the defendant breached a duty of care

25 Premièrement, il doit être impossible pour le demandeur de prouver au moyen du critère du « facteur déterminant » que la négligence du défendeur lui a causé un préjudice. Cette impossibilité doit être attribuable à des facteurs qui échappent au contrôle du demandeur; par exemple, les limites de la science. Deuxièmement, il doit être clair que le

owed to the plaintiff, thereby exposing the plaintiff to an unreasonable risk of injury, and the plaintiff must have suffered that form of injury. In other words, the plaintiff's injury must fall within the ambit of the risk created by the defendant's breach. In those exceptional cases where these two requirements are satisfied, liability may be imposed, even though the "but for" test is not satisfied, because it would offend basic notions of fairness and justice to deny liability by applying a "but for" approach.

26 These two requirements are helpful in defining the situations in which an exception to the "but for" approach ought to be permitted. Without dealing exhaustively with the jurisprudence, a few examples may assist in demonstrating the twin principles just asserted.

27 One situation requiring an exception to the "but for" test is the situation where it is impossible to say which of two tortious sources caused the injury, as where two shots are carelessly fired at the victim, but it is impossible to say which shot injured him: *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830. Provided that it is established that each of the defendants carelessly or negligently created an unreasonable risk of that type of injury that the plaintiff in fact suffered (i.e. carelessly or negligently fired a shot that could have caused the injury), a material contribution test may be appropriately applied.

28 A second situation requiring an exception to the "but for" test may be where it is impossible to prove what a particular person in the causal chain would have done had the defendant not committed a negligent act or omission, thus breaking the "but for" chain of causation. For example, although there was no need to rely on the "material contribution" test in *Walker Estate v. York Finch General Hospital*, this Court indicated that it could be used where it was impossible to prove that the donor

défendeur a manqué à une obligation de diligence envers le demandeur, l'exposant ainsi à un risque de préjudice déraisonnable, et que le demandeur doit avoir subi le type de préjudice en question. En d'autres termes, le préjudice causé au demandeur doit pouvoir découler du risque créé par le manquement du défendeur. Dans les cas exceptionnels où il est satisfait à ces deux exigences, le défendeur peut être tenu responsable, même s'il n'a pas été satisfait au critère du « facteur déterminant », parce qu'il serait contraire aux notions fondamentales d'équité et de justice de ne pas reconnaître la responsabilité du défendeur par l'application du critère du « facteur déterminant ».

Ces deux exigences sont utiles pour définir les situations dans lesquelles il conviendrait d'admettre une exception à l'application du critère du « facteur déterminant ». Sans analyser en profondeur la jurisprudence, j'estime que quelques exemples peuvent aider à illustrer ce double principe énoncé précédemment.

Il faut admettre une exception à l'application du critère du « facteur déterminant » dans le cas où il est impossible de dire lequel des deux auteurs possibles d'un délit a causé le préjudice, par exemple si deux coups de feu ont été tirés par négligence en direction de la victime, mais il est impossible de dire lequel a causé la blessure : *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830. S'il est établi que chacun des défendeurs a, par négligence, créé un risque déraisonnable de préjudice et que le défendeur a subi ce type de préjudice (c.-à-d. que chacun a, par négligence, tiré un coup de feu qui aurait pu causer le préjudice), il convient d'appliquer le critère de la contribution appréciable.

Il faut également admettre une exception à l'application du critère du « facteur déterminant » dans les cas où il est impossible d'établir ce qu'aurait fait l'une des personnes dans la chaîne causale s'il n'y avait pas eu négligence ou omission de la part du défendeur, causant ainsi une rupture dans la chaîne causale établie au moyen du « facteur déterminant ». Par exemple, dans l'affaire *Walker, Succession c. York Finch General Hospital*, bien que notre Cour n'ait pas eu besoin de recourir au

whose tainted blood infected the plaintiff would not have given blood if the defendant had properly warned him against donating blood. Once again, the impossibility of establishing causation and the element of injury-related risk created by the defendant are central.

In this case, the Court of Appeal erred in failing to recognize that the basic test for causation remains the "but for" test. It further erred in applying the material contribution test in circumstances where its use was neither necessary nor justified.

C. Conclusion

I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal and restore the trial judgment, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant Resurfice Corp.: Bryan & Company, Edmonton.

Solicitors for the appellant LeClair Equipment Ltd.: Miller Thomson, Calgary.

Solicitors for the respondent: McLennan Ross, Edmonton.

critère de la « contribution appréciable », elle a indiqué que ce critère pouvait être appliqué en cas d'impossibilité de prouver que le donneur, dont le sang contaminé avait infecté le demandeur, n'aurait pas donné du sang si la défenderesse l'avait mis en garde contre le don de sang contaminé. Là encore, l'impossibilité d'établir le lien de causalité et l'élément de risque de préjudice créé par le défendeur revêtent un caractère primordial.

29 En l'espèce, la Cour d'appel a eu tort de ne pas reconnaître que le critère fondamental en matière de causalité demeure le critère du « facteur déterminant ». En outre, elle a commis une erreur en appliquant le critère de la contribution appréciable dans des circonstances où son application n'était ni nécessaire, ni justifiée.

C. Conclusion

30 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante Resurfice Corp. : Bryan & Company, Edmonton.

Procureurs de l'appelante LeClair Equipment Ltd. : Miller Thomson, Calgary.

Procureurs de l'intimé : McLennan Ross, Edmonton.

Leaka Helena Delia Dickie *Appellant*

v.

Kenneth Earle Dickie *Respondent*

and

Women's Legal Education and Action Fund *Intervener*

Leaka Helena Delia Dickie *Appelante*

c.

Kenneth Earle Dickie *Intimé*

et

Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes *Intervenant*

INDEXED AS: DICKIE v. DICKIE

Neutral citation: 2007 SCC 8.

File No.: 31350.

2007: January 17; 2007: February 9.

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

RÉPERTORIÉ : DICKIE c. DICKIE

Référence neutre : 2007 CSC 8.

N° du greffe : 31350.

2007 : 17 janvier; 2007 : 9 février.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Courts — Jurisdiction — Enforcement of orders — Contempt order — Husband found in contempt of court for failure to secure support obligations with irrevocable letter of credit and to post security for costs — Motions judge having jurisdiction to make contempt order because neither security order amounted to order of "payment of money" within meaning of Rule 60.11 of Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

Courts — Appellate courts — Jurisdiction — Husband found in contempt of court for failure to secure support obligations with irrevocable letter of credit and to post security for costs — Husband appealing finding to Court of Appeal — Court of Appeal would have had discretion to refuse to entertain appeal based on record showing husband's continuing disobedience with court orders — Preliminary question whether to entertain appeal now moot.

Held: The appeal should be allowed.

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

Tribunaux — Compétence — Exécution forcée des ordonnances — Ordonnance pour outrage — Époux déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir omis de garantir ses obligations alimentaires au moyen d'une lettre de crédit irrévocable et de déposer un cautionnement pour dépens — Juge des motions ayant compétence pour prononcer une condamnation pour outrage du fait qu'aucune des ordonnances de garantie n'enjoignait à une personne « de payer une somme d'argent » au sens de la règle 60.11 des Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194.

Tribunaux — Cours d'appel — Compétence — Époux déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir omis de garantir ses obligations alimentaires au moyen d'une lettre de crédit irrévocable et de déposer un cautionnement pour dépens — Époux interjetant appel contre cette condamnation devant la Cour d'appel — La Cour d'appel aurait eu le pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre l'appel, compte tenu du dossier démontrant que l'époux persistait à désobéir aux ordonnances — Question préliminaire concernant la compétence de la Cour d'appel devenue théorique.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 140.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 60.11.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Sharpe and Juriansz JJ.A.) (2006), 78 O.R. (3d) 1, 262 D.L.R. (4th) 622, 206 O.A.C. 257, 22 C.P.C. (6th) 36, [2006] O.J. No. 95 (QL), reversing a decision of Stewart J. (2004), 1 R.F.L. (6th) 167. Appeal allowed.

Harold Niman, *David Stratas* and *Daryl L. Gelgoot*, for the appellant.

Rochelle F. Cantor and *Marie-France Major*, for the respondent.

E. Llana Nakonechny and *Gillian Calder*, for the intervener.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — The respondent, Kenneth Earle Dickie, was found in contempt of court for failing to comply with court orders requiring him to secure his support obligations by providing an irrevocable letter of credit and to post security for costs. The motions judge imposed a sentence of 45 days in jail for that contempt ((2004), 1 R.F.L. (6th) 167), which Dr. Dickie served immediately. He then pursued his appeal against the finding of contempt to the Court of Appeal for Ontario, arguing that the motions judge had no jurisdiction under rule 60.11 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to make a contempt order because the underlying orders were orders requiring him to make a "payment of money". He argued further that he was denied procedural fairness.

As a preliminary matter, the appellant, Leaka Helena Delia Dickie, invoked the Court of Appeal's authority under s. 140 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, asking it to decline to hear Dr. Dickie's appeal on the basis that he continued to flout, not only the orders for security which were

Lois et règlements cités

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 140.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 60.11.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Sharpe et Juriansz) (2006), 78 O.R. (3d) 1, 262 D.L.R. (4th) 622, 206 O.A.C. 257, 22 C.P.C. (6th) 36, [2006] O.J. No. 95 (QL), qui a infirmé une décision de la juge Stewart (2004), 1 R.F.L. (6th) 167. Pourvoi accueilli.

Harold Niman, *David Stratas* et *Daryl L. Gelgoot*, pour l'appelante.

Rochelle F. Cantor et *Marie-France Major*, pour l'intimé.

E. Llana Nakonechny et *Gillian Calder*, pour l'intervenant.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — L'intimé, Kenneth Earle Dickie, a été déclaré coupable d'outrage au tribunal pour non-respect d'ordonnances judiciaires lui enjoignant de garantir ses obligations alimentaires en fournissant une lettre de crédit irrévocable et en déposant un cautionnement pour dépens. La juge des motions lui a infligé, pour cet outrage, une peine de 45 jours d'incarcération ((2004, 1 R.F.L. (6th) 167) que le D[r] Dickie a purgée immédiatement. Celui-ci a ensuite poursuivi son appel contre sa condamnation pour outrage au tribunal devant la Cour d'appel de l'Ontario, soutenant que la juge des motions n'avait pas compétence pour le condamner pour outrage en vertu de la règle 60.11 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, parce que les ordonnances sous-jacentes lui enjoignaient de « payer une somme d'argent ». Il a en outre allégué ne pas avoir bénéficié de l'équité procédurale. 1

L'appelante, Leaka Helena Delia Dickie, a invoqué à titre préliminaire la compétence conférée à la Cour d'appel par l'art. 140 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, lui demandant de refuser d'entendre l'appel du D[r] Dickie parce qu'il continuait à transgresser, non 2

the subject matter of the contempt motion, but also the underlying support orders.

3 The Court of Appeal, by majority decision, dismissed Mrs. Dickie's preliminary motion, holding that the fact that Dr. Dickie was challenging the jurisdiction of the court to find him in contempt was reason enough to hear his appeal ((2006), 78 O.R. (3d) 1). The court then allowed Dr. Dickie's appeal and set aside the finding of contempt on the basis that rule 60.11 of the *Rules of Civil Procedure* cannot be used to enforce either security order because each was an order for the "payment of money". The court granted costs to Dr. Dickie in the amount of $15,000.

4 Laskin J.A., in dissent, was of the view that the court had a discretion to refuse to entertain Dr. Dickie's appeal and that, based on the record showing continuing disobedience with court orders, it should have exercised that discretion. Hence, he would have adjourned Dr. Dickie's appeal until Dr. Dickie had taken steps to comply with the court orders below. However, assuming the court was correct in entertaining the appeal, Laskin J.A. would have dismissed Dr. Dickie's appeal, finding that neither order for security amounts to an order for the "payment of money" within the meaning of rule 60.11, and that Dr. Dickie was afforded procedural fairness.

5 Mrs. Dickie appeals to this Court.

6 In our view, the Court of Appeal had the authority to refuse to entertain Dr. Dickie's appeal and, had it exercised its discretion as proposed by Laskin J.A. and for the reasons he gave, we would have found no basis to interfere with the result. However, the Court of Appeal having otherwise exercised its discretion and heard the appeal, this preliminary question is now moot.

seulement les ordonnances de garantie à l'origine de la condamnation pour outrage, mais aussi les ordonnances alimentaires sous-jacentes.

La Cour d'appel a rejeté, à la majorité, la motion préliminaire de M^me^ Dickie, jugeant que l'argument du D^r^ Dickie selon lequel la cour n'avait pas compétence pour le déclarer coupable d'outrage au tribunal justifiait l'audition de l'appel ((2006), 78 O.R. (3d) 1). La cour a accueilli l'appel du D^r^ Dickie et annulé la condamnation pour outrage, statuant que la règle 60.11 des *Règles de procédure civile* ne pouvait être utilisée pour obtenir l'exécution forcée d'aucune des deux ordonnances de garantie car il s'agissait d'ordonnances enjoignant à une personne de « payer une somme d'argent ». La cour a accordé des dépens de 15 000 $ au D^r^ Dickie.

Le juge Laskin, dissident, estimait que la cour avait le pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre l'appel du D^r^ Dickie et qu'elle aurait dû l'exercer, compte tenu du dossier démontrant que le D^r^ Dickie persistait à désobéir aux ordonnances. Par conséquent, il était d'avis de suspendre l'appel du D^r^ Dickie jusqu'à ce que celui-ci ait pris des mesures pour se conformer aux ordonnances de la juridiction inférieure. Toutefois, en supposant que la cour ait pris la bonne décision en acceptant d'entendre l'appel, le juge Laskin estimait que l'appel du D^r^ Dickie aurait dû être rejeté parce que, selon lui, aucune des ordonnances de garantie ne constituait une ordonnance enjoignant à une personne de « payer une somme d'argent » au sens de la règle 60.11 et le D^r^ Dickie avait bénéficié de l'équité procédurale.

Madame Dickie se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Nous sommes d'avis que la Cour d'appel avait le pouvoir de refuser d'entendre l'appel du D^r^ Dickie et que, si elle avait exercé son pouvoir discrétionnaire comme le proposait le juge Laskin, pour les motifs qu'il a exprimés, nous n'aurions eu aucun motif d'intervenir quant au résultat. Néanmoins, la Cour d'appel ayant exercé son pouvoir discrétionnaire autrement et ayant entendu l'appel, cette question préliminaire est devenue théorique.

On the appeal from the decision on the contempt motion, we are in substantial agreement with the reasons of Laskin J.A. Consequently, the appeal is allowed, the order of the Court of Appeal is set aside, Dr. Dickie's appeal from the contempt order is dismissed, and the motions judge's order reinstated. Mrs. Dickie is awarded her costs before this Court on a solicitor and client basis and in the Court of Appeal on a substantial indemnity basis.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Niman Zemans Gelgoot, Toronto.

Solicitor for the respondent: Rochelle F. Cantor, Toronto.

Solicitor for the intervener: Women's Legal Education & Action Fund, Toronto.

En ce qui concerne l'appel de la décision sur l'outrage au tribunal, nous partageons pour l'essentiel l'opinion du juge Laskin. En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée, l'appel du D[r] Dickie contre sa condamnation pour outrage est rejeté et l'ordonnance de la juge des motions est rétablie. Madame Dickie aura droit à ses dépens devant notre Cour sur la base procureur-client, et devant la Cour d'appel sur une base d'indemnisation substantielle. 7

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Niman Zemans Gelgoot, Toronto.

Procureur de l'intimé : Rochelle F. Cantor, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Adil Charkaoui *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Arab Federation, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

- and -

Hassan Almrei *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees,

Adil Charkaoui *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Fédération canado-arabe, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

- et -

Hassan Almrei *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés,

African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

- and -

Mohamed Harkat *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration, Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

INDEXED AS: CHARKAOUI *v.* CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

- et -

Mohamed Harkat *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CHARKAOUI *c.* CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Neutral citation: 2007 SCC 9.

File Nos.: 30762, 30929, 31178.

2006: June 13, 14, 15; 2007: February 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Fair hearing — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge reviewing reasonableness of certificate must ensure confidentiality of information on which certificate is based if disclosure would be injurious to national security — Named persons in certificates denied opportunity to known case put against them — Whether named persons deprived of their right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether limit imposed on named persons' constitutional right justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to prompt review of detention — Immigration — Removal — Detention of foreign nationals automatic upon issuance of certificate stating they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether detention without warrant or lack of review of detention until 120 days after reasonableness of certificate judicially confirmed infringes guarantee against arbitrary detention — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9, 10(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment — Fundamental justice — Immigration — Extended period of detention pending removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Immigration legislation permitting lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions — Whether legislation constitutes cruel and

Référence neutre : 2007 CSC 9.

N[os] du greffe : 30762, 30929, 31178.

2006 : 13, 14, 15 juin; 2007 : 23 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Audition équitable — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Juge saisi de l'examen du caractère raisonnable du certificat tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale — Personnes désignées dans les certificats privées de la possibilité de connaître la preuve pesant contre elles — L'atteinte portée au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes désignées est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Si non, l'atteinte au droit constitutionnel des personnes désignées est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention — Immigration — Renvoi — Détention automatique des étrangers dès la délivrance d'un certificat attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — La mise en détention sans mandat ou l'absence de contrôle de la détention pendant 120 jours suivant la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat violent-elles le droit à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitement cruel et inusité — Justice fondamentale — Immigration — Période de détention prolongée en attente du renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Loi sur l'immigration permettant la détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une

unusual treatment or is inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Immigration — Removal — Whether deportation scheme applicable only to non-citizens infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

Constitutional law — Rule of law — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge's determination on reasonableness of certificate final — Whether unavailability of appeal infringes rule of law — Whether rule of law prohibits automatic detention or detention on basis of executive decision.

Immigration law — Inadmissibility and removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether scheme under which certificates issued and detentions ordered constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 77 to 85.

The *Immigration and Refugee Protection Act* ("*IRPA*") allows the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to issue a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to Canada on grounds of security, among others (s. 77), and leading to the detention of the person named in the certificate. The certificate and the detention are both subject to review by a judge of the Federal Court, in a process that may deprive the person of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered (s. 78). Once a certificate is issued, a permanent resident may be detained, and the detention must be reviewed within 48 hours; in the case of a foreign national, the detention is automatic and that person cannot apply for review until 120 days after a judge determines the certificate to be reasonable (ss. 82-84). The judge's determination on the reasonableness of the certificate cannot be appealed or judicially reviewed (s. 80(3)). If the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order, which cannot be appealed and which may be immediately enforced (s. 81).

longue période — La loi impose-t-elle un traitement cruel et inusité ou est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Immigration — Renvoi — Un régime d'expulsion applicable seulement aux non-citoyens porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

Droit constitutionnel — Primauté du droit — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat définitive — L'absence de droit d'appel est-elle contraire à la primauté du droit? — La primauté du droit interdit-elle la détention automatique ou la détention fondée sur une décision de l'exécutif?

Droit de l'immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Le régime régissant la délivrance de certificats et la détention est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10c), 12, 15 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 77 à 85.

La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* ») permet au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de délivrer un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire au Canada, notamment pour raison de sécurité (art. 77), et entraînant la détention de la personne désignée dans le certificat. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d'un juge de la Cour fédérale, effectué selon des règles qui peuvent priver la personne de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée (art. 78). Après la délivrance du certificat, un résident permanent peut être mis en détention, et sa détention doit être contrôlée dans un délai de 48 heures; dans le cas d'un étranger, la détention est automatique et une demande de contrôle ne peut être présentée que 120 jours après la confirmation par un juge du caractère raisonnable du certificat (art. 82-84). La décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire (par. 80(3)). Le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi, qui est sans appel et peut être exécutée immédiatement (art. 81).

Certificates of inadmissibility have been issued by the Ministers against the appellants C, H and A. While C is a permanent resident, H and A are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained on the basis of allegations that they constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement in terrorist activities. C and H were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but A remains in detention. Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal upheld the constitutional validity of the *IRPA*'s certificate scheme.

Held: The appeals should be allowed.

(1) *Procedure for determining reasonableness of certificate and for review of detention*

The procedure under the *IRPA* for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedures infringe s. 7 of the *Charter*. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not in itself engage s. 7, features associated with deportation may do so. Here, s. 7 is clearly engaged because the person named in a certificate faces detention pending the outcome of the proceedings and because the process may lead to the person's removal to a place where his or her life or freedom would be threatened. Further, the *IRPA*'s impairment of the named person's right to life, liberty and security is not in accordance with the principles of fundamental justice. The procedure for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedure fail to assure the fair hearing that s. 7 requires before the state deprives a person of this right. [13-14] [17-18] [65]

The right to a fair hearing comprises the right to a hearing before an independent and impartial magistrate who must decide on the facts and the law, the right to know the case put against one, and the right to answer that case. While the *IRPA* procedures properly reflect the exigencies of the security context, security concerns cannot be used, at the s. 7 stage of the analysis, to excuse procedures that do not conform to fundamental justice. Here, the *IRPA* scheme includes a hearing and meets the requirement of independence and impartiality, but the secrecy required by the scheme denies the person named in a certificate the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. The judges of the Federal Court,

Les ministres ont délivré des certificats d'interdiction de territoire contre les appelants C, H et A. C est un résident permanent, tandis que H et A sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. C et H ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement, mais A demeure détenu. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont confirmé la validité constitutionnelle du régime de certificats établi par la *LIPR*.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

(1) *Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention*

Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas en soi l'application de l'art. 7, certains éléments rattachés à l'expulsion pourraient l'enclencher. En l'espèce, il est clair que l'art. 7 trouve application, parce que la personne désignée dans un certificat peut être mise en détention jusqu'à l'issue de la procédure et parce que le processus peut entraîner son renvoi vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées. De plus, l'atteinte portée par la *LIPR* au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne désignée n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention ne garantissent pas l'audition équitable requise par l'art. 7 lorsque l'État porte atteinte à ce droit. [13-14] [17-18] [65]

Le droit à une audition équitable comprend le droit à une audition devant un magistrat indépendant et impartial, qui rend une décision fondée sur les faits et sur le droit, le droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui et le droit d'y répondre. Bien que les procédures établies par la *LIPR* tiennent compte, à bon droit, des exigences propres au contexte de la sécurité, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. En l'occurrence, le régime établi par la *LIPR* inclut une audition et satisfait à l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais le secret requis par le régime empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge

who are required under the *IRPA* to conduct a searching examination of the reasonableness of the certificate, in an independent and judicial fashion and on the material placed before them, do not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in an inquisitorial process. At the same time, the person named in a certificate is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged, perhaps unknowingly, to make the required decision based on only part of the relevant evidence. Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the person named in a certificate may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or to develop legal arguments based on the evidence. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. The *IRPA* provides neither. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. Les juges de la Cour fédérale, qui sont tenus par la *LIPR* de procéder à un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat, de façon indépendante et judiciaire et à partir des renseignements dont ils disposent, ne sont pas investis de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que leur conférerait un processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée dans le certificat ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent un processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, soit obligé — peut-être sans le savoir — de rendre sa décision sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente. Des problèmes semblables se posent quant au respect de l'exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée dans le certificat ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à l'intéressé, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. La *LIPR* ne prévoit ni l'un ni l'autre. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

The infringement of s. 7 is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective, and the non-disclosure of evidence at certificate hearings is rationally connected to this objective, the *IRPA* does not minimally impair the rights of persons named in certificates. Less intrusive alternatives developed in Canada and abroad, notably the use of special counsel to act on behalf of the named persons, illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

La contravention à l'art. 7 n'est pas validée par application de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel et que la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ait un lien rationnel avec cet objectif, la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes désignées dans un certificat. Les solutions moins attentatoires conçues au Canada et à l'étranger, notamment le recours à un avocat spécial pour représenter les personnes désignées, démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

(2) *Detention of foreign nationals*

The detention of foreign nationals without warrant does not infringe the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing under s. 77 of the *IRPA* of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violation of human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and

(2) *Détention des étrangers*

La détention sans mandat des étrangers ne viole pas les droits à la protection contre la détention arbitraire garanti à l'art. 9 de la *Charte*. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature, en vertu de l'art. 77 de la *LIPR*, du certificat attestant que cet étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que

therefore provides a rational foundation for the detention. However, the lack of review of the detention of foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially confirmed (s. 84(2)) infringes the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(*c*) of the *Charter*. While there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. [88-89] [91] [93]

The infringement of ss. 9 and 10(*c*) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The *IRPA* provides permanent residents who pose a danger to national security with a mandatory detention review within 48 hours. It follows that denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed does not minimally impair the rights guaranteed by ss. 9 and 10(*c*). [93-94]

(3) *Extended periods of detention*

While the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment cannot be used as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime, indefinite detention without hope of release or recourse to a legal process to procure release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment. The *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, but it may in fact permit lengthy and indeterminate detention, or lengthy periods of detention subject to onerous release conditions. The principles of fundamental justice and the guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. The person must be accorded meaningful opportunities to challenge his or her continued detention or the conditions of his or her release. [97-98] [105] [107]

Extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review

représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Toutefois, l'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat (par. 84(2)) porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention garanti par l'al. 10*c*) de la *Charte*. Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme, mais cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. [88-89] [91] [93]

La contravention à l'art. 9 et à l'al. 10*c*) n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. La *LIPR* assure aux résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale le contrôle obligatoire de leur détention dans un délai de 48 heures. Par conséquent, empêcher le contrôle de la détention des étrangers durant les 120 jours qui suivent la confirmation du certificat ne porte pas le moins possible atteinte aux droits que garantissent aux étrangers l'art. 9 et l'al. 10*c*). [93-94]

(3) *Détention prolongée*

Bien que la garantie de l'art. 12 contre tout traitement cruel et inusité ne soit pas un mécanisme pouvant servir à contester globalement le caractère équitable d'un régime législatif particulier, la détention d'une durée indéterminée sans espoir d'être libéré, ni aucune voie de droit pour obtenir une mise en liberté, peut causer un stress psychologique et constituer de ce fait un traitement cruel et inusité. La *LIPR* n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, mais elle peut en fait permettre une détention prolongée ou pour une durée indéterminée, ou l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. Les principes de justice fondamentale et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités exigent que la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, soient assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Chacun doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté. [97-98] [105] [107]

Les longues périodes de détention en attente de l'expulsion permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte* lorsqu'elles sont assorties d'un processus

of detention, taking into account all of the relevant factors, including the reasons for detention, the length of the detention, the reasons for the delay in deportation, the anticipated future length of detention, if applicable, and the availability of alternatives to detention. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice. [110-116] [123]

(4) *Differential treatment of citizens and non-citizens*

Since s. 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters, a deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not for that reason alone infringe s. 15 of the *Charter*. Even though the detention of some of the appellants has been long, the record does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. [129] [131]

(5) *Rule of law*

The rule of law is not infringed by (1) the unavailability of an appeal of the designated judge's review of the reasonableness of the certificate; or (2) the provision for the issuance of an arrest warrant by the executive in the case of a permanent resident, or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision in the case of a foreign national. First, there is no constitutional right to an appeal, nor can such a right be said to flow from the rule of law in the present context. Second, the rule of law does not categorically prohibit automatic detention, or detention on the basis of an executive decision, and the constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*. [133] [136-137]

(6) *Remedy*

The *IRPA*'s procedure for the judicial approval of certificates is inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect. This declaration is suspended for one year from the date of this judgment. If the government chooses to have the reasonableness of C's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After that period, H and A's certificates will lose their "reasonable" status and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. Likewise, any certificates or detention reviews occurring after

qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction de tous les facteurs pertinents, y compris les motifs de la détention, le temps passé en détention, les raisons qui retardent l'expulsion, la durée anticipée du prolongement de la détention, le cas échéant, et l'existence de solutions de rechange à la détention. Cela n'écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale. [110-116] [123]

(4) *Traitement différent des citoyens et des non-citoyens*

Comme l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas de ce seul fait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. En dépit de la longue détention de certains des appelants le dossier n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. [129] [131]

(5) *La primauté du droit*

Ni (1) l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, ni (2) les dispositions qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation, dans le cas d'un résident permanent, ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif, dans le cas d'un étranger, ne sont incompatibles avec la primauté du droit. Premièrement, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution et on ne peut affirmer que ce droit découle de la primauté du droit dans le présent contexte. Deuxièmement, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique, ni la détention ordonnée par l'exécutif, et les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*. [133] [136-137]

(6) *Réparation*

La procédure de confirmation judiciaire des certificats établie par la *LIPR* est incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. L'effet de la présente déclaration est suspendu pour un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant C pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après ce délai, les certificats visant H et A perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et ils pourront en demander l'annulation. De même, l'examen d'un certificat et le contrôle de la

the one-year delay will be subject to the new process devised by Parliament. Further, s. 84(2), which denies a prompt hearing to foreign nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release, is struck, and s. 83 is modified so as to allow for review of the detention of a foreign national both before and after the certificate has been deemed reasonable. [139-141]

Cases Cited

Referred to: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40; *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; Eur. Court H.R., *Chahal v. United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] 2 All E.R. 863,

détention effectués après l'expiration de cette période de un an seront assujettis au nouveau processus conçu par le législateur. De plus, le par. 84(2), qui nie aux étrangers détenus le droit à une audition dans un bref délai, en interdisant toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation du certificat, est radié et l'art. 83 est modifié pour permettre le contrôle de la détention d'un étranger tant avant qu'après qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat. [139-141]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. nº 1706 (QL), 2006 CF 1230; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40; *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *M. c. Secretary*

[2004] EWCA Civ 324, aff'g [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214; Eur. Court H.R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645; *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41.
Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (U.K.), 2001, c. 24, s. 23.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37 to 39, 38.01, 38.02, 38.04.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1), 7, 9, 10(*c*), 11(*d*), 12, 15, 24(1).
Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21 (later R.S.C. 1985, c. C-23).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.055, 503(1).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 (formerly *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52), ss. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 55 to 58, 77 to 85, 112, 115.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, r. 248.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (U.K.), 1997, c. 68, s. 6(1), (4).
Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, S.I. 2003/1034, rr. 35, 36, 38.

of State for the Home Department, [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324, conf. [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214; Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1114 (QL); *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. n° 1994 (QL), 2005 CF 1645; *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Zündel, Re*, [2004] A.C.F. n° 1982 (QL), 2004 CAF 394.

Lois et règlements cités

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (R.-U.), 2001, ch. 24, art. 23.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1), 7, 9, 10*c*), 11*d*), 12, 15, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055, 503(1).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 (auparavant *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52), art. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 55 à 58, 77 à 85, 112, 115.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37 à 39, 38.01, 38.02, 38.04.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, règle 248.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (R.-U.), 1997, ch. 68, art. 6(1), (4).
Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, S.I. 2003/1034, règles 35, 36, 38.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, arts. 5, 14.

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*. Ottawa: The Commission, 2006.

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: The Commission, 2006.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., April 26, 2001 (online: http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?SourceID=54760).

Canada. Security Intelligence Review Committee. *Annual Report 1988-1989*. Ottawa: The Committee, 1989.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

Hugessen, James K. "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in David Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* Montréal: Thémis, 2002, 381.

Rankin, Murray. "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.

Roach, Kent. "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.

Stewart, Hamish. "Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235.

United Kingdom. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London: Stationery Office, 2005.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau JJ.A.), [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] F.C.J. No. 2060 (QL), 2004 FCA 421, upholding a decision of Noël J., [2004] 3 F.C.R. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] F.C.J. No. 1816 (QL), 2003 FC 1419, refusing to declare

Traités et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 5, 14.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 1re sess., 37e lég., 26 avril 2001 (en ligne : http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=212&SourceId=54760&SwitchLanguage=1).

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel 1988-1989*. Ottawa : Le Comité, 1989.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : La Commission, 2006.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*. Ottawa : La Commission, 2006.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

Hugessen, James K. « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans David Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* Montréal : Thémis, 2002, 381.

Rankin, Murray. « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.

Roach, Kent. « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.

Royaume-Uni. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London : Stationery Office, 2005.

Stewart, Hamish. « Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau), [2005] 2 R.C.F. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] A.C.F. nº 2060 (QL), 2004 CAF 421, qui a maintenu la décision du juge Noël, [2004] 3 R.C.F. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] A.C.F. nº 1816 (QL),

parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Charkaoui. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Sharlow JJ.A.), [2005] 3 F.C.R. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] F.C.J. No. 213 (QL), 2005 FCA 54, upholding a decision of Blanchard J., [2004] 4 F.C.R. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] F.C.J. No. 509 (QL), 2004 FC 420, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Almrei. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau JJ.A.) (2005), 340 N.R. 286, [2005] F.C.J. No. 1467 (QL), 2005 FCA 285, upholding a decision of Dawson J. (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] F.C.J. No. 481 (QL), 2005 FC 393, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Harkat. Appeal allowed.

Johanne Doyon and *Julius H. Grey*, for the appellant Charkaoui.

John Norris and *Barbara Jackman*, for the appellant Almrei.

Paul D. Copeland and *Matt Webber*, for the appellant Harkat.

Bernard Laprade, *Normand Lemyre* and *Daniel Latulippe*, for the respondents (30762).

Urszula Kaczmarczyk, *Donald A. MacIntosh* and *Cheryl D. Mitchell*, for the respondents (30929).

Bernard Laprade, *Urszula Kaczmarczyk* and *Donald A. MacIntosh*, for the respondents (31178).

John Corelli and *Ian Bulmer*, for the intervener the Attorney General of Ontario (30762, 31178).

Shaun Nakatsuru and *Michael Doi*, for the intervener the Attorney General of Ontario (30929).

2003 CF 1419, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Charkaoui. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Sharlow), [2005] 3 R.C.F. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] A.C.F. nº 213 (QL), 2005 CAF 54, qui a maintenu une décision du juge Blanchard, [2004] 4 R.C.F. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] A.C.F. nº 509 (QL), 2004 CF 420, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Almrei. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau) (2005), 340 N.R. 286, [2005] A.C.F. nº 1467 (QL), 2005 CAF 285, qui a maintenu une décision de la juge Dawson (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] A.C.F. nº 481 (QL), 2005 CF 393, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Harkat. Pourvoi accueilli.

Johanne Doyon et *Julius H. Grey*, pour l'appelant Charkaoui.

John Norris et *Barbara Jackman*, pour l'appelant Almrei.

Paul D. Copeland et *Matt Webber*, pour l'appelant Harkat.

Bernard Laprade, *Normand Lemyre* et *Daniel Latulippe*, pour les intimés (30762).

Urszula Kaczmarczyk, *Donald A. MacIntosh* et *Cheryl D. Mitchell*, pour les intimés (30929).

Bernard Laprade, *Urszula Kaczmarczyk* et *Donald A. MacIntosh*, pour les intimés (31178).

John Corelli et *Ian Bulmer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30762, 31178).

Shaun Nakatsuru et *Michael Doi*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30929).

Michael Bossin, *Owen M. Rees*, *Vanessa Gruben* and *Thomas G. Conway*, for the intervener Amnesty International.

Gregory P. DelBigio and *Jason B. Gratl*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, for the intervener the Canadian Bar Association.

Edward L. Greenspan, *Q.C.*, and *David N. Tice*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Sharryn Aiken, *Marie Chen* and *Mary Eberts*, for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada.

R. Douglas Elliott and *Gabriel R. Fahel*, for the intervener the Canadian Arab Federation.

David Baker and *Faisal Bhabha*, for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil, Liberties Association.

Michael Code, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Neil Finkelstein and *Catherine Beagan Flood*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Sujit Choudhry and *Robert A. Centa*, for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 One of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its

Michael Bossin, *Owen M. Rees*, *Vanessa Gruben* et *Thomas G. Conway*, pour l'intervenante Amnistie internationale.

Gregory P. DelBigio et *Jason B. Gratl*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Edward L. Greenspan, *c.r.*, et *David N. Tice*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Sharryn Aiken, *Marie Chen* et *Mary Eberts*, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada.

R. Douglas Elliott et *Gabriel R. Fahel*, pour l'intervenante la Fédération canado-arabe.

David Baker et *Faisal Bhabha*, pour les intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association.

Michael Code, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Neil Finkelstein et *Catherine Beagan Flood*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Sujit Choudhry et *Robert A. Centa*, pour les intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de

citizens. This may require it to act on information that it cannot disclose and to detain people who threaten national security. Yet in a constitutional democracy, governments must act accountably and in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. These two propositions describe a tension that lies at the heart of modern democratic governance. It is a tension that must be resolved in a way that respects the imperatives both of security and of accountable constitutional governance.

ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu'il doive agir sur la foi de renseignements qu'il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu'elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d'une gouvernance constitutionnelle responsable.

In this case, we are confronted with a statute, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("*IRPA*"), that attempts to resolve this tension in the immigration context by allowing the Minister of Citizenship and Immigration (the "Minister"), and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively "the ministers") to issue a certificate of inadmissibility leading to the detention of a permanent resident or foreign national deemed to be a threat to national security. The certificate and the detention are both subject to review by a judge, in a process that may deprive the person named in the certificate of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered. The question is whether the solution that Parliament has enacted conforms to the Constitution, and in particular the guarantees in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that protect against unjustifiable intrusions on liberty, equality and the freedom from arbitrary detention and from cruel and unusual treatment.

2 Le pourvoi porte sur une loi qui est censée régler cette tension dans le contexte de l'immigration, soit la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Celle-ci autorise le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le « ministre ») et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (collectivement « les ministres ») à délivrer un certificat d'interdiction de territoire entraînant la détention d'un résident permanent ou d'un étranger considéré comme constituant un danger pour la sécurité nationale. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d'un juge. La procédure de contrôle se déroule selon des règles qui peuvent priver la personne désignée dans le certificat de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la solution retenue par le législateur est conforme à la Constitution, et plus particulièrement si elle respecte les garanties incluses dans la *Charte canadienne des droits et libertés* contre toute atteinte injustifiable à la liberté, à l'égalité, à la protection contre la détention arbitraire et à la protection contre tout traitement cruel et inusité.

I conclude that the *IRPA* unjustifiably violates s. 7 of the *Charter* by allowing the issuance of a certificate of inadmissibility based on secret material without providing for an independent agent at the stage of judicial review to better protect the named person's interests. I also conclude that some of the time limits in the provisions for continuing detention of a foreign national violate ss. 9 and

3 Je conclus que la *LIPR* contrevient de manière injustifiable à l'art. 7 de la *Charte* en autorisant la délivrance d'un certificat d'interdiction de territoire sur la foi de documents secrets, sans prévoir la participation d'un représentant indépendant à l'étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée. Je conclus également que certains des délais

10(*c*) because they are arbitrary. I find that s. 12 has not been shown to be violated since a meaningful detention review process offers relief against the possibility of indefinite detention. Finally, I find that there is no breach of the s. 15 equality right.

II. Background

4 The provisions of the *IRPA* at issue in this case, reproduced in the Appendix, are part of Canada's immigration law. Their purpose is to permit the removal of non-citizens living in Canada — permanent residents and foreign nationals — on various grounds, including connection with terrorist activities. The scheme permits deportation on the basis of confidential information that is not to be disclosed to the person named in the certificate or anyone acting on the person's behalf or in his or her interest. The scheme was meant to "facilitat[e] the early removal of persons who are inadmissible on serious grounds, including persons posing a threat to the security of Canada" (*Clause by Clause Analysis* (2001), at p. 72). In reality, however, it may also lead to long periods of incarceration.

5 The *IRPA* requires the ministers to sign a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to enter or remain in Canada on grounds of security, among others: s. 77. A judge of the Federal Court then reviews the certificate to determine whether it is reasonable: s. 80. If the state so requests, the review is conducted *in camera* and *ex parte*. The person named in the certificate has no right to see the material on the basis of which the certificate was issued. Non-sensitive material may be disclosed; sensitive or confidential material must not be disclosed if the government objects. The named person and his or her lawyer cannot see undisclosed material, although the ministers and the reviewing judge may rely on it. At the end of the day, the judge must provide the person with a summary of the case against him or her — a summary that does not

prévus par les dispositions permettant de maintenir un étranger en détention contreviennent à l'art. 9 et à l'al. 10*c*), parce qu'ils sont arbitraires. Je conclus qu'aucune contravention à l'art. 12 n'a été démontrée, étant donné qu'un processus valable de contrôle de la détention offre un recours contre la possibilité d'une détention d'une durée indéterminée. Enfin, je conclus à l'absence de violation du droit à l'égalité garanti par l'art. 15.

II. Les faits

Les dispositions en cause de la *LIPR*, reproduites en annexe, font partie intégrante du droit canadien de l'immigration. Elles visent à permettre le renvoi de non-citoyens qui vivent au Canada — résidents permanents et étrangers — pour divers motifs, y compris un lien avec des activités terroristes. Ce régime autorise l'expulsion sur la foi de renseignements confidentiels qui ne sont communiqués ni à la personne désignée dans le certificat ni à qui que ce soit qui agirait en son nom ou défendrait ses intérêts. Il avait pour objectif de [TRADUCTION] « facilit[er] le renvoi rapide des personnes interdites de territoire pour des motifs graves, notamment celles qui constituent un danger pour la sécurité du Canada » (*Clause by Clause Analysis* (2001), p. 72). Or, dans les faits, il peut aussi entraîner de longues périodes d'incarcération.

La *LIPR* exige que les ministres signent un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire pour raison de sécurité, de sorte qu'il n'est autorisé ni à entrer ni à demeurer au Canada : art. 77. Un juge de la Cour fédérale examine ensuite le certificat afin de déterminer s'il est raisonnable : art. 80. Si l'État le demande, l'examen se déroule à huis clos et en l'absence de l'intéressé. La personne désignée dans le certificat n'a pas le droit de prendre connaissance des documents sur la foi desquels le certificat a été délivré. Les renseignements qui ne sont pas sensibles peuvent être communiqués. Par contre, les renseignements sensibles ou confidentiels ne peuvent pas être divulgués si le gouvernement s'oppose à leur divulgation. Ni la personne désignée ni son avocat ne peuvent prendre connaissance des renseignements tenus secrets, même si les ministres et le juge peuvent

disclose material that might compromise national security. If the judge determines that the certificate is reasonable, there is no appeal and no way to have the decision judicially reviewed: s. 80(3).

s'appuyer sur eux. En définitive, le juge fournit à l'intéressé un résumé de la preuve présentée contre lui — résumé qui ne divulgue aucun élément susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale. Si le juge conclut que le certificat est raisonnable, sa décision n'est pas susceptible d'appel et il n'existe aucun moyen de la soumettre au contrôle judiciaire : par. 80(3).

The consequences of the issuance and confirmation of a certificate of inadmissibility vary, depending on whether the person is a permanent resident of Canada or a foreign national whose right to remain in Canada has not yet been confirmed. Permanent residents who the ministers have reasonable grounds to believe are a danger to national security *may* be held in detention. In order to detain them, the ministers must issue a warrant stating that the person is a threat to national security or to another person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal. Foreign nationals, meanwhile, *must* be detained once a certificate is issued: under s. 82(2), the detention is automatic. While the detention of a permanent resident must be reviewed within 48 hours, a foreign national, on the other hand, must apply for review, but may not do so until 120 days after a judge of the Federal Court determines the certificate to be reasonable. In both cases, if the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order. Such an order deprives permanent residents of their status; their detention is then subject to review on the same basis as that of other foreign nationals.

6 Les conséquences de la délivrance et de la confirmation d'un certificat d'interdiction de territoire diffèrent selon que l'intéressé est un résident permanent du Canada ou un étranger dont le droit de demeurer au Canada n'a pas encore été confirmé. Les résidents permanents dont les ministres ont des motifs raisonnables de croire qu'ils constituent un danger pour la sécurité nationale *peuvent* être mis en détention. Pour ce faire, les ministres doivent lancer un mandat indiquant qu'ils constituent une menace soit pour la sécurité nationale soit pour la sécurité d'autrui ou qu'ils se soustrairont vraisemblablement à la procédure ou au renvoi. Pour leur part, les étrangers *doivent* être mis en détention dès la délivrance du certificat : selon le par. 82(2), la mise en détention est automatique. La détention d'un résident permanent doit être contrôlée dans un délai de 48 heures, tandis qu'un étranger doit présenter une demande pour faire contrôler sa détention et n'est pas autorisé à présenter sa demande avant l'expiration d'un délai de 120 jours après la décision d'un juge de la Cour fédérale concluant au caractère raisonnable du certificat. Dans les deux cas, le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi. À la suite de cette mesure, les résidents permanents perdent leur statut; leur détention est alors contrôlée de la même manière que celle des autres étrangers.

The removal order cannot be appealed and may be immediately enforced, thus eliminating the requirement of holding or continuing an examination or an admissibility hearing: s. 81(*b*). The detainee, whether a permanent resident or a foreign national, may no longer apply for protection: s. 81(*c*). Additionally, a refugee or a protected person determined to be inadmissible on any of the grounds for a certificate loses the protection of the

7 La mesure de renvoi est sans appel et peut être exécutée immédiatement, ce qui écarte l'obligation d'effectuer ou de poursuivre un contrôle ou une enquête. Qu'il soit un résident permanent ou un étranger, le détenu ne peut plus présenter une demande de protection : art. 81. En outre, une personne protégée ou un réfugié qui est interdit de territoire pour l'un ou l'autre des motifs de délivrance d'un certificat ne bénéficie plus du principe

principle of non-refoulement under s. 115(1) if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada: s. 115(2). This means that he or she may, at least in theory, be deported to torture.

8 A permanent resident detained under a certificate is entitled to a review of his or her detention every six months. Under s. 83(3), a judge must order the detention of a permanent resident to be continued if the judge is satisfied that the person continues to pose a danger to security or to the safety of another, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

9 The detention of foreign nationals, on the other hand, is mandatory. If a foreign national has not been removed within 120 days of the certificate being found reasonable by a judge, however, the judge may order the person released on appropriate conditions if "satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person": s. 84(2). Even if released, the foreign national may be deported.

10 Mr. Charkaoui is a permanent resident, while Messrs. Harkat and Almrei are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained. At the time of the decisions on appeal, all had been detained for some time — since 2003, 2002 and 2001 respectively. In 2001, a judge of the Federal Court determined Mr. Almrei's certificate to be reasonable; another determined Mr. Harkat's certificate to be reasonable in 2005. The reasonableness of Mr. Charkaoui's certificate has yet to be determined. Messrs. Charkaoui and Harkat were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but Mr. Harkat has been advised that he will be deported to Algeria, which he is contesting in other proceedings. Mr. Almrei remains in detention. In all these cases, the detentions were based on allegations that the individuals constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement

du non-refoulement énoncé au par. 115(1) si, selon le ministre, cette personne ne devrait pas être présente au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'elle constitue pour la sécurité du Canada : par. 115(2). Elle pourrait donc, du moins en théorie, être renvoyée dans un pays où elle risque la torture.

Le résident permanent détenu à la suite de la délivrance d'un certificat a le droit de faire contrôler sa détention tous les six mois. Selon le par. 83(3), le juge ordonne le maintien en détention du résident permanent, s'il est convaincu que ce dernier constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

Par contre, la détention des étrangers est obligatoire. Un juge peut mettre en liberté, aux conditions qu'il estime indiquées, un étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée 120 jours après qu'un juge ait conclu au caractère raisonnable du certificat, « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui » : par. 84(2). L'étranger peut être expulsé même s'il a été remis en liberté.

M. Charkaoui est un résident permanent, tandis que MM. Harkat et Almrei sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention. Au moment des décisions prononcées en appel, ils étaient tous détenus depuis un certain temps — soit depuis 2003, 2002 et 2001 respectivement. En 2001, un juge de la Cour fédérale a statué que le certificat visant M. Almrei était raisonnable; un autre juge a conclu au caractère raisonnable du certificat visant M. Harkat en 2005. Aucune décision n'a encore été rendue sur le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui. MM. Charkaoui et Harkat ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement. M. Harkat a néanmoins été informé qu'il serait expulsé en Algérie et il conteste cette décision dans une autre procédure. M. Almrei est toujours détenu. Ils ont tous été mis

in terrorist activities. In the course of their detentions, all three appellants challenged, unsuccessfully, the constitutionality of the *IRPA*'s certificate scheme and detention review process.

en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. Au cours de leur détention, les trois appelants ont contesté, sans succès, la constitutionnalité du régime de certificats et de la procédure de contrôle de la détention établis par la *LIPR*.

III. Issues

The appellants argue that the *IRPA*'s certificate scheme under which their detentions were ordered is unconstitutional. They argue that it violates five provisions of the *Charter*: the s. 7 guarantee of life, liberty and security of the person; the s. 9 guarantee against arbitrary detention; the s. 10(*c*) guarantee of a prompt review of detention; the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment; and the s. 15 guarantee of equal protection and equal benefit of the law. They also allege violations of unwritten constitutional principles. I discuss these claims under the following headings:

A. Does the *procedure* under the *IRPA* for determining the reasonableness of the certificate infringe s. 7 of the *Charter*, and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

B. Does the *detention* of permanent residents or foreign nationals under the *IRPA* infringe ss. 7, 9, 10(*c*) or 12 of the *Charter*, and if so, are the infringements justified under s. 1 of the *Charter*?

C. Do the certificate and detention review procedures *discriminate* between citizens and non-citizens, contrary to s. 15 of the *Charter*, and if so, is the discrimination justified under s. 1 of the *Charter*?

III. Les questions en litige

11 Les appelants invoquent l'inconstitutionnalité du régime de certificats établi dans la *LIPR*, en application duquel leur mise en détention a été ordonnée. Ils font valoir que ce régime enfreint cinq dispositions de la *Charte* soit : l'art. 7, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; l'art. 9, qui accorde une protection contre la détention arbitraire; l'al. 10*c*), qui garantit à chacun le droit de faire contrôler promptement la légalité de sa détention; l'art. 12, qui garantit le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité; et l'art. 15, qui garantit à tous le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Ils allèguent aussi la violation de principes constitutionnels non écrits. J'examinerai ces prétentions sous les rubriques suivantes :

A. La *procédure* d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la *LIPR* contrevient-elle à l'art. 7 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

B. La *détention* de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la *LIPR* contrevient-elle aux art. 7, 9, 10*c*) ou 12 de la *Charte*? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*?

C. Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une *discrimination* interdite par l'art. 15 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

D. Are the *IRPA* certificate provisions inconsistent with the constitutional principle of the rule of law?

A. *Does the Procedure Under the IRPA for Determining the Reasonableness of the Certificate Infringe Section 7 of the Charter, and if so, Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Is Section 7 of the *Charter* Engaged?

12 Section 7 of the *Charter* guarantees the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. This requires a claimant to prove two matters: first, that there has been or could be a deprivation of the right to life, liberty and security of the person, and second, that the deprivation was not or would not be in accordance with the principles of fundamental justice. If the claimant succeeds, the government bears the burden of justifying the deprivation under s. 1, which provides that the rights guaranteed by the *Charter* are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

13 The provisions at issue, found at Division 9 of Part 1 of the *IRPA*, clearly deprive detainees such as the appellants of their liberty. The person named in a certificate can face detention pending the outcome of the proceedings. In the case of a foreign national, this detention is automatic and lasts at least until 120 days *after* the certificate is deemed reasonable. For both foreign nationals and permanent residents, the period of detention can be, and frequently is, several years. Indeed, Mr. Almrei remains in detention and does not know when, if ever, he will be released.

14 The detainee's security may be further affected in various ways. The certificate process may lead to removal from Canada, to a place where his or

D. Les dispositions de la *LIPR* concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?

A. *La procédure d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la LIPR contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

1. L'article 7 de la *Charte* trouve-t-il application?

L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le réclamant a donc le fardeau de prouver deux éléments : premièrement, qu'il a subi ou qu'il pourrait subir une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; deuxièmement, que cette atteinte ne respecte pas ou ne respecterait pas les principes de justice fondamentale. Si le réclamant réussit à faire cette preuve, le gouvernement a le fardeau de justifier l'atteinte en application de l'article premier, selon lequel les droits garantis par la *Charte* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Les dispositions en cause, qui figurent dans la section 9 de la partie 1 de la *LIPR*, privent clairement les détenus comme les appelants de leur liberté. En effet, les personnes désignées dans un certificat peuvent être mises en détention jusqu'à l'issue de la procédure. Pour un étranger, cette détention est automatique et elle dure au moins 120 jours *après* la confirmation du caractère raisonnable du certificat. Tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, la période de détention peut être de plusieurs années et atteint souvent cette durée. De fait, M. Almrei est toujours détenu et il ignore quand il sera remis en liberté, s'il l'est un jour.

En outre, il peut être porté atteinte à la sécurité du détenu de diverses autres façons. Le processus de délivrance d'un certificat peut entraîner

her life or freedom would be threatened: see e.g. *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 207, *per* Wilson J. A certificate may bring with it the accusation that one is a terrorist, which could cause irreparable harm to the individual, particularly if he or she is eventually deported to his or her home country. Finally, a person who is determined to be inadmissible on grounds of security loses the protection of s. 115(1) of the *IRPA*, which means that under s. 115(2), he or she can be deported to torture if the Minister is of the opinion that the person is a danger to the security of Canada.

In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, this Court stated, at para. 76, that "barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*." More recently, the Federal Court has ruled that another certificate detainee is at risk of torture if deported, and that there were no exceptional circumstances justifying such a deportation: *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230. The appellants claim that they would be at risk of torture if deported to their countries of origin. But in each of their cases, this remains to be proven as part of an application for protection under the provisions of Part 2 of the *IRPA*. The issue of deportation to torture is consequently not before us here.

The individual interests at stake suggest that s. 7 of the *Charter*, the purpose of which is to protect the life, liberty and security of the person, is engaged, and this leads directly to the question whether the *IRPA*'s impingement on these interests conforms to the principles of fundamental justice. The government argues, relying on *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51, that s. 7 does not apply because this is an immigration matter. The comment from that case on which the government relies was made in response to a claim that to deport a non-citizen violates s. 7 of the *Charter*. In

son renvoi du Canada vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées : voir, p. ex., *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 207, la juge Wilson. Un certificat peut aussi présenter une personne comme un terroriste, ce qui risque de lui causer un tort irréparable, surtout si elle est expulsée par la suite vers son pays d'origine. Finalement, une personne interdite de territoire pour raison de sécurité perd la protection accordée par le par. 115(1) de la *LIPR*, ce qui signifie qu'elle peut, en application du par. 115(2), être expulsée vers une destination où elle risque la torture si le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour la sécurité du Canada.

Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 76, la Cour a affirmé que « sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte* ». Plus récemment, la Cour fédérale a statué qu'une autre personne détenue en vertu d'un certificat risque la torture si elle est expulsée, et qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifie son expulsion : *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. nº 1706 (QL), 2006 CF 1230. Les appelants soutiennent qu'ils risquent la torture s'ils sont expulsés vers leur pays d'origine. Mais dans chacun de leurs cas, le risque de torture reste à démontrer dans le cadre d'une demande de protection aux termes de la partie 2 de la *LIPR*. Par conséquent, nous ne sommes pas saisis en l'espèce de la question de l'expulsion comportant un risque de torture. 15

Les intérêts personnels en jeu indiquent que l'art. 7 de la *Charte*, qui vise à protéger la vie, la liberté et la sécurité de la personne, trouve application. Ce qui nous amène directement à la question de savoir si l'atteinte portée à ces intérêts par la *LIPR* est conforme aux principes de justice fondamentale. Le gouvernement soutient que l'art. 7 ne s'applique pas parce qu'il s'agit d'une affaire d'immigration. Il se fonde à cet égard sur l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51. L'affirmation sur laquelle s'appuie le gouvernement a été faite en réponse à une prétention selon laquelle l'expulsion 16

considering this claim, the Court, *per* McLachlin C.J., noted, at para. 46, citing *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733, that "[t]he most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada". The Court added: "Thus the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests protected by s. 7" (*Medovarski*, at para. 46 (emphasis added)).

17 *Medovarski* thus does not stand for the proposition that proceedings related to deportation in the immigration context are immune from s. 7 scrutiny. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not *in itself* engage s. 7 of the *Charter*, some features associated with deportation, such as detention in the course of the certificate process or the prospect of deportation to torture, may do so.

18 In determining whether s. 7 applies, we must look at the interests at stake rather than the legal label attached to the impugned legislation. As Professor Hamish Stewart writes:

> Many of the principles of fundamental justice were developed in criminal cases, but their application is not restricted to criminal cases: they apply whenever one of the three protected interests is engaged. Put another way, the principles of fundamental justice apply in *criminal* proceedings, not because they are criminal proceedings, but because the liberty interest is always engaged in criminal proceedings. [Emphasis in original.]
>
> ("Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235, at p. 242)

I conclude that the appellants' challenges to the fairness of the process leading to possible deportation and the loss of liberty associated with detention raise important issues of liberty and security, and that s. 7 of the *Charter* is engaged.

d'un non-citoyen contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*. En statuant sur cet argument, la Cour, sous la plume de la juge en chef McLachlin, a cité au par. 46 l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 733, précisant que « [l]e principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer ou de demeurer au Canada ». La Cour a ajouté « À elle seule, l'expulsion d'un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l'art. 7 » (*Medovarski*, par. 46 (je souligne)).

Ainsi, *Medovarski* ne permet pas d'affirmer que la procédure d'expulsion, dans le contexte de l'immigration, échappe à l'examen fondé sur l'art. 7. Si l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas *en soi* l'application de l'art. 7 de la *Charte*, certains éléments rattachés à l'expulsion, telles la détention au cours du processus de délivrance et d'examen d'un certificat ou l'éventualité d'un renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, pourraient en entraîner l'application.

Pour déterminer si l'art. 7 s'applique, nous devons tenir compte des intérêts en cause plutôt que de la caractérisation juridique de la loi contestée. Comme l'écrit le professeur Hamish Stewart :

> [TRADUCTION] De nombreux principes de justice fondamentale ont été élaborés dans le cadre de causes criminelles. Cependant, leur application ne se limite pas à ce type de cause : ils s'appliquent dès lors que l'un des trois droits protégés est en jeu. Autrement dit, les principes de justice fondamentale s'appliquent aux instances *criminelles*, non pas parce qu'il s'agit d'instances criminelles, mais parce que le droit à la liberté y est toujours en jeu. [En italique dans l'original.]
>
> (« Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235, p. 242)

Je conclus que les arguments des appelants touchant l'équité du processus qui peut mener à l'expulsion et la perte de liberté liée à la détention soulèvent d'importantes questions quant à la liberté et à la sécurité et que l'art. 7 de la *Charte* trouve application.

2. How Do Security Considerations Affect the Section 7 Analysis?

Section 7 of the *Charter* requires that laws that interfere with life, liberty and security of the person conform to the principles of fundamental justice — the basic principles that underlie our notions of justice and fair process. These principles include a guarantee of procedural fairness, having regard to the circumstances and consequences of the intrusion on life, liberty or security: *Suresh*, at para. 113.

Section 7 of the *Charter* requires not a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake: *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33, at para. 14; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15, at para. 47; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 656-57. The procedures required to meet the demands of fundamental justice depend on the context (see *Rodgers*; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361; *Chiarelli*, at pp. 743-44; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at paras. 20-21). Societal interests may be taken into account in elucidating the applicable principles of fundamental justice: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 98.

Unlike s. 1, s. 7 is not concerned with whether a limit on life, liberty or security of the person is *justified*, but with whether the limit has been imposed in a way that respects the principles of fundamental justice. Hence, it has been held that s. 7 does not permit "a free-standing inquiry . . . into whether a particular legislative measure 'strikes the right balance' between individual and societal interests in general" (*Malmo-Levine*, at para. 96). Nor is "achieving the right balance . . . itself an overarching principle of fundamental justice" (*ibid.*). As the majority in *Malmo-Levine* noted, to hold otherwise "would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7" (*ibid.*). This in turn would relieve the state from its

2. Comment les considérations relatives à la sécurité influencent-elles l'analyse fondée sur l'art. 7?

19 L'article 7 de la *Charte* exige que les lois qui portent atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne respectent les principes de justice fondamentale — c'est-à-dire les principes fondamentaux qui sous-tendent notre conception de la justice et de l'équité procédurale. Ces principes comprennent une garantie d'équité procédurale, liée aux circonstances et conséquences de l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité : *Suresh*, par. 113.

20 L'article 7 de la *Charte* exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause : *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33, par. 14; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15, par. 47; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 656-657. Les mesures procédurales requises par la justice fondamentale dépendent du contexte (voir *Rodgers*; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361; *Chiarelli*, p. 743-744; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 20-21). On peut prendre les intérêts sociétaux en considération pour clarifier les principes applicables de justice fondamentale : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 98.

21 Contrairement à l'article premier, l'art. 7 ne soulève pas la question de savoir si l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est *justifiée*, mais plutôt celle de savoir si l'atteinte a été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Par conséquent, il a été statué que l'art. 7 n'autorise pas la tenue d'« un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un "juste équilibre" entre les droits de l'individu et les intérêts de la société en général » (*Malmo-Levine*, par. 96). La Cour ne croyait pas non plus que « l'établissement d'un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant » (*ibid.*). Comme l'a noté la

burden of justifying intrusive measures, and require the *Charter* complainant to show that the measures are not justified.

22 The question at the s. 7 stage is whether the principles of fundamental justice relevant to the case have been observed in substance, having regard to the context and the seriousness of the violation. The issue is whether the process is fundamentally unfair to the affected person. If so, the deprivation of life, liberty or security of the person simply does not conform to the requirements of s. 7. The inquiry then shifts to s. 1 of the *Charter*, at which point the government has an opportunity to establish that the flawed process is nevertheless justified having regard, notably, to the public interest.

23 It follows that while administrative constraints associated with the context of national security may inform the analysis on whether a particular process is fundamentally unfair, security concerns cannot be used to excuse procedures that do not conform to fundamental justice at the s. 7 stage of the analysis. If the context makes it impossible to adhere to the principles of fundamental justice in their usual form, adequate substitutes may be found. But the principles must be respected to pass the hurdle of s. 7. That is the bottom line.

24 In the instant case, the context is the detention, incidental to their removal or an attempt to remove them from the country, of permanent residents and foreign nationals who the ministers conclude pose a threat to national security. This context may impose certain administrative constraints that may be properly considered at the s. 7 stage. Full disclosure of the information relied on may not be possible. The executive branch of government may be required to act quickly, without recourse, at

majorité dans *Malmo-Levine*, le raisonnement contraire « intègre entièrement l'examen que commande l'article premier à l'analyse fondée sur l'art. 7 » (*ibid.*). Ainsi, l'État se trouverait libéré du fardeau de justifier les mesures attentatoires et la personne qui invoque la *Charte* aurait l'obligation de démontrer que les mesures contestées ne sont pas justifiées.

À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il s'agit de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte. Il faut se demander si la procédure est fondamentalement inéquitable envers la personne touchée. Dans l'affirmative, l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est tout simplement pas conforme aux exigences de l'art. 7. Il faut alors passer à l'étape de l'application de l'article premier de la *Charte*, à laquelle le gouvernement peut démontrer que la procédure irrégulière est néanmoins justifiée compte tenu, notamment, de l'intérêt public.

Ainsi, bien que l'analyse visant à déterminer si une procédure est fondamentalement inéquitable puisse tenir compte de contraintes administratives particulières liées au contexte de sécurité nationale, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. Dans les cas où le contexte ne permet pas l'utilisation des moyens habituels de satisfaire aux principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables. La procédure doit néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale pour résister à l'analyse dictée par l'art. 7. C'est ce qui est essentiel.

Le pourvoi a pour contexte la détention de résidents permanents et d'étrangers, que les ministres considèrent comme une menace pour la sécurité nationale, accessoirement à leur renvoi ou à une tentative de les renvoyer du Canada. Ce contexte peut engendrer certaines contraintes administratives qui peuvent, à bon droit, être prises en considération à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7. Tous les renseignements qui servent de fondement à l'affaire ne peuvent peut-être pas être divulgués.

least in the first instance, to the judicial procedures normally required for the deprivation of liberty or security of the person.

At the same time, it is a context that may have important, indeed chilling, consequences for the detainee. The seriousness of the individual interests at stake forms part of the contextual analysis. As this Court stated in *Suresh*, "[t]he greater the effect on the life of the individual by the decision, the greater the need for procedural protections to meet the common law duty of fairness and the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*" (para. 118). Thus, "factual situations which are closer or analogous to criminal proceedings will merit greater vigilance by the courts": *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077, *per* Iacobucci J.

The potential consequences of deportation combined with allegations of terrorism have been under a harsh spotlight due to the recent report of the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. Mr. Arar, a Canadian citizen born in Syria, was detained by American officials and deported to Syria. The report concludes that it is "very likely that, in making the decisions to detain and remove Mr. Arar to Syria, the U.S. authorities relied on information about Mr. Arar provided by the RCMP", including unfounded suspicions linking Mr. Arar to terrorist groups: *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006) ("Arar Inquiry"), at p. 30. In Syria, Mr. Arar was tortured and detained under inhumane conditions for over 11 months. In his report, Commissioner O'Connor recommends enhanced review and accountability mechanisms for agencies dealing with national security, including not only the Royal Canadian Mounted Police, but also Citizenship and Immigration Canada and the Canada Border Services Agency. He notes that these immigration-related institutions can have an

Il est possible que le pouvoir exécutif doive agir rapidement, sans recourir, du moins au départ, à la procédure judiciaire exigée normalement lorsqu'il y a atteinte à la liberté ou à la sécurité d'une personne.

25 Par ailleurs, ce contexte risque d'avoir des conséquences importantes — en fait, terrifiantes — pour la personne détenue. L'importance des intérêts individuels en jeu fait partie de l'analyse contextuelle. Comme la Cour l'a affirmé dans *Suresh* : « Plus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'art. 7 de la *Charte* » (par. 118). Ainsi, « les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues » : *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077, le juge Iacobucci.

26 Les conséquences possibles d'un renvoi combiné à des allégations de terrorisme sont cruellement ressorties dans le rapport récent de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. Citoyen canadien né en Syrie, M. Arar a été détenu par les autorités américaines et expulsé vers la Syrie. Le rapport a conclu qu'en « prenant les décisions de détenir M. Arar puis de le renvoyer en Syrie, les autorités américaines se sont très probablement appuyées sur l'information concernant M. Arar que leur avait fournie la GRC », notamment des soupçons non fondés reliant M. Arar à des groupes terroristes : *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006) (« Commission Arar »), p. 32. En Syrie, M. Arar a été torturé et détenu durant 11 mois dans des conditions inhumaines. Dans son rapport, le commissaire O'Connor a recommandé un renforcement des mécanismes d'examen et de reddition de compte pour les organismes menant des activités reliées à la sécurité nationale, ce qui inclut non seulement la Gendarmerie royale du Canada, mais aussi Citoyenneté et Immigration Canada et

important impact on individual rights but that there is a lack of transparency surrounding their activities because their activities often involve sensitive national security information that cannot be disclosed to the public: *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities* (2006), at pp. 562-65. Moreover, the sensitive nature of security information means that investigations lead to fewer prosecutions. This, in turn, restricts the ability of courts to guarantee individual rights: "Unless charges are laid, . . . the choice of investigative targets, methods of information collection and exchange, and means of investigation generally will not be subject to judicial scrutiny, media coverage or public debate" (p. 439).

l'Agence des services frontaliers du Canada. Il a fait remarquer que ces organismes reliés à l'immigration peuvent avoir une forte incidence sur les droits individuels, mais qu'ils manquent de transparence dans leurs activités parce que celles-ci impliquent souvent des renseignements sensibles touchant la sécurité nationale qui ne peuvent être rendus publics : *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (2006), p. 623-627. En outre, en raison de la nature sensible des renseignements de sécurité, les enquêtes donnent lieu à moins de poursuites, ce qui restreint pour les tribunaux la possibilité de garantir les droits individuels : « à moins que des accusations ne soient déposées, le choix des cibles des enquêtes, les méthodes de collecte et d'échange d'information et les méthodes d'enquête en général ne feront pas l'objet d'examen judiciaire, de couverture médiatique ou de discussion publique » (p. 487-488).

27 The procedures required to conform to the principles of fundamental justice must reflect the exigencies of the security context. Yet they cannot be permitted to erode the essence of s. 7. The principles of fundamental justice cannot be reduced to the point where they cease to provide the protection of due process that lies at the heart of s. 7 of the *Charter*. The protection may not be as complete as in a case where national security constraints do not operate. But to satisfy s. 7, meaningful and substantial protection there must be.

Les mesures requises pour assurer la justice fondamentale doivent tenir compte des exigences propres au contexte de la sécurité. Il faut toutefois s'assurer que l'essence de l'art. 7 demeure intacte. Les principes de justice fondamentale ne peuvent être réduits au point de ne plus offrir la protection de l'application régulière de la loi qui constitue le fondement même de l'art. 7 de la *Charte*. Il se peut que cette protection ne soit pas aussi complète qu'en l'absence de contraintes liées à la sécurité nationale. Mais il demeure qu'il ne saurait y avoir conformité avec l'art. 7 sans une protection véritable et substantielle.

3. Relevant Principles of Fundamental Justice

3. Les principes pertinents de justice fondamentale

28 The overarching principle of fundamental justice that applies here is this: before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair judicial process: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. "It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to the law, which must involve a meaningful judicial process": *Ferras*, at para. 19. This principle emerged in the

Le principe primordial de justice fondamentale applicable ici est le suivant : l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46. « C'est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l'application régulière de la loi, qui doit comporter un processus

era of feudal monarchy, in the form of the right to be brought before a judge on a motion of *habeas corpus*. It remains as fundamental to our modern conception of liberty as it was in the days of King John.

judiciaire valable » : *Ferras*, par. 19. Ce principe a vu le jour à l'époque de la monarchie féodale, sous la forme du droit de comparaître devant un juge à la suite d'une demande d'*habeas corpus*. Il demeure aussi fondamental dans notre conception moderne de la liberté qu'il l'était à l'époque du Roi Jean.

This basic principle has a number of facets. It comprises the right to a *hearing*. It requires that the hearing be *before an independent and impartial magistrate*. It demands a *decision by the magistrate on the facts and the law*. And it entails the *right to know the case put against one*, and the *right to answer that case*. Precisely how these requirements are met will vary with the context. But for s. 7 to be satisfied, each of them must be met in substance. 29

Ce principe de base comporte de nombreuses facettes, y compris le droit à une *audition*. Il commande que cette audition se déroule *devant un magistrat indépendant et impartial*, et que la *décision du magistrat soit fondée sur les faits et sur le droit*. Il emporte le *droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui* et le *droit d'y répondre*. La façon précise de se conformer à ces exigences variera selon le contexte. Mais pour respecter l'art. 7, il faut satisfaire pour l'essentiel à chacune d'elles.

The *IRPA* process includes a hearing. The process consists of two phases, one executive and one judicial. There is no hearing at the executive phase that results in issuance of the certificate. However, this is followed by a review before a judge, where the named person is afforded a hearing. Thus, the first requirement, that of a hearing, is met. 30

Le processus établi par la *LIPR* comporte une audition. Il comprend deux étapes, l'une de nature exécutive, l'autre de nature judiciaire. Il n'y a pas d'audition à l'étape de nature exécutive qui mène à la délivrance du certificat. Celle-ci est toutefois suivie d'un examen par un juge désigné, à l'occasion duquel la personne désignée a droit à une audition. Par conséquent, le processus répond à la première exigence, soit la tenue d'une audition.

Questions arise, however, on the other requirements, namely: that the judge be independent and impartial; that the judge make a judicial decision based on the facts and the law; and finally, that the named person be afforded an opportunity to meet the case put against him or her by being informed of that case and being allowed to question or counter it. I conclude that the *IRPA* scheme meets the first requirement of independence and impartiality, but fails to satisfy the second and third requirements, which are interrelated here. 31

Les autres exigences soulèvent toutefois les questions suivantes : le juge est-il indépendant et impartial? Le juge prononce-t-il un jugement fondé sur les faits et sur le droit? Enfin, la personne désignée a-t-elle la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle en prenant connaissance de la preuve et en ayant la possibilité de la contester ou de présenter une contre-preuve? Je conclus que le régime établi par la *LIPR* répond à la première exigence, soit celle de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais ne satisfait ni à la deuxième ni à la troisième, qui sont interreliées en l'espèce.

4. Is the Judge Independent and Impartial?

4. Le juge est-il indépendant et impartial?

Although the scope of the required hearing can vary according to context (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 32

Même si la portée de l'audition requise peut varier selon le contexte (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

S.C.R. 817), a hearing must include "[a]n independent judicial phase and an impartial judge" (*Ferras*, at para. 25). This requirement is also consistent with the unwritten constitutional principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. It has also been called "the cornerstone of the common law duty of procedural fairness" (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 ("*Re Bagri*"), at para. 81), and is necessary in order to ensure judicial impartiality: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139. It is not enough that the judge in fact be independent and impartial; fundamental justice requires that the judge also appear to be independent and impartial. This flows from the fact that judicial independence has two facets: actual independence and perceived independence (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689).

33 The *IRPA* scheme provides for the certificate issued by the ministers to be reviewed by a "designated judge", a judge of the Federal Court of Canada. The question here is whether, from an institutional perspective, the role assigned to designated judges under the *IRPA* leads to a perception that independence and impartiality are compromised.

34 The designated judge has been aptly described as the "cornerstone of the procedure established by Parliament" in the *IRPA* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32, 2003 FC 1419, at para. 120, *per* Noël J.). The judge is the sole avenue of review for the named person and the only person capable of providing the essential judicial component of the process.

35 When reviewing the certificate, the judge sees all the material relied on by the government. But if the government claims confidentiality for certain material, the judge cannot share this material with the named person. The judge must make his or her decision without hearing any objections the named person might be able to make, were he or she granted access to the whole of the record. Part of the hearing may be held *in camera*, with only the

R.C.S. 817), elle doit comprendre « [u]ne étape judiciaire indépendante et un juge impartial » (*Ferras*, par. 25). Cette exigence est aussi compatible avec le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance judiciaire : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Cette indépendance a aussi été décrite comme « la pierre d'assise de l'obligation d'équité procédurale reconnue par la common law » (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 (« *Re Bagri* »), par. 81) et elle est nécessaire pour garantir l'impartialité judiciaire : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139. Il ne suffit pas que ce juge soit indépendant et impartial en réalité; la justice fondamentale exige en effet qu'il le soit aussi en apparence. Cette règle découle du fait que l'indépendance judiciaire a deux facettes : l'indépendance réelle et la perception d'indépendance (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689).

Selon le régime créé par la *LIPR*, le certificat délivré par les ministres doit être examiné par un « juge désigné », un juge de la Cour fédérale du Canada. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si, du point de vue institutionnel, le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* crée l'impression que leur indépendance et leur impartialité est compromise.

Le juge désigné a été décrit avec justesse comme la « pierre angulaire de la procédure établie par le législateur » dans la *LIPR* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32, 2003 CF 1419, par. 120, le juge Noël). Le juge est l'unique voie de recours pour la personne désignée et la seule personne capable de conférer au processus son caractère judiciaire essentiel.

Lorsqu'il examine le certificat, le juge prend connaissance de tous les renseignements sur lesquels s'est fondé le gouvernement. Néanmoins, si ce dernier invoque la confidentialité de certains renseignements, le juge ne peut les communiquer à la personne désignée. Il doit donc rendre sa décision sans entendre les objections que la personne désignée pourrait faire valoir si elle avait accès au dossier en entier. Une partie de l'audience peut se

judge and the government lawyers in the room. The named person is not there. His or her lawyer is not there. There is no one to speak for the person or to test the evidence put against him or her.

These circumstances may give rise to a perception that the designated judge under the *IRPA* may not be entirely independent and impartial as between the state and the person named in the certificate. Speaking at a conference in March 2002, Hugessen J. of the Federal Court expressed unease with the role assigned to designated judges under the *IRPA*:

> We do not like this process of having to sit alone hearing only one party,. and looking at the materials produced by only one party . . . .
>
> If there is one thing that I learned in my practice at the Bar, and I have managed to retain it through all these years, it is that good cross-examination requires really careful preparation and a good knowledge of your case. And by definition, judges do not do that. . . . [W]e do not have any knowledge except what is given to us and when it is only given to us by one party we are not well suited to test the materials that are put before us. [Emphasis added.]

(J. K. Hugessen, "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in D. Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* (2002), 381, at p. 384)

Three related concerns arise with respect to independence and impartiality. First is the concern that the *IRPA* may be perceived to deprive the judge of his or her independent judicial role and co-opt the judge as an agent of the executive branch of government. Second is the concern that the designated judge functions as an investigative officer rather than a judge. Third is the concern that the judge, whose role includes compensating for the fact that the named person may not have access to material and may not be present at the hearing, will become associated with this person's case.

dérouler à huis clos en présence uniquement du juge et des avocats du gouvernement. Ni la personne désignée ni son avocat ne sont présents. Personne n'est là pour parler au nom de la personne désignée ou pour contester les éléments de preuve produits contre elle.

36 Ces circonstances peuvent créer l'impression que le juge désigné sous le régime de la *LIPR* n'est peut-être pas complètement indépendant et impartial à l'égard de l'État et de la personne désignée dans le certificat. Dans le cadre d'une conférence, en mars 2002, le juge Hugessen de la Cour fédérale a exprimé sa réticence devant le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* :

> [TRADUCTION] Nous n'aimons pas ce processus qui consiste à entendre seulement une partie et à prendre connaissance des documents produits par une seule partie . . .
>
> S'il est une chose que j'ai apprise dans l'exercice de la profession d'avocat, et que je n'ai pas oubliée après toutes ces années, c'est qu'un bon contre-interrogatoire demande une préparation très minutieuse et une bonne connaissance de la cause. Or, par définition, les juges ne font pas ce genre de travail. [. . .] [N]ous ne connaissons rien de la cause à part ce qu'on nous en dit et lorsque l'information que nous recevons émane d'une seule partie, nous ne sommes pas vraiment en mesure d'en apprécier la valeur. [Je souligne.]

(J. K. Hugessen, « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans D. Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* (2002), 381, p. 384)

37 Trois problèmes se posent relativement à l'indépendance et à l'impartialité. Premièrement, la *LIPR* peut être perçue comme dépouillant le juge de sa fonction de magistrat indépendant pour lui attribuer le rôle de mandataire du pouvoir exécutif. Deuxièmement, le juge désigné agirait comme un enquêteur plutôt que comme un juge. Troisièmement, comme son rôle consiste aussi à pallier la possibilité que la personne désignée n'ait pas accès à l'information et ne puisse assister à l'audience, le juge pourrait devenir associé à la cause de cette personne.

38 The first concern is linked to the degree of deference that the judge accords to the ministers' conclusion that the facts supported the issuance of a certificate and the detention of the named person. Judges working under the process have eschewed an overly deferential approach, insisting instead on a searching examination of the reasonableness of the certificate on the material placed before them: *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, 2004 FCA 421, at para. 74. They are correct to do so, having regard to the language of the provision, the history of its adoption, and the role of the designated judge.

39 First, an active role for the designated judge is justified by the language of the *IRPA* and the standards of review it establishes. The statute requires the designated judge to determine whether the certificate is "reasonable", and emphasizes factual scrutiny by instructing the judge to do so "on the basis of the information and evidence available" (s. 80(1)). This language, as well as the accompanying factual, legal and administrative context, leads to the conclusion that the designated judge must review the certificate on a standard of reasonableness. Likewise, since the ministers' decision to detain a permanent resident is based on "reasonable grounds to believe" (s. 82(1)), "[i]t is logical to assume that in subsequent reviews by a designated judge, the same standard will be used" (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248, at para. 30). The "reasonable grounds to believe" standard requires the judge to consider whether "there is an objective basis . . . which is based on compelling and credible information": *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40, at para. 114. "Reasonable grounds to believe" is the appropriate standard for judges to apply when reviewing a continuation of detention under the certificate provisions of the *IRPA*. The *IRPA* therefore does not ask the designated judge to be deferential, but, rather, asks him or her to engage in a searching review.

Le premier problème tient au degré de retenue du juge envers la conclusion des ministres selon laquelle les faits justifiaient la délivrance du certificat et la détention de la personne désignée. Dans le contexte de ce processus, les juges évitent de faire preuve d'une retenue excessive, insistant plutôt sur un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat à partir des renseignements dont ils disposent : *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, 2004 CAF 421, par. 74. C'est à bon droit qu'ils agissent ainsi, étant donné le libellé de la disposition législative, l'historique de son adoption et le rôle du juge désigné.

Premièrement, le libellé de la *LIPR* et la norme de contrôle qu'elle établit justifient que le juge désigné joue un rôle actif. La loi exige que les juges désignés décident du « caractère raisonnable » des certificats et insiste sur l'examen minutieux des faits en donnant instruction au juge de rendre sa décision « compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose » (par. 80(1)). Ces termes, ainsi que leur contexte factuel, juridique et administratif, mènent à la conclusion que le juge désigné doit examiner le certificat selon la norme du caractère raisonnable. De même, comme la décision des ministres de détenir un résident permanent est fondée sur « des motifs raisonnables de croire » (par. 82(1)), « [i]l est logique de penser que lors de révisions subséquentes par un juge désigné, la même norme sera utilisée » (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248, par. 30). La norme des « motifs raisonnables de croire » exige que le juge se demande s'il existe « un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi » : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40, par. 114. C'est la norme des « motifs raisonnables de croire » que les juges doivent appliquer lorsqu'ils contrôlent le maintien en détention sous le régime des dispositions de la *LIPR* régissant les certificats. La *LIPR* n'impose pas une grande retenue au juge désigné, mais l'oblige à procéder à un examen approfondi.

This interpretation of the *IRPA* is confirmed by statements made in the course of the adoption of the scheme. While it was considering the *IRPA*, the Standing Committee on Citizenship and Immigration was informed that the role of the designated judge would be to avoid treatment that is unfair, arbitrary, or in violation of due process (Transcript of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, Thursday, April 26, 2001 (online)).

Finally, the fact that the designated judge may have access to more information than the ministers did in making their initial decision to issue a certificate and detain suggests that the judge possesses relative expertise on the matters at issue and is no mere rubber stamp: *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, at para. 125.

I conclude that a non-deferential role for the designated judge goes some distance toward alleviating the first concern, that the judge will be perceived to be in the camp of the government.

The second concern is that the judge may be seen to function more as an investigator than as an independent and impartial adjudicator. The law is clear that the principles of fundamental justice are breached if a judge is reduced to an executive, investigative function. At the same time, the mere fact that a judge is required to assist in an investigative activity does not deprive the judge of the requisite independence. In *Re Bagri*, the Court considered whether a provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that provides for a judge to assist the state in gathering evidence in the investigation of a terrorist offence violated s. 7 or s. 11(*d*) of the *Charter*. Under s. 83.28, a judge can order a person to attend before the judge (or before another judge) to give information on a suspected past or future terrorism offence, and supervise the taking of the person's statement. The hearing can take place *in camera*, and its very existence can be kept secret. Critics of s. 83.28 argued that it co-opts the presiding judge into performing an

Cette interprétation de la *LIPR* est corroborée par des déclarations faites durant le processus d'adoption du régime. Les témoignages présentés au Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration qui étudiait la *LIPR* lui ont révélé que le rôle du juge désigné consiste à éviter tout traitement injuste ou arbitraire et à garantir l'application régulière de la loi (Transcription des travaux du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, le jeudi 26 avril 2001 (en ligne)). 40

Enfin, le fait que le juge désigné ait accès à plus de renseignements que les ministres n'en avaient à leur disposition pour prendre leur décision initiale de délivrer un certificat et de mettre l'intéressé en détention porte à croire que le juge est relativement bien placé pour apprécier les questions en litige et ne se contente pas d'entériner machinalement cette décision : *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, par. 125. 41

Je conclus qu'attribuer au juge désigné un rôle qui ne l'oblige pas à faire preuve de retenue contribue à atténuer le premier problème, soit la possibilité que le juge soit perçu comme appartenant au camp du gouvernement. 42

Deuxièmement, on craint que le juge soit perçu davantage comme un enquêteur que comme un arbitre indépendant et impartial. Il est clair en droit qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le juge exerce une fonction purement exécutive, qui se limite à une enquête. Par contre, le simple fait qu'un juge soit appelé à participer à une activité d'enquête ne le prive pas de l'indépendance requise. Dans *Re Bagri*, la Cour devait décider si une disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise un juge à aider l'État à rechercher des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête sur une infraction de terrorisme contrevenait à l'art. 7 ou à l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'article 83.28 permet au juge d'ordonner qu'une personne comparaisse devant lui (ou devant un autre juge) pour fournir de l'information sur une infraction de terrorisme commise ou appréhendée et à superviser son interrogatoire. L'audience peut se dérouler à huis clos et même sa tenue peut être gardée secrète. Les critiques formulées contre l'art. 43

investigative rather than an adjudicative role. The majority held that the provision violates neither s. 7 of the *Charter* nor the unwritten principle of judicial independence. It stressed that s. 83.28 gives judges broad discretion to vary the terms of the order made under it and to ensure that constitutional and common law values are respected. It also noted that judges routinely participate in investigations in the criminal context and that their role in these situations is to "act as a check against state excess" (para. 86), and emphasized that in the context of investigative hearings the judge was not asked to question the individual or challenge the evidence, but merely to mediate and ensure the fairness of the proceeding. However, it warned that "once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the integrity of its role is not compromised or diluted" (para. 87).

83.28 voulaient qu'il permette au juge d'exercer des fonctions d'enquête plutôt que sa fonction juridictionnelle. La majorité a conclu que cette disposition ne viole ni l'art. 7 de la *Charte* ni le principe non écrit de l'indépendance judiciaire. Elle a précisé que l'art. 83.28 confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire pour fixer et modifier les modalités de l'ordonnance rendue en application de cet article et pour veiller au respect des valeurs reconnues par la Constitution et par la common law. La majorité a aussi souligné que les juges participent couramment à des enquêtes dans le contexte criminel et que, dans ces situations, leur rôle consiste à « refréner les excès de l'État » (par. 86). Elle a insisté sur le fait que, dans le cadre d'une enquête, le juge n'était pas appelé à poser des questions à l'intéressé ni à contester les éléments de preuve, mais simplement à agir comme médiateur et à garantir l'équité procédurale. Par contre, elle a prévenu que « dès qu'une mesure législative requiert l'aide du pouvoir judiciaire, il faut veiller à ce que l'intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée » (par. 87).

44 The *IRPA* provisions before the Court, like s. 83.28 of the *Criminal Code*, preserve the essential elements of the judicial role. It is even clearer in this case than in *Re Bagri* that the process established by the legislation at issue is not purely investigative; the judge's task of determining whether the certificate is "reasonable" seems on its face closer to adjudicative review of an executive act than to investigation. On the other hand, the provisions seem to require the judge to actively vet the evidence, an activity that the Court viewed as suspect in *Re Bagri*. Noël J., the designated judge for Mr. Charkaoui's case, stated:

Les dispositions de la *LIPR* en cause, à l'instar de l'art. 83.28 du *Code criminel*, préservent les éléments essentiels de la fonction judiciaire. Il est encore plus clair en l'espèce que dans *Re Bagri* que le processus établi par la loi n'est pas strictement de la nature d'une enquête; la tâche du juge de décider du « caractère raisonnable » du certificat semble d'emblée s'apparenter davantage au contrôle judiciaire d'un acte de l'exécutif qu'à une enquête. D'autre part, les dispositions semblent exiger que le juge passe concrètement les éléments de preuve au crible, tâche qui paraissait suspecte aux yeux de la Cour dans *Re Bagri*. Le juge Noël, juge désigné dans la cause de M. Charkaoui, a affirmé :

Designated judges preside over hearings and hear the Minister's witnesses. They examine witnesses themselves as the need arises. They examine the documents carefully to determine which information is related to security and which information is not. In order to do so, they examine, among other things, the sources of the information, the way in which it was obtained, the reliability of the sources and the

Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même ces témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode

method used, and whether it is possible to corroborate the information by other means.

(2003 FC 1419, at para. 101)

These comments suggest that while the designated judge may be more involved in vetting and skeptically scrutinizing the evidence than would be the case in a normal judicial hearing, the judge is nevertheless performing the adjudicative function of evaluation, rather than the executive function of investigation. However, care must be taken to avoid allowing the investigative aspect of the process to overwhelm its adjudicative aspect.

The third concern is that the judge's role as sole protector of the named person's interest may associate the judge, in fact or perception, with that interest. A judge who is obliged to take on a "defence" role in the absence of counsel may unconsciously become associated with that camp: *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, at p. 71; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (Ont. C.A.), at p. 191. This concern must be balanced against the opposite concern that the judge may appear to be part of the government scheme and hence in the government's camp. The critical consideration, however, is that the *IRPA* permits — indeed requires — the judge to conduct the review in an independent and judicial fashion. Provided the judge does so, the scheme cannot be condemned on the ground that he or she is, in fact or perception, in the named person's camp.

I conclude that, on its face, the *IRPA* process is designed to preserve the independence and impartiality of the designated judge, as required by s. 7. Properly followed by judges committed to a searching review, it cannot be said to compromise the perceived independence and impartiality of the designated judge.

I note that this conclusion conclusively rebuts the appellant Charkaoui's contention that the *IRPA* breaches the unwritten constitutional principle of

utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible.

(2003 CF 1419, par. 101)

Ces commentaires indiquent que, même si un juge désigné participe davantage au criblage et à l'examen critique des éléments de preuve que dans le cadre d'une audition judiciaire normale, il continue d'exercer sa fonction judiciaire d'évaluation, plutôt que la fonction exécutive d'enquête. Il faut toutefois veiller à ce que le volet d'enquête du processus n'en supplante pas le volet judiciaire.

45 Troisièmement, on craint que le juge, en raison de son rôle de protecteur unique des intérêts de la personne désignée, puisse être associé, en réalité ou en apparence, aux intérêts de cette personne. Un juge tenu d'assumer le rôle de la « défense » en l'absence d'un avocat pourrait devenir inconsciemment associé à ce camp : *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, p. 71; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (C.A. Ont.), p. 191. Cette crainte doit être soupesée en regard de l'éventualité opposée que le juge soit perçu comme faisant partie intégrante du régime gouvernemental et appartenant au camp du gouvernement. La considération déterminante est toutefois que la *LIPR* permet au juge — lui enjoint en fait — de procéder au contrôle en agissant comme un magistrat indépendant exerçant des fonctions judiciaires. Dans la mesure où le juge agit effectivement ainsi, le régime ne peut être condamné sous prétexte que le juge se rangerait, en réalité ou en apparence, dans le camp de la personne désignée.

46 Je conclus qu'il ressort, à la simple lecture de la *LIPR*, que le processus qu'elle établit est conçu de façon à préserver l'indépendance et l'impartialité du juge désigné, comme l'exige l'art. 7. On ne saurait dire que l'indépendance et l'impartialité apparentes du juge désigné sont compromises, lorsque les juges appliquent correctement ce processus en procédant à un examen approfondi.

47 Soulignons que cette conclusion réfute définitivement la prétention de M. Charkaoui selon laquelle la *LIPR* contrevient au principe constitutionnel non

judicial independence affirmed in *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44.

5. Is the Decision Based on the Facts and the Law?

48 To comply with s. 7 of the *Charter*, the magistrate must make a decision based on the facts and the law. In the extradition context, the principles of fundamental justice have been held to require, "at a minimum, a meaningful judicial assessment of the case on the basis of the evidence and the law. A judge considers the respective rights of the litigants or parties and makes findings of fact on the basis of evidence and applies the law to those findings. Both facts and law must be considered for a true adjudication. Since *Bonham's Case* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], the essence of a judicial hearing has been the treatment of facts revealed by the evidence in consideration of the substantive rights of the parties as set down by law" (*Ferras*, at para. 25). The individual and societal interests at stake in the certificate of inadmissibility context suggest similar requirements.

49 The *IRPA* process at issue seeks to meet this requirement by placing material before the judge for evaluation. As a practical matter, most if not all of the material that the judge considers is produced by the government and can be vetted for reliability and sufficiency only by the judge. The normal standards used to ensure the reliability of evidence in court do not apply: s. 78(*j*). The named person may be shown little or none of the material relied on by the ministers and the judge, and may thus not be in a position to know or challenge the case against him or her. It follows that the judge's decision, while based on the evidence before him or her, may not be based on all of the evidence available.

50 There are two types of judicial systems, and they ensure that the full case is placed before the judge in two different ways. In inquisitorial systems, as in

écrit de l'indépendance judiciaire reconnu dans *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44.

5. La décision est-elle fondée sur les faits et sur le droit?

Pour se conformer à l'art. 7 de la *Charte*, le magistrat doit rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit. Dans le contexte de l'extradition, il a été jugé que la justice fondamentale « impose aux tribunaux au moins l'obligation de procéder à une appréciation valable de l'affaire en fonction de la preuve et du droit. Le juge examine les droits respectifs des parties et, d'après la preuve, tire des conclusions de fait auxquelles il applique le droit. Il doit examiner autant les faits que le droit pour arriver à une conclusion valable. Depuis l'affaire *Bonham* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], l'essence d'une audience judiciaire est de traiter les faits révélés par la preuve selon les droits substantiels que la loi confère aux parties » (*Ferras*, par. 25). Les intérêts individuels et sociétaux en jeu dans le contexte des certificats d'interdiction de territoire supposent l'application d'une exigence semblable.

Le processus établi par la *LIPR* est censé répondre à cette exigence par la production de renseignements soumis à l'appréciation du juge. En pratique, la plupart sinon la totalité des documents examinés par le juge sont produits par le gouvernement et seul le juge peut les passer au crible pour déterminer s'ils sont fiables et suffisants. Les normes servant habituellement à garantir la fiabilité de la preuve soumise aux tribunaux ne s'appliquent pas : al. 78*j*). Il se peut que la personne désignée ne puisse pas prendre connaissance de la totalité ou d'une grande partie des renseignements sur lesquels s'appuient les ministres et le juge, et qu'elle ne soit donc pas en mesure de connaître ou de contester les allégations formulées contre elle. Par conséquent, le juge peut rendre une décision qui, bien que fondée sur la preuve dont il dispose, n'est pas fondée sur tous les éléments de preuve disponibles.

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de

Continental Europe, the judge takes charge of the gathering of evidence in an independent and impartial way. By contrast, an adversarial system, which is the norm in Canada, relies on the parties — who are entitled to disclosure of the case to meet, and to full participation in open proceedings — to produce the relevant evidence. The designated judge under the *IRPA* does not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in the inquisitorial process. At the same time, the named person is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the designated judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged — perhaps unknowingly — to make the required decision based on only part of the relevant evidence. As Hugessen J. has noted, the adversarial system provides "the real warranty that the outcome of what we do is going to be fair and just" (p. 385); without it, the judge may feel "a little bit like a fig leaf" (Proceedings of the March 2002 Conference, at p. 386).

Judges of the Federal Court have worked assiduously to overcome the difficulties inherent in the role the *IRPA* has assigned to them. To their credit, they have adopted a pseudo-inquisitorial role and sought to seriously test the protected documentation and information. But the role remains *pseudo*-inquisitorial. The judge is not afforded the power to independently investigate all relevant facts that true inquisitorial judges enjoy. At the same time, since the named person is not given a full picture of the case to meet, the judge cannot rely on the parties to present missing evidence. The result is that, at the end of the day, one cannot be sure that the judge has been exposed to the whole factual picture.

Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the named person may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or

type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties — qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer pleinement à une procédure publique — pour qu'elles produisent les éléments de preuve pertinents. Sous le régime de la *LIPR*, le juge désigné n'est pas investi de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que lui conférerait le processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent le processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge désigné, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, puisse être obligé — peut-être sans le savoir — de rendre la décision requise sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente. Comme l'a noté le juge Hugessen, le système contradictoire [TRADUCTION] « garantit réellement que l'issue de notre travail sera équitable et juste » (p. 385); sans lui, le juge pourrait avoir « un peu le sentiment d'être une feuille de vigne » (Actes de la conférence de mars 2002, p. 386).

51 Les juges de la Cour fédérale ont travaillé avec acharnement pour surmonter les difficultés inhérentes au rôle que la *LIPR* leur a confié. Ils sont louables d'avoir assumé un rôle pseudo-inquisitoire et essayé de vérifier sérieusement les documents et les renseignements protégés. Leur rôle demeure néanmoins *pseudo*-inquisitoire. Le juge n'a pas, contrairement aux juges d'un véritable système inquisitoire, le pouvoir d'enquêter de façon indépendante sur tous les faits pertinents. Par ailleurs, comme la personne désignée n'est pas pleinement informée de ce qu'on lui reproche, le juge ne peut pas compter sur les parties pour lui présenter la preuve manquante. En définitive, on ne peut jamais avoir la certitude que le juge a pu prendre connaissance de tous les faits.

52 Des problèmes semblables se posent quant au respect de l'exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique

to develop legal arguments based on the evidence. The named person is, to be sure, permitted to make legal representations. But without disclosure and full participation throughout the process, he or she may not be in a position to put forward a full legal argument.

6. Is the "Case to Meet" Principle Satisfied?

53 Last but not least, a fair hearing requires that the affected person be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case. This right is well established in immigration law. The question is whether the procedures "provide an adequate opportunity for [an affected person] to state his case and know the case he has to meet" (*Singh*, at p. 213). Similarly, in *Suresh*, the Court held that a person facing deportation to torture under s. 53(1)(*b*) of the former *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, must "[n]ot only . . . be informed of the case to be met . . . [but] also be given an opportunity to challenge the information of the Minister where issues as to its validity arise" (para. 123).

54 Under the *IRPA*'s certificate scheme, the named person may be deprived of access to some or all of the information put against him or her, which would deny the person the ability to know the case to meet. Without this information, the named person may not be in a position to contradict errors, identify omissions, challenge the credibility of informants or refute false allegations. This problem is serious in itself. It also underlies the concerns, discussed above, about the independence and impartiality of the designated judge, and the ability of the judge to make a decision based on the facts and law.

55 Confidentiality is a constant preoccupation of the certificate scheme. The judge "shall ensure" the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence if, in the opinion of the judge, disclosure would be

contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Certes, la personne désignée est autorisée à présenter des arguments juridiques. Toutefois, sans la divulgation de la preuve et sans sa pleine participation du début à la fin du processus, elle n'est peut-être pas en mesure de préparer une argumentation complète sur les questions de droit.

6. Le principe selon lequel une partie a le droit de savoir ce qu'on lui reproche est-il respecté?

Dernier élément, qui n'est toutefois pas le moindre, une audition équitable suppose que l'intéressé soit informé des allégations formulées contre lui et ait la possibilité d'y répondre. Ce droit est bien établi en droit de l'immigration. Il s'agit de savoir si la procédure offre « à la personne [visée] une possibilité suffisante d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver » (*Singh*, p. 213). De même, dans *Suresh*, la Cour a statué qu'une personne susceptible d'être expulsée vers un pays où elle risque la torture, en application de l'al. 53(1)*b*) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, « doit non seulement être informé[e] des éléments invoqués contre [elle], mais aussi avoir la possibilité de contester l'information recueillie par la ministre lorsque sa validité peut être mise en doute » (par. 123).

Sous le régime de certificats établi dans la *LIPR*, il est possible que la personne désignée n'ait pas accès à la totalité ou à une partie des renseignements produits contre elle, ce qui l'empêche de savoir ce qu'elle doit prouver. Il se peut que, privée de ces renseignements, elle ne soit pas en mesure de corriger les erreurs, relever les omissions, attaquer la crédibilité des informateurs ou réfuter les fausetés. Ce problème est sérieux en soi. De surcroît, il alimente les craintes mentionnées précédemment concernant l'indépendance et l'impartialité du juge désigné et sa capacité à rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit.

La confidentialité constitue une préoccupation constante dans le régime de certificats. Le juge « est tenu » de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte,

injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*b*). At the request of either minister "at any time during the proceedings", the judge "shall hear" information or evidence in the absence of the named person and his or her counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*e*). The judge "shall provide" the named person with a summary of information that enables him or her to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but the summary cannot include anything that would, in the opinion of the judge, be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*h*). Ultimately, the judge may have to consider information that is not included in the summary: s. 78(*g*). In the result, the judge may be required to decide the case, wholly or in part, on the basis of information that the named person and his or her counsel never see. The named person may know nothing of the case to meet, and although technically afforded an opportunity to be heard, may be left in a position of having no idea as to what needs to be said.

The same concerns arise with respect to the detention review process under ss. 83 and 84 of the *IRPA*. Section 78 applies to detention reviews under s. 83, and it has been found to apply to detention reviews under s. 84(2): *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142, 2005 FCA 54, at paras. 71-72.

The right to know the case to be met is not absolute. Canadian statutes sometimes provide for *ex parte* or *in camera* hearings, in which judges must decide important issues after hearing from only one side. In *Rodgers*, the majority of this Court declined to recognize notice and participation as invariable constitutional norms, emphasizing a context-sensitive approach to procedural fairness. And in *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31, the Court, *per* Rothstein J., held that while "[h]earing from both sides of an issue is a principle to be departed from only in exceptional circumstances", in the ordinary case, a judge would be

selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*b*). À la demande de l'un ou l'autre des ministres, présentée en tout temps au cours de la procédure, le juge « examine », en l'absence de la personne désignée et de son conseil, des renseignements ou des éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*e*). Le juge « fournit » un résumé des renseignements à la personne désignée, afin de lui permettre d'être suffisamment informée des circonstances ayant donné lieu au certificat. Toutefois, ce résumé ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le juge, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*h*). En définitive, le juge peut devoir tenir compte de renseignements qui ne font pas partie du résumé : al. 78*g*). Ainsi, il peut arriver que le juge doive rendre sa décision entièrement ou en partie sur la foi de renseignements que la personne désignée et son avocat ne verront jamais. La personne désignée pourrait ignorer totalement ce qu'on lui reproche et, même si elle a techniquement la possibilité d'être entendue, n'avoir aucune idée de la preuve qu'elle doit présenter.

56 Le même problème se pose relativement à la procédure de contrôle de la détention établie aux art. 83 et 84 de la *LIPR*. L'article 78 s'applique au contrôle de la détention visé à l'art. 83 et il a été jugé applicable au contrôle de la détention visé au par. 84(2) : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142, 2005 CAF 54, par. 71-72.

57 Le droit d'une partie de connaître la preuve qui pèse contre elle n'est pas absolu. Les lois canadiennes prévoient parfois la tenue d'audiences à huis clos ou *ex parte* au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d'une seule partie. Dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a refusé de reconnaître qu'un préavis et la participation à l'audition constituent des normes constitutionnelles immuables, insistant sur le principe voulant que l'équité procédurale dépende du contexte. Dans *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31, le juge Rothstein, au nom de la Cour, a précisé que, si « [s]eules des

"well equipped . . . to determine whether a record is subject to [solicitor-client] privilege" without the assistance of counsel on both sides (para. 21).

58 More particularly, the Court has repeatedly recognized that national security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual. In *Chiarelli*, this Court found that the Security Intelligence Review Committee could, in investigating certificates under the former *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 (later R.S.C. 1985, c. I-2), refuse to disclose details of investigation techniques and police sources. The context for elucidating the principles of fundamental justice in that case included the state's "interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources" (p. 744). In *Suresh*, this Court held that a refugee facing the possibility of deportation to torture was entitled to disclosure of all the information on which the Minister was basing his or her decision, "[s]ubject to privilege or similar valid reasons for reduced disclosure, such as safeguarding confidential public security documents" (para. 122). And, in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, the Court upheld the section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that mandates *in camera* and *ex parte* proceedings where the government claims an exemption from disclosure on grounds of national security or maintenance of foreign confidences. The Court made clear that these societal concerns formed part of the relevant context for determining the scope of the applicable principles of fundamental justice (paras. 38-44).

circonstances exceptionnelles peuvent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre le point de vue des deux parties sur une question », en revanche, ordinairement, les juges sont « en mesure de déterminer si un document est protégé » par le secret professionnel de l'avocat, sans l'aide des avocats des deux parties (par. 21).

Plus particulièrement, la Cour a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulgation de renseignements à l'intéressé. Dans *Chiarelli*, la Cour a reconnu la légalité de la non-communication des détails relatifs aux méthodes d'enquête et aux sources utilisées par la police dans le cadre de la procédure d'examen des attestations par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (plus tard L.R.C. 1985, ch. I-2). Dans cette cause, le contexte en fonction duquel les principes de justice fondamentale ont été précisés comprenait l'« intérêt [de l'État] à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police » (p. 744). Dans *Suresh*, la Cour a jugé qu'un réfugié susceptible d'être expulsé vers un pays où il risquait la torture avait le droit d'être informé de tous les renseignements sur lesquels la ministre avait fondé sa décision « sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l'existence d'autres motifs valables d'en restreindre la communication, comme la nécessité de préserver la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique » (par. 122). De plus, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'article de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prescrit la tenue d'une audience à huis clos et *ex parte* lorsque le gouvernement invoque l'exception relative à la sécurité nationale ou aux renseignements confidentiels de source étrangère pour se soustraire à son obligation de communication. La Cour a alors clairement indiqué que ces préoccupations d'ordre social font partie du contexte pertinent dont il faut tenir compte pour déterminer la portée des principes applicables de justice fondamentale (par. 38-44).

In some contexts, substitutes for full disclosure may permit compliance with s. 7 of the *Charter*. For example, in *Rodgers*, the majority of the Court upheld the constitutionality of *ex parte* hearings for applications under s. 487.055 of the *Criminal Code* to take DNA samples from listed multiple offenders, on the ground that the protections Parliament had put in place were adequate (paras. 51-52). Similarly, in *Chiarelli*, the Court upheld the lack of disclosure on the basis that the information disclosed by way of summary and the opportunity to call witnesses and cross-examine RCMP witnesses who testified *in camera* satisfied the requirements of fundamental justice. And in *Ruby*, the Court held that the substitute measures provided by Parliament satisfied the constitutional requirements of procedural fairness (para. 42). Arbour J. stated: "In such circumstances, fairness is met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal" (para. 40).

Where limited disclosure or *ex parte* hearings have been found to satisfy the principles of fundamental justice, the intrusion on liberty and security has typically been less serious than that effected by the *IRPA*: *Rodgers*, at para. 53. It is one thing to deprive a person of full information where fingerprinting is at stake, and quite another to deny him or her information where the consequences are removal from the country or indefinite detention. Moreover, even in the less intrusive situations, courts have insisted that disclosure be as specific and complete as possible.

In the context of national security, non-disclosure, which may be extensive, coupled with the grave intrusions on liberty imposed on a detainee, makes it difficult, if not impossible, to find substitute procedures that will satisfy s. 7. Fundamental justice requires substantial compliance with the venerated principle that a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the

59 Dans certains contextes, des solutions de rechange à la divulgation complète peuvent satisfaire à l'art. 7 de la *Charte*. Par exemple, dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'audition *ex parte* d'une demande présentée en vertu de l'art. 487.055 du *Code criminel* en vue du prélèvement d'échantillons d'ADN de récidivistes désignés parce que les garanties mises en place par le législateur étaient adéquates (par. 51-52). De même, dans *Chiarelli*, la Cour a confirmé la constitutionnalité de la non-communication parce que la divulgation des renseignements dans le résumé, la possibilité de faire entendre des témoins et celle de contre-interroger les témoins de la GRC qui avaient déposé à huis clos répondaient aux exigences de la justice fondamentale. Dans *Ruby*, la Cour a statué que les solutions de rechange prévues par le législateur satisfaisaient aux exigences constitutionnelles d'équité procédurale (par. 42). La juge Arbour a affirmé : « [e]n pareils cas, l'équité est assurée par d'autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel » (par. 40).

60 Lorsque la communication limitée ou les audiences *ex parte* ont été jugées conformes aux principes de justice fondamentale, l'atteinte à la liberté et à la sécurité était généralement moins sérieuse que celle portée par la *LIPR* : *Rodgers*, par. 53. C'est une chose de ne pas communiquer tous les renseignements à une personne lorsque seul est en jeu le prélèvement de ses empreintes digitales, c'en est une tout autre de refuser de lui transmettre des renseignements lorsqu'elle peut être renvoyée du pays ou détenue pendant une période indéterminée. Qui plus est, même dans les situations moins attentatoires, les juges ont insisté sur la nécessité de divulguer l'information la plus précise et la plus complète possible.

61 La non-communication dans le contexte de la sécurité nationale, dont l'étendue peut être assez vaste, ajoutée aux graves atteintes portées à la liberté d'une personne détenue, rend difficile, voire impossible, le recours à une solution de rechange qui satisfasse à l'art. 7. La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l'essentiel, le principe vénérable voulant qu'une personne dont la liberté

case to meet, and an opportunity to meet the case. Yet the imperative of the protection of society may preclude this. Information may be obtained from other countries or from informers on condition that it not be disclosed. Or it may simply be so critical that it cannot be disclosed without risking public security. This is a reality of our modern world. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. Neither is the case here.

62 The only protection the *IRPA* accords the named person is a review by a designated judge to determine whether the certificate is reasonable. The ministers argue that this is adequate in that it maintains a "delicate balance" between the right to a fair hearing and the need to protect confidential security intelligence information. The appellants, on the other hand, argue that the judge's efforts, however conscientious, cannot provide an effective substitute for informed participation.

63 I agree with the appellants. The issue at the s. 7 stage, as discussed above, is not whether the government has struck the right balance between the need for security and individual liberties; that is the issue at the stage of s. 1 justification of an established limitation on a *Charter* right. The question at the s. 7 stage is whether the basic requirements of procedural justice have been met, either in the usual way or in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government's objective and the interests of the person affected. The fairness of the *IRPA* procedure rests entirely on the shoulders of the designated judge. Those shoulders cannot by themselves bear the heavy burden of assuring, in fact and appearance, that the decision on the reasonableness of the certificate is impartial, is based on a full view of the facts and law, and reflects the named person's knowledge of the case to meet. The judge, working under the constraints imposed by the *IRPA*, simply cannot fill the vacuum left by the removal of the traditional guarantees of

est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre. Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise. C'est là une réalité de la société moderne. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'un ni l'autre n'a été fait en l'espèce.

La seule protection que la *LIPR* accorde à la personne désignée est l'examen du certificat par un juge désigné qui détermine s'il est raisonnable. Les ministres soutiennent que cette protection est adéquate et qu'elle crée un [TRADUCTION] « équilibre délicat » entre le droit à une audition équitable et la nécessité de préserver la confidentialité du renseignement de sécurité. Pour leur part, les appelants font valoir que les efforts du juge, aussi consciencieux soient-ils, ne constituent pas un substitut valable à la participation éclairée.

Je partage l'opinion des appelants. Rappelons qu'il ne s'agit pas de savoir, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, si le gouvernement a atteint le bon équilibre entre la nécessité de préserver la sécurité et les libertés individuelles; cette question ne se pose qu'à l'étape de l'application de l'article premier, lorsqu'il s'agit de justifier une atteinte déjà établie à un droit protégé par la *Charte*. À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il faut déterminer si les exigences fondamentales de la justice en matière de procédure ont été respectées, soit de la manière habituelle, soit d'une autre façon adaptée au contexte, compte tenu de l'objectif du gouvernement et des intérêts de la personne touchée. Le caractère équitable de la procédure établie par la *LIPR* repose entièrement sur les épaules du juge désigné. Ce dernier ne peut, à lui seul, s'acquitter du lourd fardeau de s'assurer que, tant en apparence qu'en réalité, la décision sur le caractère raisonnable du certificat soit impartiale, repose sur l'ensemble des faits et du droit et témoigne de la

a fair hearing. The judge sees only what the ministers put before him or her. The judge, knowing nothing else about the case, is not in a position to identify errors, find omissions or assess the credibility and truthfulness of the information in the way the named person would be. Although the judge may ask questions of the named person when the hearing is reopened, the judge is prevented from asking questions that might disclose the protected information. Likewise, since the named person does not know what has been put against him or her, he or she does not know what the designated judge needs to hear. If the judge cannot provide the named person with a summary of the information that is sufficient to enable the person to know the case to meet, then the judge cannot be satisfied that the information before him or her is sufficient or reliable. Despite the judge's best efforts to question the government's witnesses and scrutinize the documentary evidence, he or she is placed in the situation of asking questions and ultimately deciding the issues on the basis of incomplete and potentially unreliable information.

The judge is not helpless; he or she can note contradictions between documents, insist that there be at least some evidence on the critical points, and make limited inferences on the value and credibility of the information from its source. Nevertheless, the judge's activity on behalf of the named person is confined to what is presented by the ministers. The judge is therefore not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring. Such scrutiny is the whole point of the principle that a person whose liberty is in jeopardy must know the case to meet. Here that principle has not merely been limited; it has been effectively gutted. How can one meet a case one does not know?

connaissance par la personne désignée des allégations formulées contre elle. Le juge, assujetti aux contraintes fixées par la *LIPR*, ne peut tout simplement pas combler le vide créé par le retrait des garanties traditionnelles quant à la tenue d'une audition équitable. Le juge ne voit que ce que les ministres portent à sa connaissance. Ignorant tout du reste de la cause, il n'est pas en mesure de déceler les erreurs ou les omissions ni d'évaluer la crédibilité et la véracité des renseignements comme la personne désignée pourrait le faire. Même si le juge peut poser des questions à cette personne à la reprise de l'instance en sa présence, il doit éviter celles qui pourraient révéler des renseignements protégés. De même, comme la personne désignée ignore les allégations formulées contre elle, elle ignore quels renseignements elle doit fournir au juge désigné. Si le juge ne peut fournir à la personne désignée un résumé des renseignements qui soit suffisant pour que cette dernière sache quelle preuve elle doit produire, le juge ne peut être convaincu que les renseignements dont il dispose sont suffisants ou fiables. Peu importe les efforts qu'il déploie pour interroger les témoins du gouvernement et examiner la preuve documentaire, le juge se retrouve dans une situation où il doit poser des questions et, ultimement, rendre sa décision en s'appuyant sur des renseignements incomplets, qui ne sont peut-être pas fiables.

64 Certes, le juge dispose de certains moyens : il peut relever les contradictions entre les documents, insister pour qu'on lui fournisse au moins certains éléments de preuve sur les points cruciaux et tirer des conclusions limitées quant à la valeur et à la crédibilité des renseignements que lui fournit sa source. Néanmoins, sa participation au nom de la personne désignée se limite à ce que les ministres lui soumettent. Par conséquent, le juge n'est pas en mesure de compenser l'absence d'examen éclairé, de contestation et de contre-preuve par une personne qui serait au fait de la cause. Or, pareil examen est précisément ce que requiert le principe selon lequel une personne dont la liberté est en jeu doit savoir ce qu'on lui reproche. En l'espèce, ce principe n'a pas été simplement restreint, il a été vidé de sa substance. Comment peut-on réfuter des allégations dont on ignore tout?

7. Conclusion on Section 7

65 In the *IRPA*, an attempt has been made to meet the requirements of fundamental justice essentially through one mechanism — the designated judge charged with reviewing the certificate of inadmissibility and the detention. To Parliament's credit, a sincere attempt has been made to give the designated judge the powers necessary to discharge the role in an independent manner, based on the facts and the law. Yet, the secrecy required by the scheme denies the named person the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. Despite the best efforts of judges of the Federal Court to breathe judicial life into the *IRPA* procedure, it fails to assure the fair hearing that s. 7 of the *Charter* requires before the state deprives a person of life, liberty or security of the person. I therefore conclude that the *IRPA*'s procedure for determining whether a certificate is reasonable does not conform to the principles of fundamental justice as embodied in s. 7 of the *Charter*. The same conclusion necessarily applies to the detention review procedures under ss. 83 and 84 of the *IRPA*.

8. Is the Limit Justified Under Section 1 of the *Charter*?

66 The *Charter* does not guarantee rights absolutely. The state is permitted to limit rights — including the s. 7 guarantee of life, liberty and security — if it can establish that the limits are demonstrably justifiable in a free and democratic society. This said, violations of s. 7 are not easily saved by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he then was) stated, for the majority:

> Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise

7. Conclusion sur l'art. 7

La *LIPR* est censée répondre aux exigences de la justice fondamentale essentiellement grâce à un mécanisme — soit l'examen du caractère raisonnable du certificat d'interdiction de territoire et le contrôle de la détention par le juge désigné. Il faut reconnaître que le législateur a essayé sincèrement de conférer au juge désigné les pouvoirs nécessaires pour qu'il s'acquitte de sa tâche de manière indépendante, en se fondant sur les faits et sur le droit. Cependant, le secret requis par le processus empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. En dépit des efforts déployés par les juges de la Cour fédérale pour insuffler un caractère judiciaire à la procédure établie par la *LIPR*, elle ne garantit pas la tenue de l'audition équitable dont une personne doit bénéficier en vertu de l'art. 7 de la *Charte* avant que l'État porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Par conséquent, je conclus que la procédure d'examen du caractère raisonnable d'un certificat établie par la *LIPR* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Cette conclusion vaut nécessairement aussi pour le contrôle de la détention prévu aux art. 83 et 84 de la *LIPR*.

8. Cette limite est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

La *Charte* ne protège pas les droits de façon absolue. En effet, l'État est autorisé à restreindre les droits garantis — y compris le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 — dans des limites dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela dit, les atteintes aux droits protégés par l'art. 7 ne sont pas faciles à valider par application de l'article premier. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a affirmé, au nom de la majorité :

> L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par

violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like. [p. 518]

ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite. [p. 518]

The rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are basic to our conception of a free and democratic society, and hence are not easily overridden by competing social interests. It follows that violations of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, are difficult to justify under s. 1: *G. (J.)*. Nevertheless, the task may not be impossible, particularly in extraordinary circumstances where concerns are grave and the challenges complex.

Les droits protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — constituent le fondement même de notre conception d'une société libre et démocratique et peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents. En conséquence, les dérogations aux principes de justice fondamentale, plus précisément au droit à une audition équitable, sont difficiles à justifier en application de l'article premier : *G. (J.)*. Toutefois, leur justification n'est pas nécessairement impossible, surtout dans des circonstances extraordinaires mettant en cause des préoccupations sérieuses et des problèmes complexes.

The test to be applied in determining whether a violation can be justified under s. 1, known as the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), requires a pressing and substantial objective and proportional means. A finding of proportionality requires: (a) means rationally connected to the objective; (b) minimal impairment of rights; and (c) proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective.

67 Le test servant à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige que cette restriction vise un objectif urgent et réel et qu'elle soit proportionnée, c'est-à-dire a) qu'elle ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, b) qu'elle porte le moins possible atteinte aux droits et c) que son effet attentatoire soit proportionnel à l'importance de l'objectif poursuivi.

The protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective. Moreover, the *IRPA*'s provisions regarding the non-disclosure of evidence at certificate hearings are rationally connected to this objective. The facts on this point are undisputed. Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality: see *Ruby*. This leaves the question whether the means Parliament has chosen, i.e. a certificate procedure leading to detention and deportation of non-citizens on the ground that they pose a threat to Canada's security, minimally impairs the rights of non-citizens.

68 La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel. Les dispositions de la *LIPR* prévoyant la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ont un lien rationnel avec cet objectif. Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements : voir *Ruby*. Il reste donc à déterminer si le moyen choisi par le législateur, c'est-à-dire une procédure de délivrance et d'examen de certificats entraînant la détention et l'expulsion des non-citoyens qui constituent un danger pour la sécurité du Canada, porte le moins possible atteinte à leurs droits.

69 The realities that confront modern governments faced with the challenge of terrorism are stark. In the interest of security, it may be necessary to detain persons deemed to pose a threat. At the same time, security concerns may preclude disclosure of the evidence on which the detention is based. But these tensions are not new. As we shall see, Canada has already devised processes that go further in preserving s. 7 rights while protecting sensitive information; until recently, one of these solutions was applicable in the security certificate context. Nor are these tensions unique to Canada: in the specific context of anti-terrorism legislation, the United Kingdom uses special counsel to provide a measure of protection to the detained person's interests, while preserving the confidentiality of information that must be kept secret. These alternatives suggest that the *IRPA* regime, which places on the judge the entire burden of protecting the person's interest, does not minimally impair the rights of non-citizens, and hence cannot be saved under s. 1 of the *Charter.*

Les gouvernements modernes aux prises avec le terrorisme font face à de graves réalités. Dans l'intérêt de la sécurité, il peut être nécessaire de détenir des personnes considérées comme une menace. Par contre, des préoccupations relatives à la sécurité peuvent empêcher la divulgation des éléments de preuve sur lesquels se fonde leur détention. Or, ces tensions ne sont pas nouvelles. Comme nous le verrons, le Canada a déjà établi des processus qui sauvegardent davantage les droits garantis par l'art. 7, tout en protégeant l'information sensible; jusqu'à tout récemment, l'une de ces solutions s'appliquait dans le contexte des attestations de sécurité. Ces tensions ne sont pas non plus particulières au Canada. Dans le contexte spécifique de la législation antiterroriste, le Royaume-Uni fait appel à un avocat spécial pour protéger les intérêts de la personne détenue tout en préservant la confidentialité des renseignements qui doivent rester secrets. Ces autres solutions indiquent que le régime établi par la *LIPR*, qui fait porter entièrement au juge le fardeau de protéger les intérêts de la personne, ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des non-citoyens et ne peut donc être validé par application de l'article premier de la *Charte.*

(a) *Less Intrusive Alternatives*

a) *Les solutions moins attentatoires*

70 This is not the first time Canada has had to reconcile the demands of national security with the procedural rights guaranteed by the *Charter.* In a number of legal contexts, Canadian government institutions have found ways to protect sensitive information while treating individuals fairly. In some situations, the solution has involved the use of special counsel, in a manner closely approximating an adversarial process.

Ce n'est pas la première fois que le Canada doit concilier les impératifs de la sécurité nationale et les droits procéduraux garantis par la *Charte.* Dans plusieurs contextes juridiques, des institutions gouvernementales canadiennes ont trouvé des façons de protéger des renseignements sensibles tout en accordant aux personnes un traitement juste. Dans certains cas, la solution comportait le recours à un avocat spécial, un processus très semblable au processus contradictoire.

71 The Security Intelligence Review Committee ("SIRC") is an independent review body that monitors the activities of the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). Established in 1984 under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (now R.S.C. 1985, c. C-23), SIRC is composed of three to five members of the Privy Council who are not currently serving in Parliament. Under the former *Immigration Act*,

Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (« CSARS ») est un organisme d'examen indépendant qui surveille les activités du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). Constitué en 1984 par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23), le CSARS se compose de trois à cinq membres du Conseil privé qui ne sont pas en fonction

SIRC had the power to vet findings of inadmissibility based on alleged threats to national security; a ministerial certificate could not be issued without a SIRC investigation. If the Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General were of the opinion that a non-citizen was inadmissible due to involvement in organized crime, espionage, subversion, acts of violence, etc., they were first obliged to make a report to SIRC: *Immigration Act*, s. 39(2). SIRC would then investigate the grounds for the report, providing the affected person with "a statement summarizing such information available to it as will enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the report": s. 39(6). After completing its investigation, SIRC would send a report to the Governor in Council containing its recommendation as to whether a security certificate should be issued: s. 39(9). A copy of the same report would be provided to the non-citizen: s. 39(10). If the Governor in Council was satisfied that the non-citizen was inadmissible on appropriate grounds, he or she could then direct the Minister of Employment and Immigration to issue a security certificate: s. 40(1).

au Parlement. Sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, le CSARS avait le pouvoir de contrôler les déclarations d'inadmissibilité fondées sur la possibilité de menaces à la sécurité nationale; une attestation du ministre ne pouvait être délivrée sans une enquête du CSARS. Si le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le solliciteur général étaient d'avis qu'un non-citoyen était inadmissible en raison de sa participation notamment à des activités du crime organisé ou à des actes d'espionnage, de subversion ou de violence, ils devaient d'abord en faire rapport au CSARS : *Loi sur l'immigration*, par. 39(2). Le CSARS faisait ensuite enquête sur les motifs exposés au rapport et envoyait à la personne visée par le rapport « un résumé des informations dont il dispose » afin de lui permettre « d'être informé[e] le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu » au rapport : par. 39(6). Une fois son enquête complétée, le CSARS devait envoyer au gouverneur en conseil un rapport contenant ses recommandations quant à l'opportunité de délivrer une attestation de sécurité : par. 39(9). Une copie de ce rapport devait être envoyée au non-citoyen : par. 39(10). Si le gouverneur en conseil était d'avis que le non-citoyen était inadmissible pour l'un des motifs prévus, il pouvait alors ordonner au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de délivrer une attestation de sécurité : par. 40(1).

Empowered to develop its own investigative procedures, SIRC established a formal adversarial process, with "a court-like hearing room" and "procedures that mirrored judicial proceedings as much as possible". The process also included an independent panel of lawyers with security clearances to act as counsel to SIRC (M. Rankin, "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, at p. 179).

72 Habilité à établir ses propres procédures d'enquête, le CSARS a instauré un processus contradictoire officiel ainsi qu'une [TRADUCTION] « salle d'audience similaire à celle d'un tribunal » et « des procédures aussi identiques que possible à des procédures judiciaires ». Le processus comprenait également un groupe indépendant d'avocats ayant les habilitations de sécurité voulues et chargés de conseiller le CSARS (M. Rankin, « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, p. 179).

A SIRC member presiding at a hearing had the discretion to balance national security against procedural fairness in determining how much information could be disclosed to the affected person. The non-citizen and his or her counsel would normally be present in the hearing room, except

73 Les membres du CSARS présidant l'audience pouvaient établir un équilibre entre la sécurité nationale et l'équité procédurale en déterminant les renseignements qui pouvaient être communiqués à l'intéressé. Le non-citoyen et son avocat pouvaient normalement être présents dans la salle d'audience,

when sensitive national security evidence was tendered. (The presiding SIRC member would decide whether to exclude the non-citizen during certain testimony.) At such a juncture, independent, security-cleared SIRC counsel would act on behalf of the non-citizen. The SIRC counsel were instructed to cross-examine witnesses for CSIS "with as much vigour as one would expect from the complainant's counsel" (Rankin, at p. 184; SIRC *Annual Report 1988-1989* (1989) ("SIRC *Annual Report*"), at p. 64). At the end of this *ex parte* portion of the hearing, the excluded person would be brought back into the room and provided with a summary, which would include "the gist of the evidence, without disclosing the national security information" (SIRC *Annual Report*, at p. 64). The SIRC counsel would negotiate the contents of the summary with CSIS, under the supervision of the presiding SIRC member (*ibid.*). The affected person and his or her counsel would then be allowed to ask their own questions, and to cross-examine on the basis of the summary (Rankin, at p. 184).

74 In the words of Professor Rankin, SIRC's procedures represented "an attempt to preserve the best features of the adversarial process with its insistence on vigorous cross-examination, but not to run afoul of the requirements of national security" (p. 185). These procedures illustrate how special counsel can provide not only an effective substitute for informed participation, but can also help bolster actual informed participation by the affected person. Since the special counsel had a role in determining how much information would be included in the summary, disclosure was presumably more complete than would otherwise have been the case. Sensitive national security information was still protected, but the executive was required to justify the breadth of this protection.

75 In 1988 Parliament added s. 40.1 to the *Immigration Act* to empower the Minister and the

sauf lorsque des éléments de preuve sensibles relatifs à la sécurité nationale étaient présentés. (Le membre du CSARS présidant l'audience déterminait s'il fallait exclure le non-citoyen lors de l'audition de certains témoins.) Le cas échéant, un avocat indépendant du CSARS ayant l'habilitation de sécurité voulue représentait le non-citoyen. Les avocats du CSARS avaient le mandat de contre-interroger les témoins du SCRS [TRADUCTION] « avec un zèle égal à celui dont ferait normalement preuve l'avocat du plaignant » (Rankin, p. 184; *Rapport annuel 1988-1989* du CSARS (1989) (« Rapport annuel du CSARS »), p. 67). À la fin de cette partie de l'audition tenue *ex parte*, la personne exclue était ramenée dans la salle et avait droit à un résumé comprenant « les grandes lignes de la preuve qui [venait] d'être présentée, sans rien divulguer de ce qui peut avoir trait à l'intérêt national » (*Rapport annuel* du CSARS, p. 67). L'avocat du CSARS négociait le contenu du résumé avec le SCRS, sous la surveillance du membre du CSARS qui présidait l'audience (*ibid.*). L'intéressé et son avocat pouvaient alors poser leurs propres questions et contre-interroger les témoins à partir de ce résumé (Rankin, p. 184).

Comme l'a écrit le professeur Rankin, ces procédures du CSARS constituaient [TRADUCTION] « une tentative de préserver les meilleurs éléments du processus contradictoire, qui met l'accent sur un contre-interrogatoire vigoureux, sans toutefois aller à l'encontre des exigences de la sécurité nationale » (p. 185). La procédure du CSARS montre que le recours à l'avocat spécial peut non seulement offrir une solution de rechange efficace à la participation éclairée, mais peut aussi contribuer à favoriser une véritable participation éclairée de l'intéressé. Étant donné que l'avocat spécial intervenait dans la détermination des renseignements à inclure dans le résumé, il faut supposer que la divulgation était plus complète qu'elle ne l'aurait été sans sa participation. Les renseignements sensibles touchant la sécurité nationale demeuraient protégés, mais le pouvoir exécutif devait justifier l'étendue de cette protection.

En 1988, le législateur a ajouté l'art. 40.1 à la *Loi sur l'immigration* pour autoriser le ministre et

Solicitor General to issue security certificates in respect of foreign nationals. Section 40.1 effectively bypassed the SIRC investigation process where foreign nationals were concerned, instead referring the certificate to a designated judge of the Federal Court for subsequent review. Security certificates in respect of permanent residents remained subject to SIRC scrutiny until 2002, when Parliament repealed the *Immigration Act* and replaced it with the *IRPA*.

Certain elements of SIRC process may be inappropriate to the context of terrorism. Where there is a risk of catastrophic acts of violence, it would be foolhardy to require a lengthy review process *before* a certificate could be issued. But it was not suggested before this Court that SIRC's special counsel system had not functioned well in connection with the review of certificates under the *Immigration Act*, nor was any explanation given for why, under the new system for vetting certificates and reviewing detentions, a special counsel process had not been retained.

The SIRC process is not the only example of the Canadian legal system striking a better balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of individuals. A current example is found in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("*CEA*"), which permits the government to object to the disclosure of information on grounds of public interest, in proceedings to which the Act applies: ss. 37 to 39. Under the recent amendments to the *CEA* set out in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, a participant in a proceeding who is required to disclose or expects to disclose potentially injurious or sensitive information, or who believes that such information might be disclosed, must notify the Attorney General about the potential disclosure, and the Attorney General may then apply to the Federal Court for an order prohibiting the disclosure of the information: ss. 38.01, 38.02, 38.04. The judge enjoys considerable discretion in deciding whether the information should be disclosed. If the judge concludes that disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national

le solliciteur général à délivrer des attestations de sécurité à l'égard des étrangers. Cet article permettait de contourner dans ce cas le processus d'enquête du CSARS et de renvoyer pour examen à un juge désigné de la Cour fédérale le certificat visant l'étranger. Les attestations de sécurité à l'égard des résidents permanents sont demeurées assujetties aux enquêtes du CSARS jusqu'en 2002, lorsque le législateur a abrogé la *Loi sur l'immigration* pour la remplacer par la *LIPR*.

76 Certains éléments du processus du CSARS peuvent être inadaptés au contexte du terrorisme. Devant un risque d'actes de violence catastrophiques, il serait téméraire d'exiger un long processus d'examen *avant* qu'un certificat soit délivré. Mais on n'a pas laissé entendre devant notre Cour que la procédure faisant appel à un avocat spécial du CSARS n'avait pas bien fonctionné pour l'examen des certificats sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, ni expliqué pourquoi le recours à un avocat spécial n'a pas été retenu dans le nouveau processus d'examen des certificats et de contrôle de la détention.

77 Dans le système juridique canadien, l'exemple du CSARS n'est pas le seul cas où un juste équilibre a été établi entre la protection des renseignements sensibles et les droits procéduraux individuels. On en trouve un autre exemple dans l'actuelle *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet au gouvernement, dans le cadre des procédures visées par la Loi, de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public : art. 37 à 39. Les modifications apportées récemment à la *LPC* par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, obligent tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer, prévoit divulguer ou s'attend à ce que soient divulgués des renseignements qu'il croit sensibles ou potentiellement préjudiciables à aviser le procureur général de la possibilité de divulgation. Ce dernier peut alors demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements : art. 38.01, 38.02 et 38.04. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si les renseignements devraient être divulgués. S'il conclut que la divulgation de

security, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may order the disclosure of all or part of the information, on such conditions as he or she sees fit. No similar residual discretion exists under the *IRPA*, which requires judges not to disclose information the disclosure of which would be injurious to national security or to the safety of any person. Moreover, the *CEA* makes no provision for the use of information that has not been disclosed. While the *CEA* does not address the same problems as the *IRPA*, and hence is of limited assistance here, it illustrates Parliament's concern under other legislation for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual.

78 Crown and defence counsel in the recent Air India trial (*R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350) were faced with the task of managing security and intelligence information and attempting to protect procedural fairness. The Crown was in possession of the fruits of a 17-year-long investigation into the terrorist bombing of a passenger aircraft and a related explosion in Narita, Japan. It withheld material on the basis of relevance, national security privilege and litigation privilege. Crown and defence counsel came to an agreement under which defence counsel obtained consents from their clients to conduct a preliminary review of the withheld material, on written undertakings not to disclose the material to anyone, including the client. Disclosure in a specific trial, to a select group of counsel on undertakings, may not provide a working model for general deportation legislation that must deal with a wide variety of counsel in a host of cases. Nevertheless, the procedures adopted in the Air India trial suggest that a search should be made for a less intrusive solution than the one found in the *IRPA*.

renseignements serait préjudiciable pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgation, le juge peut ordonner la divulgation de tout ou partie des renseignements aux conditions qu'il estime indiquées. La *LIPR* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable; elle commande aux juges de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. En outre, la *LPC* ne contient aucune disposition relative à l'utilisation des renseignements qui n'ont pas été divulgués. Bien que la *LPC* ne traite pas du même problème que la *LIPR* et, qu'en conséquence, elle ne soit que d'une utilité limitée en l'espèce, elle illustre le souci qu'a eu le législateur, dans une autre loi, d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus.

Dans le récent procès concernant Air India (*R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350), les avocats du ministère public et de la défense ont été appelés à gérer des renseignements de sécurité et à tenter de protéger l'équité procédurale. Le ministère public avait en main le fruit de 17 longues années d'enquête sur l'attentat terroriste perpétré contre un avion de passagers ainsi que sur une explosion liée à la même affaire survenue à Narita, au Japon. Il a retenu des renseignements en invoquant la pertinence, le privilège de la sécurité nationale et le privilège relatif au litige. Le ministère public et la défense ont convenu que les avocats de la défense obtiendraient le consentement de leurs clients pour procéder à un examen préliminaire des documents retenus après s'être engagés par écrit à ne pas en divulguer le contenu à qui que ce soit, y compris leurs clients. La divulgation dans le cadre d'un procès spécifique, à un groupe limité d'avocats sous réserve d'engagements, ne constitue peut-être pas une solution pratique dans le contexte d'une loi générale sur l'expulsion qui suppose l'intervention de nombreux avocats différents dans un très grand nombre de causes. Néanmoins, les procédures adoptées pour le procès concernant Air India indiquent qu'il faut chercher une solution moins attentatoire que celle retenue dans la *LIPR*.

The Arar Inquiry provides another example of the use of special counsel in Canada. The Commission had to examine confidential information related to the investigation of terrorism plots while preserving Mr. Arar's and the public's interest in disclosure. The Commission was governed by the *CEA*. To help assess claims for confidentiality, the Commissioner was assisted by independent security-cleared legal counsel with a background in security and intelligence, whose role was to act as *amicus curiae* on confidentiality applications. The scheme's aim was to ensure that only information that was rightly subject to national security confidentiality was kept from public view. There is no indication that these procedures increased the risk of disclosure of protected information.

La Commission Arar offre un autre exemple du recours à des avocats spéciaux au Canada. La Commission devait examiner des renseignements confidentiels concernant des enquêtes sur des complots terroristes tout en protégeant les intérêts de M. Arar et du public à ce que ces renseignements soient divulgués. La Commission était régie par la *LPC*. Pour l'aider à évaluer les allégations de confidentialité, le commissaire bénéficiait de l'assistance d'un conseiller juridique indépendant, ayant une habilitation de sécurité et de l'expérience en matière de renseignement et de sécurité, qui devait agir en qualité d'*amicus curiae* relativement aux demandes fondées sur la confidentialité. Ce processus visait à garantir que seuls les renseignements qui devaient à bon droit être gardés secrets pour des motifs de sécurité nationale soient soustraits à la connaissance du public. Rien n'indique que cette procédure ait accru le risque de divulgation de renseignements protégés. 79

Finally, I note the special advocate system employed by the Special Immigration Appeals Commission ("SIAC") in the United Kingdom. SIAC and the special advocate system were created in response to *Chahal v. United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1831, in which the European Court of Human Rights had held that the procedure then in place was inadequate. The court in *Chahal* commented favourably on the idea of security-cleared counsel instructed by the court, identifying it as being Canadian in origin (perhaps referring to the procedure developed by SIRC).

Enfin, soulignons l'existence du système de représentant spécial utilisé par la Special Immigration Appeals Commission (« SIAC ») au Royaume-Uni. Cette dernière et le système de représentant spécial ont été créés en réponse à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1831, selon laquelle la procédure en place à l'époque était inadéquate. Dans cette décision, la cour a émis des commentaires favorables au concept d'un avocat qui posséderait une habilitation de sécurité et recevrait ses instructions de la cour, précisant que ce concept était d'origine canadienne (faisant peut-être allusion à la procédure instaurée par le CSARS). 80

The U.K.'s special advocate system resembles the Canadian SIRC model. Section 6(1) of the *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68, states that the special advocate is appointed to "represent the interests of an appellant" in any proceedings before SIAC from which the appellant and his or her legal representatives are excluded. Section 6(4), however, specifies that the special advocate "shall not be responsible to the person whose interests he is appointed

Le système de représentant spécial du Royaume-Uni ressemble au modèle canadien utilisé par le CSARS. Le paragraphe 6(1) de la *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68, prévoit que le représentant spécial est nommé pour [TRADUCTION] « représenter les intérêts d'un appelant » dans toute procédure dont est saisie la SIAC et dont sont exclus l'appelant et son conseiller juridique. Par contre, le par. 6(4) précise que le représentant spécial [TRADUCTION] 81

to represent". Rule 35 of the *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, sets out the special advocate's three main functions: (1) to make submissions to the Commission at any hearings from which the appellant and the appellant's representatives are excluded; (2) to cross-examine witnesses at any such hearings; and (3) to make written submissions to the Commission. After seeing the protected information, the special advocate may not communicate with the appellant or the appellant's representative without authorization from the Commission: rule 36. If the special advocate requests such authorization, the Commission gives the Secretary of State an opportunity to object to the proposed communication before deciding whether to authorize it: rule 38.

82 The use of special advocates has received widespread support in Canadian academic commentary. Professor Roach, for example, criticizes the Court of Appeal's conclusion in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, that such a measure is not constitutionally required:

> In my view, this approach was in error because *in camera* and *ex parte* hearings offend basic notions of a fair hearing and special advocates constitute one example of an approach that is a more proportionate response to reconciling the need to keep some information secret and the need to ensure as much fairness and adversarial challenge as possible. [Emphasis added.]

(K. Roach, "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, at p. 120)

83 This said, the U.K.'s special advocate system has also been criticized for not going far enough. In April 2005, the House of Commons Constitutional Affairs Committee published a report on the operation of SIAC and the use of special advocates (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). The Committee listed three important disadvantages faced by special advocates: (1) once they have seen the confidential material, they

« n'est pas responsable envers la personne dont il est chargé de représenter les intérêts ». La règle 35 des *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, précise les trois principales fonctions du représentant spécial : (1) présenter des observations à la Commission à toutes les audiences dont l'appelant et son représentant sont exclus; (2) contre-interroger les témoins durant ces audiences; et (3) présenter des observations écrites à la Commission. Selon la règle 36, le représentant spécial ne peut communiquer ni avec l'appelant ni avec son représentant après avoir pris connaissance des renseignements protégés, sauf avec l'autorisation de la Commission. Si le représentant spécial demande une telle autorisation, la Commission accorde au secrétaire d'État l'occasion de s'opposer à la communication avant de décider s'il y a lieu de l'autoriser : règle 38.

Le recours aux représentants spéciaux bénéficie d'un large appui dans la doctrine canadienne. Le professeur Roach, par exemple, critique la conclusion de la Cour d'appel dans *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, selon laquelle une telle mesure n'est pas requise par la Constitution :

> [TRADUCTION] À mon avis, ce raisonnement était erroné parce que la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* heurtent la notion fondamentale d'audition équitable et que les représentants spéciaux constituent un exemple de réponse plus proportionnée au besoin de concilier la nécessité de garder certains renseignements secrets et celle de garantir le plus possible l'équité du processus et sa nature contradictoire. [Je souligne.]

(K. Roach, « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, p. 120)

Cela dit, on a aussi reproché au système de représentant spécial du Royaume-Uni de ne pas aller assez loin. Le Comité sur les affaires constitutionnelles de la Chambre des communes a publié, en avril 2005, un rapport sur le fonctionnement de la SIAC et sur le recours aux représentants spéciaux (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). Le Comité a énuméré trois désavantages importants avec lesquels les représentants

cannot, subject to narrow exceptions, take instructions from the appellant or the appellant's counsel; (2) they lack the resources of an ordinary legal team, for the purpose of conducting in secret a full defence; and (3) they have no power to call witnesses (para. 52).

spéciaux doivent composer : (1) après avoir pris connaissance des renseignements secrets, ils ne peuvent plus, sous réserve de rares exceptions, recevoir d'instructions de l'appelant ou de son avocat; (2) pour les aider à assurer une défense pleine et entière en secret, ils ne disposent pas d'une équipe de juristes comme c'est le cas habituellement; (3) ils ne sont pas habilités à assigner des témoins (par. 52).

Despite these difficulties, SIAC itself has commented favourably on the assistance provided by special advocates, stating that as a result of the "rigorous cross-examination" of the government's evidence by the special advocate, it was satisfied that the government's assertions were unsupported by the evidence (*M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004, at para. 10). The England and Wales Court of Appeal upheld SIAC's decision: [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324. 84

En dépit de ces difficultés, la SIAC elle-même a fait des commentaires favorables sur l'aide fournie par les représentants spéciaux, affirmant qu'en raison du [TRADUCTION] « contre-interrogatoire rigoureux » des témoins du gouvernement par le représentant spécial, elle était convaincue que les allégations du gouvernement n'étaient pas étayées par la preuve (*M. c. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004, par. 10). La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a confirmé la décision de la SIAC : [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

(b) *The IRPA Scheme Does Not Minimally Impair the Named Person's Rights*

b) *Le régime établi par la LIPR ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée*

Parliament is not required to use the *perfect*, or least restrictive, alternative to achieve its objective: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. However, bearing in mind the deference that is owed to Parliament in its legislative choices, the alternatives discussed demonstrate that the *IRPA* does not minimally impair the named person's rights. 85

Pour atteindre son objectif, le législateur n'est pas tenu d'utiliser la solution *parfaite*, ou celle qui soit la moins attentatoire : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Cependant, tout en gardant à l'esprit le respect dû aux choix législatifs du Parlement, j'estime que les solutions mentionnées démontrent que la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée.

Under the *IRPA*, the government effectively decides what can be disclosed to the named person. Not only is the named person not shown the information and not permitted to participate in proceedings involving it, but no one but the judge may look at the information with a view to protecting the named person's interests. Why the drafters of the legislation did not provide for special counsel to objectively review the material with a view to protecting the named person's interest, as was formerly done for the review of security certificates by 86

Sous le régime de la *LIPR*, le gouvernement détermine en fait ce qui peut être divulgué à la personne désignée. Non seulement cette dernière n'a pas accès aux renseignements et n'est pas autorisée à participer à la procédure qui la concerne, mais seul le juge peut prendre connaissance des renseignements pour protéger les intérêts de la personne désignée. Rien n'explique pourquoi les rédacteurs de la loi n'ont pas prévu qu'un avocat spécial examine objectivement les documents pour protéger les intérêts de la personne désignée, comme cela

SIRC and is presently done in the United Kingdom, has not been explained. The special counsel system may not be perfect from the named person's perspective, given that special counsel cannot reveal confidential material. But, without compromising security, it better protects the named person's s. 7 interests.

87 I conclude that the *IRPA*'s procedures for determining whether a certificate is reasonable and for detention review cannot be justified as minimal impairments of the individual's right to a judicial determination on the facts and the law and right to know and meet the case. Mechanisms developed in Canada and abroad illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. Precisely what more should be done is a matter for Parliament to decide. But it is clear that more must be done to meet the requirements of a free and democratic society.

B. *Does the Detention of Permanent Residents or Foreign Nationals Under the IRPA Infringe Sections 7, 9, 10(c) or 12 of the Charter, and if so, Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Time Constraints on Review for Foreign Nationals: Breach of Section 9 or Section 10(*c*)?

88 Section 9 of the *Charter* guarantees freedom from arbitrary detention. This guarantee expresses one of the most fundamental norms of the rule of law. The state may not detain arbitrarily, but only in accordance with the law. The appellant Mr. Almrei argues that detention under the *IRPA* is arbitrary with respect to foreign nationals, first because it permits their detention without warrant and without regard to their personal circumstances, and second because it prevents review until 120 days

se faisait pour l'examen des attestations de sécurité par le CSARS et comme cela se fait présentement au Royaume-Uni. Du point de vue de la personne désignée, le recours à un avocat spécial n'est peut-être pas parfait puisque celui-ci ne peut communiquer l'information confidentielle. En revanche, un tel système protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'art. 7 et ce, sans compromettre la sécurité.

Je conclus que les procédures d'examen du caractère raisonnable des certificats et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* ne peuvent se justifier parce qu'elles ne portent pas le moins possible atteinte au droit d'une personne à une décision judiciaire fondée sur les faits et sur le droit, et à son droit de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. Des mécanismes conçus au Canada et à l'étranger démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. C'est au législateur qu'il appartient de déterminer précisément quels correctifs doivent être apportés, mais il est évident qu'il doit faire davantage pour satisfaire aux exigences d'une société libre et démocratique.

B. *La détention de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la LIPR contrevient-elle aux art. 7, 9, 10c) ou 12 de la Charte? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la Charte?*

1. Les délais qui précèdent le contrôle de la détention des étrangers violent-ils l'art. 9 ou l'al. 10*c*)?

L'article 9 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre la détention arbitraire. Cette garantie exprime une des normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L'État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu'en conformité avec le droit. M. Almrei soutient que la détention autorisée par la *LIPR* est arbitraire à l'égard des étrangers parce que, premièrement, elle permet leur détention sans mandat et sans égard à leur situation personnelle

after the certificate is confirmed. In both respects, foreign nationals are treated differently than permanent residents.

I would reject Mr. Almrei's argument that automatic detention of foreign nationals is arbitrary because it is effected without regard to the personal circumstances of the detainee. Detention is not arbitrary where there are "standards that are rationally related to the purpose of the power of detention": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 46-5. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and therefore provides a rational foundation for the detention. *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, in which this Court struck down a provision of the *Criminal Code* requiring that an accused acquitted of an offence on the basis of an insanity defence be detained automatically without a hearing, is distinguishable. The Court held that it was arbitrary to require the detention of persons acquitted by reason of mental disorder without the application of any standard whatsoever, because "[n]ot all of these individuals will be dangerous": at p. 1013, *per* Lamer C.J. But in the national security context, the signature of a certificate under s. 77 of the *IRPA* on the ground of security is necessarily related to the dangerousness of the individual. While not all the other grounds for the issuance of a certificate under s. 77(1) are conclusive of the danger posed by the named person, danger is not the only constitutional basis upon which an individual can be detained, and arbitrariness of detention under the other grounds was not argued.

This leaves Mr. Almrei's argument that the *IRPA* imposes arbitrary detention because it prevents review of the detention of foreign nationals until 120 days after the certificate is confirmed.

et, deuxièmement, elle interdit le contrôle de la détention pendant 120 jours après la confirmation du certificat. À ces deux égards, les étrangers sont traités différemment des résidents permanents.

89 Je rejetterais l'argument de M. Almrei selon lequel la détention automatique des étrangers est arbitraire parce qu'elle s'applique sans qu'il soit tenu compte de la situation personnelle du détenu. La détention n'est pas arbitraire quand elle se fonde sur des [TRADUCTION] « critères qui ont un lien rationnel avec l'objectif visé par l'attribution du pouvoir de détention » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 46-5. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature du certificat attestant que ce dernier est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Il faut établir une distinction avec l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, qui a annulé les dispositions du *Code criminel* prévoyant la détention automatique, sans audition, d'un accusé acquitté pour cause d'aliénation mentale. Dans cette affaire, la Cour a statué que la détention obligatoire des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, sans l'application de quelque norme que ce soit, était arbitraire parce que « ces personnes ne sont pas toutes dangereuses » : p. 1013, le juge en chef Lamer. Or, dans le contexte de la sécurité nationale, la signature d'un certificat pour raison de sécurité en vertu de l'art. 77 de la *LIPR* a nécessairement un lien avec le caractère dangereux de l'individu. Bien que tous les autres motifs de délivrance d'un certificat prévus au par. 77(1) ne soient pas probants quant au danger que pose la personne désignée, le danger n'est pas le seul motif valable du point de vue constitutionnel pour lequel une personne peut être détenue et le caractère arbitraire de la détention pour ces autres motifs n'a pas été plaidé.

90 Il reste donc à examiner l'argument de M. Almrei selon lequel la *LIPR* inflige une détention arbitraire parce qu'elle interdit tout contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant

Whether through *habeas corpus* or statutory mechanisms, foreign nationals, like others, have a right to prompt review to ensure that their detention complies with the law. This principle is affirmed in s. 10(*c*) of the *Charter*. It is also recognized internationally: see *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); art. 5 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 ("*European Convention on Human Rights*"); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X, p. 229. While the government accepts this principle, it argues that the 120-day period in s. 84(2) is sufficiently prompt, relying, as did the courts below, on the fact that foreign nationals can apply for release and depart from Canada at any time.

91 The lack of review for foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially determined violates the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, a guarantee which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(*c*) of the *Charter*. Permanent residents named in certificates are entitled to an automatic review within 48 hours. The same time frame for review of detention applies to both permanent residents and foreign nationals under s. 57 of the *IRPA*. And under the *Criminal Code*, a person who is arrested with or without a warrant is to be brought before a judge within 24 hours, or as soon as possible: s. 503(1). These provisions indicate the seriousness with which the deprivation of liberty is viewed, and offer guidance as to acceptable delays before this deprivation is reviewed.

92 The government submits that the detention provisions, and more specifically the absence of review for foreign nationals until 120 days after the certificate has been determined to be reasonable, reflect its objective of creating a timely removal process for individuals thought to constitute a danger to national security, and asserts that

la confirmation du certificat. Les étrangers ont, au même titre que les autres, le droit de faire contrôler la légalité de leur détention, que ce soit par *habeas corpus* ou par un mécanisme d'origine législative. Ce principe est consacré à l'al. 10*c*) de la *Charte*. Il est aussi reconnu à l'échelle internationale : voir *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); l'art. 5 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (« *Convention européenne des droits de l'homme* »); *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X, p. 289. Bien que le gouvernement souscrive à ce principe, il fait valoir que la période de 120 jours prévue au par. 84(2) permet un examen suffisamment rapide, se fondant à cet égard, comme les juridictions inférieures, sur le fait que les étrangers peuvent à tout moment demander leur libération pour quitter le Canada.

L'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, une garantie qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention énoncé à l'al. 10*c*) de la *Charte*. Les résidents permanents désignés dans un certificat ont droit à un contrôle automatique dans les 48 heures. L'article 57 de la *LIPR* fixe le même délai pour le contrôle de la détention des étrangers et des résidents permanents. De plus, le *Code criminel* exige qu'une personne mise en état d'arrestation avec ou sans mandat comparaisse devant un juge dans un délai de 24 heures ou le plus tôt possible : art. 503(1). Ces dispositions révèlent à quel point la privation de liberté est considérée comme grave et peuvent servir de guide quant aux délais acceptables pour le contrôle de cette privation.

Le gouvernement soutient que les dispositions relatives à la détention, et plus précisément l'absence de contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du caractère raisonnable du certificat, reflètent son objectif de créer un processus de renvoi rapide des personnes dont on croit qu'elles constituent un danger pour

when the provisions were drafted, it was thought that the removal process would be so fast that there would be no need for review. This is more an admission of the excessiveness of the 120-day period than a justification.

It is clear that there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained. Confronted with a terrorist threat, state officials may need to act immediately, in the absence of a fully documented case. It may take some time to verify and document the threat. Where state officials act expeditiously, the failure to meet an arbitrary target of a fixed number of hours should not mean the automatic release of the person, who may well be dangerous. However, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. Permanent residents who pose a danger to national security are also meant to be removed expeditiously. If this objective can be pursued while providing permanent residents with a mandatory detention review within 48 hours, then how can a denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed be considered a minimal impairment?

I conclude that the lack of timely review of the detention of foreign nationals violates s. 9 and s. 10(*c*) and cannot be saved by s. 1.

2. Do Extended Periods of Detention Under the Scheme Violate Section 7 or the Section 12 Guarantee Against Cruel and Unusual Treatment?

The question at this point is whether the extended detention that may occur under the *IRPA* violates the guarantee against cruel and unusual treatment under s. 12 of the *Charter*. The threshold for breach of s. 12 is high. As stated by Lamer J. in *Smith*, treatment or punishment is cruel and unusual if

la sécurité nationale. Il ajoute qu'au moment de rédiger les dispositions pertinentes, le législateur croyait que le processus de renvoi serait à ce point rapide qu'aucun contrôle ne serait nécessaire. Par cette affirmation, le gouvernement admet le caractère excessif de la période de 120 jours plus qu'il ne la justifie.

93 Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme. Devant une menace terroriste, les autorités peuvent devoir agir sur-le-champ, même si leur dossier n'est pas assez bien documenté. Il faut parfois un certain temps pour vérifier et documenter la menace. Si les autorités agissent rapidement, le fait qu'elles ne réussissent pas à respecter un délai arbitraire représentant un nombre précis d'heures ne devrait pas entraîner la remise en liberté automatique d'une personne qui peut fort bien être dangereuse. Toutefois, cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. Les résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale sont eux aussi censés être renvoyés promptement. S'il est possible d'atteindre cet objectif tout en accordant aux résidents permanents le contrôle automatique de leur détention dans les 48 heures, comment le refus de permettre le contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du certificat peut-il être considéré comme une atteinte minimale?

94 Je conclus que l'impossibilité pour les étrangers de faire contrôler leur détention promptement enfreint l'art. 9 et l'al. 10*c*) et ne peut être validée par l'article premier de la *Charte*.

2. La détention prolongée permise par le régime viole-t-elle l'art. 7 ou le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12?

95 À ce stade, il s'agit de savoir si la détention prolongée possible sous le régime de la *LIPR* viole le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12 de la *Charte*. Le seuil de violation de l'art. 12 est élevé. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans *Smith*, pour être cruels ou inusités,

it is "so excessive as to outrage [our] standards of decency": *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1067; also *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84, at para. 4.

96 The s. 12 issue of cruel and unusual treatment is intertwined with s. 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty. It is not the detention itself, or even its length, that is objectionable. Detention itself is never pleasant, but it is only cruel and unusual in the legal sense if it violates accepted norms of treatment. Denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrarily indefinite and support the argument that it is cruel or unusual. (The same may be true of onerous conditions of release that seriously restrict a person's liberty without affording an opportunity to challenge the restrictions.) Conversely, a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual: see *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.), *per* Rothstein J. (as he then was).

97 Mr. Almrei's first submission is that "the combination of the legislative scheme and the conditions of detention . . . [transforms] the Appellant's detention into one that is cruel and unusual". I would reject this submission. This Court has not, in its past decisions, recognized s. 12 as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime.

98 More narrowly, however, it has been recognized that indefinite detention in circumstances where the detainee has no hope of release or recourse to a legal process to procure his or her release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment: Eur. Court H.R.,

le traitement ou la peine doivent être « excessi[fs] au point de ne pas être compatible[s] avec la dignité humaine » : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1067; voir aussi *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84, par. 4.

La question de la peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l'art. 7, puisque le caractère indéterminé de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté. Ce n'est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable. Il est vrai que la détention en soi n'est jamais agréable, mais elle n'est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux normes de traitement reconnues. L'absence des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut en faire une détention d'une durée indéterminée arbitraire et servir à étayer l'argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. (Cela pourrait aussi valoir pour des conditions de libération sévères, qui restreignent sérieusement la liberté d'une personne sans qu'elle ait la possibilité de contester ces restrictions.) Inversement, un système permettant à un détenu de contester sa détention et d'être libéré s'il y a lieu, peut mener à la conclusion que la détention n'est ni cruelle ni inusitée : voir *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1re inst.), le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour).

M. Almrei soutient tout d'abord que [TRADUCTION] « combinés, le régime législatif et les conditions de détention [. . .] font que la détention de l'appelant est cruelle et inusitée ». Je suis d'avis de rejeter cette allégation. La jurisprudence de la Cour ne reconnaît pas l'art. 12 comme mécanisme servant à contester globalement le caractère équitable d'un régime législatif particulier.

On reconnaît cependant, de façon plus restrictive, que la détention d'une durée indéterminée dans des circonstances où le détenu n'a aucun espoir d'être libéré ni aucune voie de droit pour obtenir une remise en liberté peut lui causer un stress psychologique et constituer un traitement

Soering case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161, at para. 111; compare *Lyons*, at pp. 339-41. However, for the reasons that follow, I conclude that the *IRPA* does not impose cruel and unusual treatment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because, although detentions may be lengthy, the *IRPA*, properly interpreted, provides a process for reviewing detention and obtaining release and for reviewing and amending conditions of release, where appropriate.

On its face, the *IRPA* permits detention pending deportation on security grounds. In reality, however, a release from detention may be difficult to obtain. The Federal Court suggested that Mr. Almrei "holds the key to his release": *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 327, 2004 FC 420, at para. 138. But voluntary departure may be impossible. A person named in a certificate of inadmissibility may have nowhere to go. Other countries may assume such a person to be a terrorist and are likely to refuse entry, or the person may fear torture on his or her return. Deportation may fail for the same reasons, despite the observation that "[i]n our jurisdiction, at this moment, deportation to torture remains a possibility" in exceptional circumstances: *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 127. The only realistic option may be judicial release.

In the case of a permanent resident, detention is continued if the judge is satisfied that the person "continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal": s. 83(3). The ministers bear the initial burden of establishing that these criteria are met: *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882, at para. 36. In the case of a foreign national, release may be granted if the judge is "satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any

cruel et inusité : Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161, par. 111; comparer à *Lyons*, p. 339-341. Cependant, pour les motifs qui suivent, je conclus que la *LIPR* n'inflige pas un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12 de la *Charte* parce que, même si les périodes de détention peuvent être longues, lorsqu'on l'interprète correctement, la *LIPR* établit un processus permettant de faire contrôler la détention et d'obtenir une remise en liberté, ainsi que de faire contrôler et modifier les conditions de libération, s'il y a lieu.

99 À première vue, la *LIPR* permet la détention en attente de l'expulsion pour raison de sécurité. En réalité, cependant, il peut être difficile d'obtenir une remise en liberté. La Cour fédérale a laissé entendre que M. Almrei « tient la clé de sa mise en liberté » : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327, 2004 CF 420, par. 138. Or, il se peut qu'un départ volontaire soit impossible. La personne désignée dans un certificat d'interdiction de territoire n'a peut-être nulle part où aller. Les autres pays pourraient tenir pour acquis qu'une telle personne est un terroriste et lui refuseront probablement l'accès à leur territoire. L'intéressé pourrait aussi craindre d'être torturé à son retour dans son pays. L'expulsion pourrait échouer pour les même raisons, en dépit de l'observation selon laquelle « [d]ans notre pays, à l'heure actuelle, le renvoi vers un pays qui pratique la torture demeure possible » dans des circonstances exceptionnelles : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 127. La seule solution réaliste pourrait bien être la mise en liberté par voie judiciaire.

100 Un résident permanent est maintenu en détention si le juge est convaincu « qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi » : par. 83(3). Le fardeau initial d'établir ces faits incombe aux ministres : *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882, par. 36. Dans le cas d'un étranger, la mise en liberté peut être accordée « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui » : par. 84(2). Contrairement au par.

person": s. 84(2). Unlike s. 83(3), s. 84(2) places the onus on the detainee: see *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (F.C.A.).

101 Courts thus far have understood these provisions to set a high standard for release. In interpreting the predecessor to s. 84(2) under the *Immigration Act*, the Federal Court of Appeal held that judicial release "cannot be an automatic or easy thing to achieve", and that it "is not to be routinely obtained": *Ahani*, at para. 13. At the same time, courts have read the provision as allowing the judge to inquire whether terms and conditions could make the release safe. This is an invitation that Federal Court judges have rightly accepted: *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628, at para. 82; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645, at paras. 419-26. Likewise, when reviewing the detention of a permanent resident under s. 83(3), judges have examined the context that would surround release in order to determine whether the person would pose a security risk: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at paras. 71-73.

102 The cases at bar illustrate the difficulty that may be encountered in seeking release from a detention imposed under the *IRPA*. At the time of writing, Mr. Almrei, a foreign national, has been detained for over five years. He cannot be deported until the Minister issues an opinion that he constitutes a danger to the public. But two "danger opinions" have already been quashed by the Federal Court, the last one in March 2005. The Minister has yet to issue a new one. In dismissing Mr. Almrei's application for judicial release, Layden-Stevenson J. held that Mr. Almrei had established that his removal was not imminent, was not a "done deal" and would not occur within a reasonable time (para. 272). However, she held that she was compelled to keep him in detention because she found that his release would pose a danger to national security under s. 84(2): *Almrei*, 2005 FC 1645. Mr. Almrei

83(3), le par. 84(2) impose le fardeau de la preuve au détenu : voir *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. nº 1114 (QL) (C.A.).

Jusqu'à présent, les tribunaux ont jugé que ces dispositions fixent une norme élevée pour accorder la libération. Appelée à interpréter la disposition de la *Loi sur l'immigration* aujourd'hui remplacée par le par. 84(2), la Cour d'appel fédérale a statué que la mise en liberté judiciaire « ne peut être automatique ou facile à obtenir » et qu'elle « ne sera pas accordée automatiquement » : *Ahani*, par. 13. Parallèlement, les tribunaux ont jugé que cette disposition autorise le juge à se demander si la mise en liberté pourrait être sécuritaire si elle était assortie de conditions. Il s'agit d'une invitation à laquelle les juges de la Cour fédérale ont répondu à bon droit : *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628, par. 82; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. nº 1994 (QL), 2005 CF 1645, par. 419-426. De même, lors du contrôle de la détention d'un résident permanent en application du par. 83(3), les juges ont tenu compte du contexte dans lequel se déroulerait la mise en liberté pour déterminer si la personne constituerait un danger pour la sécurité : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 71-73.

Les présents pourvois illustrent à quel point il peut être difficile d'obtenir une remise en liberté sous le régime de la *LIPR*. Au moment de rédiger les présents motifs, M. Almrei, un étranger, est détenu depuis plus de cinq ans. Il ne peut être expulsé tant que le ministre n'a pas émis un avis selon lequel il constitue un danger pour le public. Or, deux « avis de danger » ont déjà été annulés par la Cour fédérale, le dernier, en mars 2005. Le ministre n'a toujours pas délivré de nouvel avis. En rejetant la demande de mise en liberté judiciaire présentée par M. Almrei, la juge Layden-Stevenson a conclu que ce dernier avait établi que son renvoi n'était pas imminent, qu'il n'était pas un « fait accompli » et qu'il ne surviendrait pas dans un délai raisonnable (par. 272). Elle a néanmoins affirmé être tenue de le maintenir en détention parce qu'elle estimait que sa mise en liberté constituerait un danger pour la

argues that as far as he is concerned, his detention is indefinite.

Mr. Harkat has been released from detention, but remains under house arrest and continuous surveillance by the Canada Border Services Agency ("CBSA") and the RCMP by virtue of an order by Dawson J. He must at all times wear an electronic monitoring device and obtain the CBSA's permission before leaving his house. He must at all times be under the supervision of either his wife or his mother-in-law. Access to his residence is restricted to individuals who have posted sureties and to Mr. Harkat's legal counsel, as well as to emergency, fire, police and health care professionals. The CBSA is permitted to intercept all telephone and oral communications between Mr. Harkat and any third party. Mr. Harkat is forbidden to use any cellular phone or any computer with Internet connectivity. Breach of any of the numerous conditions in Dawson J.'s order would lead to automatic rearrest; however, these conditions are subject to ongoing review and amendment. The government is attempting to deport him to Algeria; whether this is possible may depend on the outcome of legal processes that are still pending.

Mr. Charkaoui has been released from detention under conditions that are somewhat less onerous: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. These conditions have a serious impact on his liberty, and he remains in jeopardy of being rearrested for a breach of his conditions. But the conditions are subject to ongoing review and have been amended several times subsequent to his release. More legal avenues remain to be explored. Whether the government will seek to deport Mr. Charkaoui or detain him anew may depend on the outcome of his application for protection and the determination of the reasonableness of his certificate.

It is thus clear that while the *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, it may in fact permit lengthy and indeterminate detention

sécurité nationale au sens du par. 84(2) : *Almrei*, 2005 CF 1645. M. Almrei se dit détenu pour une période indéterminée.

103 M. Harkat a été mis en liberté, mais il reste en détention à domicile et sous la surveillance constante de l'Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») et de la GRC, conformément à une ordonnance rendue par la juge Dawson. Il doit porter en tout temps un bracelet de télésurveillance et ne peut quitter sa résidence sans la permission de l'ASFC. Il doit en tout temps rester sous la surveillance de son épouse ou de sa belle-mère. Seules les personnes qui ont déposé un cautionnement, l'avocat de M. Harkat, et les services d'urgence, soit les pompiers, les policiers et les professionnels de la santé, ont accès à sa résidence. L'ASFC est autorisée à intercepter toutes les communications téléphoniques ou verbales entre M. Harkat et un tiers. M. Harkat s'est vu interdire l'utilisation d'un téléphone cellulaire et d'un ordinateur avec accès à Internet. Tout manquement à l'une des nombreuses conditions de l'ordonnance de la juge Dawson entraînerait automatiquement son arrestation; ces conditions peuvent toutefois être révisées et modifiées en tout temps. Le gouvernement tente de l'expulser en Algérie; le succès de cette démarche pourrait dépendre de l'issue de procédures juridiques actuellement en cours.

104 M. Charkaoui a été mis en liberté sous des conditions un peu moins exigeantes : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Celles-ci ont de graves conséquences sur sa liberté et il risque toujours d'être remis en état d'arrestation en cas de manquement à l'une de ces conditions. Celles-ci peuvent toutefois être révisées de façon continue et ont été modifiées à plusieurs reprises après sa mise en liberté. Il reste des avenues juridiques à explorer. La décision du gouvernement de tenter d'expulser M. Charkaoui ou de le remettre en détention pourrait dépendre de l'issue de sa demande de protection et de la décision sur le caractère raisonnable du certificat délivré à son égard.

105 Il est donc clair que la *LIPR*, qui n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, peut en fait permettre une détention prolongée ou

or lengthy periods subject to onerous release conditions. The next question is whether this violates s. 7 or s. 12 based on the applicable legal principles.

106 This Court has previously considered the possibility of indefinite detention in the criminal context. In *Lyons*, a majority of the Court held that "dangerous offender" legislation allowing for indefinite detention did not constitute cruel and unusual treatment or punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because the statutory scheme includes a parole process that "ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require" (p. 341, *per* La Forest J.). It is true that a judge can impose the dangerous offender designation only on a person who has been convicted of a serious personal injury offence; this Court indicated that a sentence of indeterminate detention, applied with respect to a future crime or a crime that had already been punished, would violate s. 7 of the *Charter* (pp. 327-28, *per* La Forest J.). But the use in criminal law of indeterminate detention as a tool of sentencing — serving both a punitive and a preventive function — does not establish the constitutionality of preventive detention measures in the immigration context.

107 The principles underlying *Lyons* must be adapted in the case at bar to the immigration context, which requires a period of time for review of the named person's right to remain in Canada. Drawing on them, I conclude that the s. 7 principles of fundamental justice and the s. 12 guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. Such persons must have meaningful opportunities to challenge their continued detention or the conditions of their release.

pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. La question suivante est de savoir si, suivant les principes de droit applicables, cela va à l'encontre des art. 7 ou 12.

La Cour a déjà examiné la possibilité d'une détention d'une durée indéterminée dans le contexte du droit criminel. Dans *Lyons*, la Cour a conclu à la majorité que la législation relative aux « délinquants dangereux » autorisant une détention d'une durée indéterminée ne constituait pas un traitement ou une peine cruels ou inusités au sens de l'art. 12 de la *Charte* parce que ce régime législatif établit un processus de libération conditionnelle qui « est le gage d'une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances » (p. 341, le juge La Forest). Il est vrai qu'un juge ne peut déclarer délinquant dangereux qu'une personne qui a été reconnue coupable d'une infraction qui constitue un sévice grave à la personne; la Cour a précisé qu'une peine d'une durée indéterminée infligée pour un crime qu'une personne n'a pas encore commis ou pour lequel elle a déjà été punie contreviendrait à l'art. 7 de la *Charte* (p. 327-328, le juge La Forest). Mais le recours à la détention d'une durée indéterminée comme outil de détermination de la peine en droit criminel — à des fins à la fois punitives et préventives — ne démontre pas la validité constitutionnelle de la détention préventive dans le contexte de l'immigration.

Les principes sur lesquels repose l'arrêt *Lyons* doivent en l'espèce être adaptés au contexte de l'immigration, qui exige un délai pour l'examen du droit d'une personne désignée de rester au Canada. Ces principes m'amènent à conclure que la justice fondamentale visée à l'art. 7 et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités garanti par l'art. 12 exigent que la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, soient assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Cette personne doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté.

The type of process required has been explored in cases involving analogous situations. In *Sahin*, Rothstein J. had occasion to examine a situation of ongoing detention (for reasons unrelated to national security) under the *Immigration Act*. He concluded that "what amounts to an indefinite detention for a lengthy period of time may, in an appropriate case, constitute a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice" (p. 229) and held that ongoing detention under the *Immigration Act* could be constitutional if it resulted from the weighing of a number of factors (at pp. 231-32):

The following list, which, of course, is not exhaustive of all considerations, seems to me to at least address the more obvious [considerations]. Needless to say, the considerations relevant to a specific case, and the weight to be placed upon them, will depend upon the circumstances of the case.

(1) Reasons for the detention, i.e. is the applicant considered a danger to the public or is there a concern that he would not appear for removal. I would think that there is a stronger case for continuing a long detention when an individual is considered a danger to the public.

(2) Length of time in detention and length of time detention will likely continue. If an individual has been held in detention for some time as in the case at bar, and a further lengthy detention is anticipated, or if future detention time cannot be ascertained, I would think that these facts would tend to favour release.

(3) Has the applicant or the respondent caused any delay or has either not been as diligent as reasonably possible. Unexplained delay and even unexplained lack of diligence should count against the offending party.

(4) The availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention such as outright release, bail bond, periodic reporting, confinement to a particular location or geographic area, the requirement to report changes of address or telephone numbers, detention in a form that could be less restrictive to the individual, etc.

A consideration that I think deserves significant weight is the amount of time that is anticipated until

Dans des causes portant sur des situations analogues, les tribunaux se sont prononcés sur le type de processus qui devrait être établi. Dans *Sahin*, le juge Rothstein a eu l'occasion d'examiner un cas de détention continue (fondée sur des motifs qui n'étaient pas reliés à la sécurité nationale) infligée sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. Il a conclu qu'une « détention indéterminée pendant une longue période peut, dans certains cas, constituer une privation de liberté qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale » (p. 229) et il a jugé qu'une détention continue infligée sous le régime de la *Loi sur l'immigration* pouvait être conforme à la Constitution si elle faisait suite à l'appréciation de plusieurs facteurs (p. 231-232) : 108

La liste suivante, qui n'est bien entendu pas exhaustive, réunit au moins les facteurs les plus évidents, il me semble. Il est inutile de rappeler que les facteurs applicables à un cas d'espèce et leur importance relative dépendent des faits de la cause.

(1) Les motifs de détention, savoir si le requérant peut constituer une menace pour la sécurité publique ou peut se dérober à la mesure de renvoi. À mon avis, une longue détention est d'autant justifiable que l'intéressé est considéré comme une menace pour la sécurité publique.

(2) La durée de la détention et le temps pendant lequel la détention sera vraisemblablement prolongée. Si l'individu a été déjà détenu pendant un certain temps comme en l'espèce et s'il est prévu que la détention sera prolongée pour une longue période ou si on ne peut en prévoir la durée, je dirais que ces facteurs favorisent la mise en liberté.

(3) Le requérant ou l'intimé a-t-il causé un retard ou ne s'est-il pas montré aussi diligent qu'il est raisonnablement possible de l'être? Les retards inexpliqués ou même le manque inexpliqué de diligence doivent compter contre la partie qui en est responsable.

(4) La disponibilité, l'efficacité et l'opportunité d'autres solutions que la détention, telles que la mise en liberté, la liberté sous caution, la comparution au contrôle périodique, la résidence surveillée dans un lieu ou une localité, l'obligation de signaler les changements d'adresse ou de numéro de téléphone, la détention sous une forme moins restrictive de liberté, etc.

Un facteur qui doit peser lourd dans la balance est le temps qui se passera avant que l'on décide de façon

a final decision, determining, one way or the other, whether the applicant may remain in Canada or must leave.

109 Factors regarding release are considered in another part of the *IRPA* and the accompanying *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 ("*IRP Regulations*"). When a non-citizen not named in a certificate is detained because he or she is inadmissible and also is a danger to the public or is unlikely to appear for examination, the non-citizen is entitled to detention reviews before the Immigration and Refugee Board: *IRPA*, ss. 55 to 57. In determining whether the non-citizen should be held or released, the Board must take into account "prescribed factors": (a) the reason for detention; (b) the length of time in detention; (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time; (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department or the person concerned; and (e) the existence of alternatives to detention (s. 58 *IRPA* and r. 248 *IRP Regulations*).

110 I conclude that extended periods of detention under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review of detention, taking into account all relevant factors, including the following:

(a) *Reasons for Detention*

111 The criteria for signing a certificate are "security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality" (s. 77). Detention pursuant to a certificate is justified on the basis of a continuing threat to national security or to the safety of any person. While the criteria for release under s. 83 of the *IRPA* also include the likelihood that a person will appear at a proceeding or for removal, a threat to national security or to the safety of a person is a more important factor for the purpose of justifying continued detention.

définitive si le requérant peut rester au Canada ou doit s'en aller.

Une autre partie de la *LIPR* et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (« *Règlement IPR* »), traitent aussi des facteurs applicables à la mise en liberté. Le non-citoyen qui n'est pas désigné dans un certificat et qui est détenu parce qu'il est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, a droit au contrôle de sa détention par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié : *LIPR*, art. 55 à 57. Pour déterminer si un non-citoyen devrait être détenu ou mis en liberté, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié doit prendre en compte des « critères réglementaires » : a) le motif de la détention; b) la durée de la détention; c) l'existence d'éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention et, dans l'affirmative, cette période de temps; d) les retards inexpliqués ou le manque inexpliqué de diligence de la part du ministère ou de l'intéressé; e) l'existence de solutions de rechange à la détention (*LIPR*, art. 58, et *Règlement IPR*, art. 248).

Je conclus que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte*, lorsqu'elles sont assorties d'un processus qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction des considérations suivantes :

a) *Les motifs de la détention*

Les ministres peuvent signer un certificat « pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée » (art. 77). La détention consécutive au dépôt d'un certificat est justifiée en raison d'un danger constant pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. Bien que les critères de la mise en liberté prévus à l'art. 83 de la *LIPR* incluent aussi la probabilité que l'intéressé se soustraira à la procédure ou au renvoi, un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui constitue

The more serious the threat, the greater will be the justification for detention.

(b) *Length of Detention*

The length of the detention to date is an important factor, both from the perspective of the individual and from the perspective of national security. The longer the period, the less likely that an individual will remain a threat to security: "The imminence of danger may decline with the passage of time": *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 74. Noël J. concluded that Mr. Charkaoui could be released safely from detention because his long period of detention had cut him off from whatever associations with extremist groups he may have had. Likewise, in Mr. Harkat's case, Dawson J. based her decision to release Mr. Harkat in part on the fact that the long period of detention meant that "his ability to communicate with persons in the Islamic extremist network has been disrupted": *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 86.

A longer period of detention would also signify that the government would have had more time to gather evidence establishing the nature of the threat posed by the detained person. While the government's evidentiary onus may not be heavy at the initial detention review (see above, at para. 93), it must be heavier when the government has had more time to investigate and document the threat.

(c) *Reasons for the Delay in Deportation*

When reviewing detentions pending deportation, judges have assessed whether the delays have been caused by the detainees or the government: *Sahin*, at p. 231. In reviewing Mr. Almrei's application for release, the Federal Court of Appeal stated that a reviewing judge could "discount, in whole or in part, the delay resulting from proceedings resorted to by an applicant that have the precise effect of preventing compliance by the Crown with the law within a reasonable time": *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 58; see also *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 30. Recourse by the government or the individual

un facteur plus important de justification du maintien en détention. Plus le danger est grave, plus la détention sera justifiée.

b) *Le temps passé en détention*

112 Le temps déjà passé en détention est un facteur important, tant du point de vue de l'individu que de celui de la sécurité nationale. Plus la détention se prolonge, moins l'individu sera susceptible de demeurer un danger pour la sécurité : « [d]e l'imminence d'un danger, il se peut que celui-ci décline avec le passage du temps » : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 74. Le juge Noël a conclu que M. Charkaoui pouvait être mis en liberté sans danger parce que sa longue période de détention avait interrompu les rapports qu'il avait pu entretenir avec des groupes extrémistes. De même, la juge Dawson a fondé sa décision de remettre M. Harkat en liberté en partie sur le fait que, vu sa longue période de détention, il avait « ainsi cessé de pouvoir communiquer avec des membres du réseau islamiste extrémiste » : *Harkat*, 2006 CF 628, par. 86.

113 Une longue période de détention suppose également que le gouvernement a eu le temps de rassembler les éléments de preuve établissant la nature du danger que pose le détenu. Si le fardeau de la preuve qui incombe au gouvernement peut être assez peu exigeant lors du contrôle initial de la détention (voir par. 93 ci-dessus), il doit être plus lourd lorsque le gouvernement a eu plus de temps pour faire enquête et documenter le danger.

c) *Les raisons qui retardent l'expulsion*

114 Les juges appelés à contrôler la détention en attente de l'expulsion vérifient si le retard était attribuable au détenu ou au gouvernement : *Sahin*, p. 231. Lors de l'examen de la demande de mise en liberté de M. Almrei, la Cour d'appel fédérale a affirmé que le juge chargé de l'examen peut « ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai résultant d'une procédure amorcée par le demandeur qui a pour effet précis d'empêcher la Couronne d'appliquer la loi dans un délai raisonnable » : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 58; voir également *Harkat*, 2006 CF 628, par. 30. On ne devrait pas reprocher

to applicable provisions of the *IRPA* that are reasonable in the circumstances and recourse by the individual to reasonable *Charter* challenges should not count against either party. On the other hand, an unexplained delay or lack of diligence should count against the offending party.

au gouvernement ou au détenu de se prévaloir, de façon raisonnable dans les circonstances, des dispositions applicables de la *LIPR*, ni reprocher au détenu une contestation raisonnable fondée sur la *Charte*. Par contre, il sera justifié de retenir un délai inexpliqué ou un manque de diligence contre la partie qui en est responsable.

(d) *Anticipated Future Length of Detention*

d) *La durée anticipée du prolongement de la détention*

115 If there will be a lengthy detention before deportation or if the future detention time cannot be ascertained, this is a factor that weighs in favour of release.

Si l'expulsion sera précédée d'une longue détention ou s'il n'est pas possible de déterminer pendant combien de temps la détention se prolongera, ce facteur jouera en faveur de la mise en liberté.

(e) *Availability of Alternatives to Detention*

e) *L'existence de solutions de rechange à la détention*

116 Stringent release conditions, such as those imposed on Mr. Charkaoui and Mr. Harkat, seriously limit individual liberty. However, they are less severe than incarceration. Alternatives to lengthy detention pursuant to a certificate, such as stringent release conditions, must not be a disproportionate response to the nature of the threat.

Des conditions de mise en liberté rigoureuses, comme celles imposées à M. Charkaoui et à M. Harkat, restreignent fortement la liberté individuelle. Toutefois, elles sont moins sévères que l'incarcération. Les solutions de rechange à une longue détention consécutive à un certificat, telles de sévères conditions de mise en liberté, ne doivent pas être disproportionnées par rapport à la nature du danger.

117 In other words, there must be detention reviews on a regular basis, at which times the reviewing judge should be able to look at all factors relevant to the justice of continued detention, including the possibility of the *IRPA*'s detention provisions being misused or abused. Analogous principles apply to extended periods of release subject to onerous or restrictive conditions: these conditions must be subject to ongoing, regular review under a review process that takes into account all the above factors, including the existence of alternatives to the conditions.

Autrement dit, il faut que la détention soit contrôlée régulièrement et que le juge qui la contrôle puisse tenir compte de tous les facteurs pertinents quant au bien-fondé du maintien de la détention, y compris la possibilité d'un mauvais usage ou d'une application abusive des dispositions de la *LIPR* autorisant la détention. Des principes analogues s'appliquent à la mise en liberté assortie de conditions sévères ou restrictives pendant une longue période : ces conditions doivent être révisées régulièrement, en fonction de tous les facteurs susmentionnés, y compris l'existence de solutions de rechange.

118 Do the provisions for review of detention under the *IRPA*'s certificate scheme satisfy these requirements? To answer this question, we must examine ss. 83(3) and 84(2) in greater detail.

Les dispositions de la *LIPR* qui régissent le contrôle de la détention découlant d'un certificat satisfont-elles à ces critères? Pour répondre à cette question, il faut examiner les par. 83(3) et 84(2) plus en détail.

Section 84(2) governs the release of foreign nationals. It requires the judge to consider whether the "release" of the detainee would pose a danger to security. This implies that the judge can consider terms and conditions that would neutralize the danger. The judge, if satisfied that the danger no longer exists or that it can be neutralized by conditions, may order the release.

Section 83(3), which applies to permanent residents, has a slightly different wording. It requires the judge to consider not whether the *release* would pose a danger as under s. 84(2), but whether the *permanent resident* continues to be a danger. An issue may arise as to whether this difference in wording affects the ability of the judge to fashion conditions and hence to order conditional release. In my view, there is no practical difference between saying a person's release would be a danger and saying that the person is a danger. I therefore read s. 83(3), like s. 84(2), as enabling the judge to consider whether any danger attendant on release can be mitigated by conditions.

On this basis, I conclude that for both foreign nationals and permanent residents, the *IRPA*'s certificate scheme provides a mechanism for review of detention, which permits the reviewing judge to fashion conditions that would neutralize the risk of danger upon release, and hence to order the release of the detainee.

Reviewing judges have also developed a practice of periodic review in connection with release procedures: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. In the immigration context, such periodic reviews must be understood to be required by ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal has suggested that once a foreign national has brought an application for release under s. 84(2), he or she cannot bring a new application except on the basis of (i) new evidence or (ii) a material change in circumstances since the previous application: *Almrei*,

Le paragraphe 84(2) régit la mise en liberté des étrangers. Il exige que le juge se demande si la « mise en liberté » du détenu constituerait ou non un danger pour la sécurité. Cela sous-entend que le juge peut prendre en considération les conditions qui neutraliseraient le danger. Le juge peut ordonner la mise en liberté s'il est convaincu que le danger s'est dissipé ou qu'il peut être neutralisé par l'imposition de conditions. 119

Le paragraphe 83(3), qui s'applique aux résidents permanents, est libellé quelque peu différemment. En effet, il exige que le juge se demande, non pas si la *mise en liberté* constituerait ou non un danger, comme sous le régime du par. 84(2), mais plutôt si le *résident permanent* constitue un danger. Cette différence dans le libellé pourrait soulever la question de la capacité du juge de concevoir des conditions et, en conséquence, d'ordonner la libération conditionnelle. À mon avis, il n'y a pas de différence pratique entre le fait de dire que la mise en liberté d'une personne constituerait un danger et celui de dire que la personne constitue un danger. Par conséquent, selon mon interprétation, le par. 83(3), à l'instar du par. 84(2), autorise le juge à se demander si un danger relié à la mise en liberté peut être atténué par l'imposition de conditions. 120

Par conséquent, je conclus que le régime de certificats établi par la *LIPR* prévoit, tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, un mécanisme de contrôle de la détention qui permet au juge de concevoir des conditions efficaces pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté et, par conséquent, de libérer le détenu. 121

Les juges ont aussi pris l'habitude de prévoir des contrôles périodiques de la mise en liberté : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Dans le contexte de l'immigration, ces contrôles périodiques doivent être considérés comme requis par les art. 7 et 12 de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a laissé entendre qu'un étranger qui a déjà présenté une demande de mise en liberté en vertu du par. 84(2) ne peut présenter une nouvelle demande, sauf pour faire valoir (i) une nouvelle preuve, ou (ii) un changement important dans les circonstances 122

2005 FCA 54; see also, *Ahani*, at paras. 14-15. Such an interpretation would lead to a holding that s. 84(2) is inconsistent with ss. 7 and 12; however, since s. 84(2) has already been found to infringe s. 9 and cannot be saved under s. 1, it is not necessary to decide this issue.

123 In summary, the *IRPA*, interpreted in conformity with the *Charter*, permits robust ongoing judicial review of the continued need for and justice of the detainee's detention pending deportation. On this basis, I conclude that extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate s. 7 or s. 12 of the *Charter*, provided that reviewing courts adhere to the guidelines set out above. Thus, the *IRPA* procedure itself is not unconstitutional on this ground. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice, and therefore infringes the *Charter* in a manner that is remediable under s. 24(1) of the *Charter*.

124 These conclusions are consistent with English and American authority. Canada, it goes without saying, is not alone in facing the problem of detention in the immigration context in situations where deportation is difficult or impossible. Courts in the United Kingdom and the United States have suggested that detention in this context can be used only during the period where it is reasonably necessary for deportation purposes: *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas*.

125 A case raising similar issues is the decision of the House of Lords in *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 ("*Re A*"). This was an appeal brought by nine foreign nationals who were suspected of involvement in terrorism, but were not charged with any crime. The United Kingdom

depuis la dernière demande : *Almrei*, 2005 CAF 54; voir aussi *Ahani*, par. 14-15. Suivant une telle interprétation, il faudrait conclure que le par. 84(2) est incompatible avec les art. 7 et 12; toutefois, comme j'ai déjà conclu que le par. 84(2) viole l'art. 9 et ne peut être validé par l'article premier, il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

En résumé, lorsqu'elle est interprétée conformément à la *Charte*, la *LIPR* permet un contrôle judiciaire vigoureux et continu du bien-fondé et de la nécessité du maintien de la détention en attente de l'expulsion. Pour cette raison, je conclus que les longues périodes de détention avant le renvoi prévues par des dispositions de la *LIPR* relatives aux certificats ne contreviennent pas aux art. 7 ou 12 de la *Charte*, pourvu que le juge qui procède au contrôle suive les lignes directrices énoncées précédemment. La procédure établie par la *LIPR* n'est donc pas en soi inconstitutionnelle pour ce motif. Cela n'écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu'elle constitue une violation de la *Charte* ouvrant droit à réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte*.

Ces conclusions sont compatibles avec les décisions anglaises et américaines. Le Canada, il va sans dire, n'est pas le seul pays aux prises avec le problème de la détention dans le contexte de l'immigration lorsque l'expulsion est difficile ou impossible. Les tribunaux du Royaume-Uni et des États-Unis ont laissé entendre qu'il n'est possible de recourir à la détention dans ce contexte que durant la période raisonnablement nécessaire pour procéder à l'expulsion : *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas*.

La décision de la Chambre des lords dans *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 (« *Re A* »), porte sur une question similaire. Il s'agissait d'un appel interjeté par neuf étrangers soupçonnés de participer à des activités terroristes mais qui n'étaient accusés d'aucun crime. Le gouvernement du

government sought to deport them, but in most cases this was impossible due to a risk of torture. So most of the individuals were detained at Belmarsh Prison under s. 23 of the *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c. 24. This provision empowered the government to detain suspected international terrorists under the provisions governing detention pending deportation, despite the fact that removal from the United Kingdom was temporarily or indefinitely prevented, in derogation from art. 5 of the *European Convention on Human Rights*: see *Chahal*.

Royaume-Uni a tenté de les expulser mais, dans la plupart des cas, il n'a pu le faire en raison d'un risque de torture. La plupart des intéressés étaient donc détenus à la prison de Belmarsh en vertu de l'art. 23 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act, 2001* (R.-U.), 2001, ch. 24. Cette disposition autorisait le gouvernement à détenir les personnes soupçonnées de terrorisme international sous le régime des dispositions régissant la détention en attente de l'expulsion, même si le renvoi du Royaume-Uni était temporairement ou indéfiniment exclu, ce qui contrevenait à l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme* : voir *Chahal*.

The government claimed that this derogation was necessary to combat the national security threat posed by Al-Qaeda terrorists. The House of Lords, by a majority of 8 to 1, accepted that Al-Qaeda terrorism represented a serious threat to the life of the nation, but seven of the eight Lords who accepted this premise nevertheless concluded that s. 23 was not strictly required by the exigencies of the situation. These same seven Lords also concluded that s. 23 was incompatible with art. 14 of the *European Convention on Human Rights*, because of the way it discriminated between nationals and non-nationals. The derogation permitting permanent detention of non-nationals treated them more harshly than nationals. Absent the possibility of deportation, it lost its character as an immigration provision, and hence constituted unlawful discrimination.

126 Le gouvernement affirmait que cette dérogation était nécessaire pour lutter contre le danger pour la sécurité nationale que présentaient les terroristes d'Al-Qaida. La Chambre des lords, à une majorité de huit contre un, a reconnu que le terrorisme d'Al-Qaida représentait un grave danger pour la vie de la nation, mais sept des huit juges de la majorité ont conclu que l'art. 23 n'était pas strictement nécessaire pour faire face à la situation. Les sept mêmes juges ont également conclu que l'art. 23 était incompatible avec l'art. 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* parce qu'il établissait une distinction entre les ressortissants et les non-ressortissants. La dérogation permettant la détention permanente des non-ressortissants leur appliquait un traitement plus sévère que celui réservé aux ressortissants. L'expulsion étant impossible, cette disposition ne relevait plus du droit de l'immigration et créait ainsi une distinction illicite.

The finding in *Re A* of breach of the detention norms under the European Convention on Human Rights was predicated on the U.K. Act's authorization of permanent detention. The *IRPA*, unlike the U.K. legislation under consideration in *Re A*, does not authorize indefinite detention and, interpreted as suggested above, provides an effective review process that meets the requirements of Canadian law.

127 Dans *Re A*, la conclusion selon laquelle il y avait violation des normes de détention établies dans la *Convention européenne des droits de l'homme* reposait sur le fait que la loi du Royaume-Uni permettait la détention permanente. Contrairement à cette loi, la *LIPR* n'autorise pas la détention pour une période indéterminée et, interprétée conformément aux motifs qui précèdent, elle prévoit un mécanisme de contrôle efficace qui respecte les exigences du droit canadien.

The fairness of the detention review procedure arises as an independent issue. I concluded above that this procedure, like the certificate

128 La question du caractère équitable de la procédure de contrôle de la détention se pose de façon indépendante. J'ai déjà conclu que cette procédure,

determination procedure, denies the right to a fair hearing and does so in a way that does not minimally impair the detainee's rights. For the reasons given earlier, Parliament must therefore revisit the provisions for detention review in order to meaningfully protect the procedural rights of detainees.

C. *Do the Certificate and Detention Review Procedures Discriminate Between Citizens and Non-Citizens, Contrary to Section 15 of the Charter, and if so, Is the Discrimination Justified Under Section 1 of the Charter?*

129 The appellant Mr. Charkaoui argues that the *IRPA* certificate scheme discriminates against non-citizens, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. However, s. 6 of the *Charter* specifically allows for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters: only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada (s. 6(1)). A deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not, for that reason alone, violate s. 15 of the *Charter*: *Chiarelli*.

130 It is argued that while this is so, there are two ways in which the *IRPA* could, in some circumstances, result in discrimination. First, detention may become indefinite as deportation is put off or becomes impossible, for example because there is no country to which the person can be deported. Second, the government could conceivably use the *IRPA* not for the purpose of deportation, but to detain the person on security grounds. In both situations, the source of the problem is that the detention is no longer related, in effect or purpose, to the goal of deportation. In *Re A*, the legislation considered by the House of Lords expressly provided for indefinite detention; this was an important factor leading to the majority's holding that the legislation went beyond the concerns of immigration legislation and thus wrongfully discriminated between

comme la procédure d'examen du certificat, nie le droit de l'intéressé à une audition équitable, et ce d'une manière qui ne porte pas le moins possible atteinte aux droits du détenu. Pour les motifs exprimés précédemment, le législateur doit donc réviser les dispositions relatives au contrôle de la détention afin de protéger réellement les droits procéduraux des détenus.

C. *Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une discrimination interdite par l'art. 15 de la Charte? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

M. Charkaoui fait valoir que le régime de certificats de sécurité établi par la *LIPR* crée, contre les non-citoyens, une discrimination interdite par le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion : selon le par. 6(1), seuls les citoyens ont le droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir. Pour cette raison, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas, de ce seul fait, contraire à l'art. 15 de la *Charte* : *Chiarelli*.

On fait valoir que, malgré cela, la *LIPR* pourrait, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire à deux égards. Premièrement, la détention peut se prolonger pour une durée indéterminée si l'expulsion est remise ou si elle devient impossible, par exemple, parce que l'individu ne peut être expulsé vers aucun pays. Deuxièmement, il n'est pas impossible que le gouvernement utilise la *LIPR*, non pas en vue d'expulser une personne, mais pour la détenir pour des motifs de sécurité. Dans les deux situations, le problème découle du fait que la détention n'est plus liée, ni par son effet ni par son objet, à l'objectif de l'expulsion. Dans *Re A*, la loi dont la Chambre des lords était saisie prévoyait expressément la détention pour une durée indéterminée; il s'agissait là d'un facteur important qui a amené la majorité à conclure que la loi allait

nationals and non-nationals: paras. 54, 81, 134, 157-58, 180 and 229.

Even though the detention of some of the appellants has been long — indeed, Mr. Almrei's continues — the record on which we must rely does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. More generally, the answer to these concerns lies in an effective review process that permits the judge to consider all matters relevant to the detention, as discussed earlier in these reasons.

I conclude that a breach of s. 15 of the *Charter* has not been established.

D. *Are the IRPA Certificate Provisions Inconsistent With the Constitutional Principle of the Rule of Law?*

The appellant Mr. Charkaoui claims that the unwritten constitutional principle of the rule of law is infringed by two aspects of the *IRPA* scheme: the unavailability of an appeal of the designated judge's determination that the certificate is reasonable; and the provision in s. 82 for the issuance of an arrest warrant by the executive (in the case of a permanent resident) or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision (in the case of a foreign national).

The rule of law incorporates a number of themes. Most fundamentally, it requires government officials to exercise their authority according to law, and not arbitrarily: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 748-49. It requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws: *Reference re Manitoba Language Rights*. And it is linked to the principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

au-delà des questions d'immigration et qu'elle établissait de ce fait une distinction illicite entre les ressortissants et les non-ressortissants : par. 54, 81, 134, 157-158, 180 et 229.

131 En dépit de la longue détention de certains des appelants — d'ailleurs celle de M. Almrei se poursuit — le dossier sur lequel nous devons nous fonder n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. De façon plus générale, la réponse à ces préoccupations réside dans un processus de contrôle efficace qui permette au juge de prendre en considération toutes les questions pertinentes quant à la détention, comme je l'ai expliqué plus tôt.

132 Je conclus qu'aucune violation de l'art. 15 de la *Charte* n'a été établie.

D. *Les dispositions de la LIPR concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?*

133 M. Charkaoui soutient que deux aspects du régime établi par la *LIPR* violent le principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit : l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, et les dispositions de l'art. 82 qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation (dans le cas d'un résident permanent) ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif (dans le cas d'un étranger).

134 La primauté du droit comporte un certain nombre d'aspects. Essentiellement, elle oblige les autorités gouvernementales à exercer leur pouvoir conformément à la loi et sans arbitraire : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 748-749. Elle exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. Elle est aussi liée au principe de l'indépendance de la magistrature : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

135 Mr. Charkaoui's claim is based not on any of these themes, but on the content of the *IRPA*. But as this Court held in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, "it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation . . . based on its content" (para. 59). Even if this dictum leaves room for exceptions, Mr. Charkaoui has not established that the *IRPA* should be one of them.

136 First, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the unavailability of an appeal of the judge's determination of the reasonableness of the certificate. But there is no constitutional right to an appeal (*Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53); nor can such a right be said to flow from the rule of law in this context. The Federal Court is a superior court, not an administrative tribunal: *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4. Federal Court judges, when reviewing certificates under the *IRPA*, have all the powers of Federal Court judges and exercise their powers judicially. Moreover, the Federal Court of Appeal has reinforced the legality of the process by holding that it is appropriate to circumvent the s. 80(3) privative clause where the constitutionality of legislation is challenged (*Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, at paras. 47-50) or where the named person alleges bias on the part of the designated judge (*Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394).

137 Second, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the provision for arrest under a warrant issued by the executive (in the case of a permanent resident) or for automatic detention without a warrant (in the case of a foreign national). But the rule of law does not categorically prohibit automatic detention or detention on the basis of an executive decision. The constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*, and it is hard to see what the rule of law could add to these provisions.

La prétention de M. Charkaoui ne repose sur aucun de ces aspects, mais sur le contenu de la *LIPR*. Or, comme la Cour l'a affirmé dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49, « il est difficile de concevoir que la primauté du droit puisse servir à invalider une loi [. . .] en raison de son contenu » (par. 59). Même si cette remarque laisse croire que des exceptions sont possibles, M. Charkaoui n'a pas établi que la *LIPR* serait une de ces exceptions.

Premièrement, M. Charkaoui fait valoir que l'absence d'un droit d'appel de la décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat est contraire au principe de la primauté du droit. Or, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution (*Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53); on ne peut affirmer non plus que ce droit découle de la primauté du droit dans ce contexte. La Cour fédérale est une cour supérieure et non un tribunal administratif : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4. Lorsqu'ils examinent un certificat sous le régime de la *LIPR*, les juges de la Cour fédérale ont tous les pouvoirs des juges de la Cour fédérale et les exercent de manière judiciaire. En outre, la Cour d'appel fédérale a renforcé la légalité du processus en statuant qu'il est approprié de contourner la clause privative du par. 80(3) lorsque la constitutionnalité de la loi est attaquée (*Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, par. 47-50) ou lorsque la personne désignée conteste l'impartialité du juge désigné (*Zündel, Re*, [2004] A.C.F. nº 1982 (QL), 2004 CAF 394).

Deuxièmement, M. Charkaoui prétend que les dispositions prévoyant l'arrestation en vertu d'un mandat lancé par l'exécutif (dans le cas des résidents permanents) ou la détention automatique sans mandat (dans le cas des étrangers) violent le principe de la primauté du droit. Toutefois, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique ni la détention fondée sur une décision de l'exécutif. Les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*, et il est difficile de voir ce que la primauté du droit peut y ajouter.

IV. Conclusion

The scheme set up under Division 9 of Part 1 of the *IRPA* suffers from two defects that are inconsistent with the *Charter*.

The first is that s. 78(*g*) allows for the use of evidence that is never disclosed to the named person without providing adequate measures to compensate for this non-disclosure and the constitutional problems it causes. It is clear from approaches adopted in other democracies, and in Canada itself in other security situations, that solutions can be devised that protect confidential security information and at the same time are less intrusive on the person's rights. It follows that the *IRPA*'s procedure for the judicial confirmation of certificates and review of detention violates s. 7 of the *Charter* and has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. I would declare the procedure to be inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect.

However, in order to give Parliament time to amend the law, I would suspend this declaration for one year from the date of this judgment. If the government chooses to go forward with the proceedings to have the reasonableness of Mr. Charkaoui's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After one year, the certificates of Mr. Harkat and Mr. Almrei (and of any other individuals whose certificates have been deemed reasonable) will lose the "reasonable" status that has been conferred on them, and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. If the government intends to employ a certificate after the one-year delay, it will need to seek a fresh determination of reasonableness under the new process devised by Parliament. Likewise, any detention review occurring after the delay will be subject to the new process.

The second defect is found in s. 84(2) of the *IRPA*, which denies a prompt hearing to foreign

IV. Conclusion

Le régime établi par la section 9 de la partie 1 de la *LIPR* est entaché de deux irrégularités incompatibles avec la *Charte*. 138

Premièrement, l'al. 78*g*) du régime autorise l'utilisation d'éléments de preuve qui ne sont jamais communiqués à la personne désignée, sans établir de mesures adéquates pour pallier cette absence de communication et pour résoudre les problèmes constitutionnels qui en découlent. Il ressort clairement des mesures mises en place par d'autres régimes démocratiques, et par le Canada lui-même dans d'autres situations relatives à la sécurité, qu'il est possible de concevoir des solutions qui protègent les renseignements de sécurité confidentiels, tout en portant moins atteinte aux droits des intéressés. Par conséquent, la procédure d'approbation des certificats et de contrôle de la détention établie dans la *LIPR* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et n'a pas été justifiée en application de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis de la déclarer incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. 139

En revanche, pour donner au législateur le temps de modifier la loi, je suis d'avis de suspendre la prise d'effet de cette déclaration pour une période de un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après cette période de un an, les certificats visant M. Harkat et M. Almrei (et tous les autres certificats jugés raisonnables) perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et les personnes désignées dans ces certificats pourront en demander l'annulation. Si le gouvernement veut utiliser un certificat après cette période de un an, il devra le soumettre au nouveau processus conçu par le législateur pour en faire confirmer le caractère raisonnable. De même, tout contrôle d'une détention postérieur à l'expiration de cette période sera effectué en conformité avec ce nouveau processus. 140

La deuxième irrégularité tient au fait que le par. 84(2) de la *LIPR* nie aux étrangers détenus le droit à 141

nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release. Counsel for the ministers submitted in oral argument that if this Court were to find that s. 84(2) violates the *Charter*, the appropriate remedy would be to strike s. 84(2) and read foreign nationals into s. 83. This is a good first step, but it does not provide a complete solution, since s. 83 deals with detention review only *until the certificate has been determined to be reasonable*, whereas s. 84(2) deals with detention review *after it has been determined to be reasonable*. Striking s. 84(2) would therefore leave no provision for review of detention of foreign nationals once the certificate has been deemed reasonable.

142 Accordingly, I conclude that the appropriate remedy is to strike s. 84(2) as well as to read foreign nationals into s. 83 and to strike the words "until a determination is made under subsection 80(1)" from s. 83(2).

143 I would allow the appeals with costs to the appellants, and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the principle of judicial independence protected by:

   (a) s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, or

   (b) the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the constitutional principle of the rule of law?

Answer: No.

une audition dans un bref délai, car il interdit toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation de leur certificat. Le procureur des ministres a fait valoir dans sa plaidoirie orale que, si la Cour devait conclure à l'inconstitutionnalité du par. 84(2), la solution appropriée consisterait à radier cette disposition et à interpréter l'art. 83 comme s'appliquant aussi aux étrangers. Il s'agit d'un premier pas dans la bonne direction, mais cette solution n'est pas suffisante. En effet, l'art. 83 traite uniquement du contrôle de la détention *jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat*, tandis que le par. 84(2) traite du contrôle de la détention *après qu'il a été statué sur le caractère raisonnable du certificat*. Une fois le par. 84(2) supprimé, aucune disposition ne prévoirait le contrôle de la détention des étrangers après que le certificat a été jugé raisonnable.

Par conséquent, je conclus que la réparation appropriée consiste à invalider le par. 84(2), à interpréter l'art. 83 comme s'il incluait les étrangers et à radier les mots « [t]ant qu'il n'est pas statué sur le certificat » du par. 83(2).

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens en faveur des appelants et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe de l'indépendance judiciaire consacré par :

   a) l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou

   b) le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe constitutionnel de la primauté du droit?

Réponse : Non.

3. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

5. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

7. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

8. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

9. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

5. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

7. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

8. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

9. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

10. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

11. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

12. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

10. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

11. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

12. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

33. [Rules of interpretation] The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

77. (1) [Referral of certificate] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

(2) [Effect of referral] When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

33. [Interprétation] Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

77. (1) [Dépôt du certificat] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) [Effet du dépôt] Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur

subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

78. [Judicial consideration] The following provisions govern the determination:

(*a*) the judge shall hear the matter;

(*b*) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*c*) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(*d*) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(*e*) on each request of the Minister or the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*f*) the information or evidence described in paragraph (*e*) shall be returned to the Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(*g*) the information or evidence described in paragraph (*e*) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*h*) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

78. [Examen judiciaire] Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire :

a) le juge entend l'affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(*i*) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(*j*) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

79. (1) [Proceedings suspended] On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) [Proceedings resumed] If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

80. (1) [Determination that certificate is reasonable] The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) [Determination that certificate is not reasonable] The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) [Determination not reviewable] The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

81. [Effect of determination — removal order] If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(*a*) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(*b*) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(*c*) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile — même inadmissible en justice — et peut fonder sa décision sur celui-ci.

79. (1) [Suspension de l'affaire] Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) [Reprise de l'affaire] Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

80. (1) [Décision] Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) [Annulation du certificat] Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) [Caractère définitif de la décision] La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

81. [Effet du certificat] Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

Detention

82. (1) [Detention of permanent resident] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(2) [Mandatory detention] A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

83. (1) [Review of decision for detention] Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.

(2) [Further reviews] The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) [Order for continuation] A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

84. (1) [Release] The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

(2) [Judicial release] A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

85. [Inconsistency] In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.

Détention

82. (1) [Arrestation et détention facultatives] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

(2) [Détention obligatoire] L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

83. (1) [Contrôle des motifs de la détention] Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.

(2) [Comparutions supplémentaires] Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparaît au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) [Maintien en détention] L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

84. (1) [Mise en liberté] Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

(2) [Mise en liberté judiciaire] Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

85. [Incompatibilité] Les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6.

PRE-REMOVAL RISK ASSESSMENT

Protection

112. (1) [Application for protection] A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

(2) [Exception] Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

(*a*) they are the subject of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*;

(*b*) they have made a claim to refugee protection that has been determined under paragraph 101(1)(*e*) to be ineligible;

(*c*) in the case of a person who has not left Canada since the application for protection was rejected, the prescribed period has not expired; or

(*d*) in the case of a person who has left Canada since the removal order came into force, less than six months have passed since they left Canada after their claim to refugee protection was determined to be ineligible, abandoned, withdrawn or rejected, or their application for protection was rejected.

(3) [Restriction] Refugee protection may not result from an application for protection if the person

(*a*) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

(*b*) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

(*c*) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(*d*) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

EXAMEN DES RISQUES AVANT RENVOI

Protection

112. (1) [Demande de protection] La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

(2) [Exception] Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

a) elle est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;

b) sa demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)*e*);

c) si elle n'a pas quitté le Canada après le rejet de sa demande de protection, le délai prévu par règlement n'a pas expiré;

d) dans le cas contraire, six mois ne se sont pas écoulés depuis son départ consécutif soit au rejet de sa demande d'asile ou de protection, soit à un prononcé d'irrecevabilité, de désistement ou de retrait de sa demande d'asile.

(3) [Restriction] L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

Principle of Non-refoulement

115. (1) [Protection] A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in the case of a person

(*a*) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(*b*) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) [Removal of refugee] A person, after a determination under paragraph 101(1)(*e*) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant Charkaoui: Doyon Morin, Montréal.

Solicitors for the appellant Almrei: Jackman & Associates, Toronto.

Solicitors for the appellant Harkat: Copeland, Duncan, Toronto.

Solicitors for the respondents: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa; Attorney General of Canada, Toronto and Vancouver.

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

Solicitors for the intervener Amnesty International: McCarthy Tétrault, Ottawa.

Principe du non-refoulement

115. (1) [Principe] Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) [Exclusion] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) [Renvoi de réfugié] Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)*e*), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelant Charkaoui : Doyon Morin, Montréal.

Procureurs de l'appelant Almrei : Jackman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelant Harkat : Copeland, Duncan, Toronto.

Procureurs des intimés : Sous-procureur général du Canada, Ottawa; Procureur général du Canada, Toronto et Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale : McCarthy Tétrault, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gregory P. DelBigio and Jason B. Gratl, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, White, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Arab Federation: Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil Liberties Association: Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Gregory P. DelBigio et Jason B. Gratl, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Greenspan, White, Toronto.

Procureur des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canado-arabe : Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

Procureurs des intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association : Bakerlaw, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 2007 Vol. 1

3e cahier, 2007 Vol. 1

Cited as [2007] 1 S.C.R. 429-590

Renvoi [2007] 1 R.C.S. 429-590

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	RENÉE MARIA TREMBLAY
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	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Canada (Attorney General) *v.* Hislop 429

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Sexual orientation — Survivorship pensions — Whether provisions of Canada Pension Plan limiting eligibility for survivor benefits to same-sex partners of deceased contributors who died on or after January 1, 1998 infringe right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, ss. 44(1.1), 72.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Sexual orientation — Survivorship pensions — Whether estate has standing to advance equality rights claim on behalf of deceased survivor — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 60(2).

Constitutional law — Remedy — Retroactive remedy — Circumstances under which courts may limit retroactive remedy — Constitution Act, 1982, s. 52.

Phoenix Bulk Carriers Ltd. *v.* Kremikovtzi Trade 588

Maritime law — Action in rem against cargo — Cargo owner entering into contract of affreightment with carrier but shipping cargo on vessel operated by another company — Carrier bringing in rem action against cargo — Federal Court of Appeal erred in striking in rem statement of claim and in setting aside arrest warrant of cargo — Arrested cargo "property . . . subject of the action" within meaning of s. 43(2) of Federal Courts Act — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 43(2).

Courts — Federal Court — In rem jurisdiction — Section 43(2) of Federal Courts Act granting in rem jurisdiction "against the ship, aircraft or other property that is the subject of the action" — Meaning of expression "subject of the action" — "Physical nexus" approach to interpretation of s. 43(2) to be rejected in favour of "identifiability" approach — Cargo "subject of the action" if cargo designated in contract of affreightment alleged to be breached — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 43(2).

R. *v.* Bryan 527

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Federal elections — Premature transmission of results — Federal elections legislation prohibiting dissemination of election results from one electoral district to another if polling stations in that other district still open — Whether temporary ban on publication of election results infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, s. 329.

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) *c.* Hislop 429

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de survivant — Les dispositions du Régime de pensions du Canada limitant l'admissibilité à la pension de survivant du conjoint de même sexe d'un cotisant décédé le 1er janvier 1998 ou par la suite violent-elles le droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 44(1.1), 72.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de survivant — La succession d'un conjoint survivant décédé a-t-elle qualité pour faire valoir les droits à l'égalité du défunt? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 60(2).

Droit constitutionnel — Réparation — Réparation rétroactive — Circonstances dans lesquelles le tribunal peut limiter la portée rétroactive de la réparation — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Phoenix Bulk Carriers Ltd. *c.* Kremikovtzi Trade 588

Droit maritime — Action in rem contre une cargaison — Propriétaire d'une cargaison concluant un contrat d'affrètement avec un transporteur, mais expédiant la cargaison à bord d'un navire exploité par une autre entreprise — Action in rem intentée par le transporteur contre la cargaison — Erreur de la Cour d'appel fédérale commise en radiant la déclaration in rem et en annulant le mandat de saisie de la cargaison — Action « portant » sur la cargaison saisie au sens de l'art. 43(2) de la Loi sur les Cours fédérales — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 43(2).

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence en matière réelle — Article 43(2) de la Loi sur les Cours fédérales conférant une compétence en matière réelle « dans toute action portant sur un navire, un aéronef ou d'autres biens » — Signification du mot « portant » — Rejet du critère du « lien matériel » au profit de celui de l'« identifiabilité » pour l'interprétation de l'art. 43(2) — L'action « porte » sur la cargaison lorsque celle-ci est celle visée par le contrat d'affrètement dont la rupture est alléguée — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 43(2).

R. *c.* Bryan 527

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections fédérales — Transmission prématurée des résultats — Législation sur les élections fédérales interdisant la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts — L'interdiction temporaire de publier des résultats électoraux porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limit — Sufficiency of evidence adduced by government to justify infringement of constitutional right — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.

R. *v.* Spencer **500**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — Voluntariness — Accused and his girlfriend arrested — Accused confesses to robberies after requesting lenient treatment for girlfriend and being permitted to visit with her — Whether statements voluntary — Whether trial judge applied correct test in admitting statements.

SOMMAIRE (Fin)

l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 329.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limite raisonnable — Caractère suffisant de la preuve présentée par le gouvernement pour justifier l'atteinte à un droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.

R. *c.* Spencer **500**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Confessions — Caractère volontaire — Arrestation de l'accusé et de sa petite amie — Accusé confesse des vols qualifiés après avoir demandé un traitement clément pour son amie et avoir obtenu de la rencontrer — Les déclarations étaient-elles volontaires? — Le juge du procès a-t-il appliqué le bon critère en admettant les déclarations?

Attorney General of Canada *Appellant/ Respondent on cross-appeal*

v.

George Hislop, Brent E. Daum, Albert McNutt, Eric Brogaard and Gail Meredith *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Alberta and Egale Canada Inc. *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) *v.* HISLOP

Neutral citation: 2007 SCC 10.

File No.: 30755.

2006: May 16; 2007: March 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Sexual orientation — Survivorship pensions — Whether provisions of Canada Pension Plan limiting eligibility for survivor benefits to same-sex partners of deceased contributors who died on or after January 1, 1998 infringe right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, ss. 44(1.1), 72.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Sexual orientation — Survivorship pensions — Whether estate has standing to advance equality rights claim on behalf of deceased survivor — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 60(2).

Procureur général du Canada *Appelant/ Intimé au pourvoi incident*

c.

George Hislop, Brent E. Daum, Albert McNutt, Eric Brogaard et Gail Meredith *Intimés/Appelants au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général de l'Alberta et Egale Canada Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* HISLOP

Référence neutre : 2007 CSC 10.

N° du greffe : 30755.

2006: 16 mai; 2007 : 1er mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de survivant — Les dispositions du Régime de pensions du Canada limitant l'admissibilité à la pension de survivant du conjoint de même sexe d'un cotisant décédé le 1er janvier 1998 ou par la suite violent-elles le droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 44(1.1), 72.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de survivant — La succession d'un conjoint survivant décédé a-t-elle qualité pour faire valoir les droits à l'égalité du défunt? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 60(2).

Constitutional law — Remedy — Retroactive remedy — Circumstances under which courts may limit retroactive remedy — Constitution Act, 1982, s. 52.

Following the 1999 decision of this Court in *M. v. H.*, the federal government amended the *Canada Pension Plan* ("*CPP*") in 2000 to extend survivor benefits to same-sex partners by changing the definition of "spouse" to conform with the equality rights provisions of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and by adding new provisions. However, under s. 44(1.1) of the *CPP*, eligibility was limited to same-sex partners whose "spouse" died on or after January 1, 1998. Benefits were not retroactive to April 17, 1985, when s. 15(1) came into force, or the date of death of the "spouse", whichever occurred later. Section 72(2) of the *CPP* precluded payments to same-sex survivors for any month before July 2000, the month s. 72(2) came into force. The effect of s. 72(2) came to an end as of June 2001, because after that month, same-sex and opposite-sex survivors benefited from application of the general rule in s. 72(1), which limits survivors' arrears benefits to not more than 12 months prior to the month in which the application is received. Finally, s. 60(2) of the *CPP*, a general provision not affected by the 2000 amendments, limits the right of estates of survivors from obtaining benefits if the application for the benefits is not made within 12 months after the death of the survivor. A class action was commenced by same-sex survivors ("Hislop class"), challenging the constitutionality of the four sections. The Ontario Superior Court of Justice held that ss. 44(1.1) and 72(2) violated s. 15(1) and were not justified under s. 1 of the *Charter*. Same-sex survivors were granted a constitutional exemption from ss. 60(2) and 72(1). Survivors were entitled to benefits retroactive to the later of the date of death of their partner and April 17, 1985, with interest. The Court of Appeal affirmed the finding that ss. 44(1.1) and 72(2) were unconstitutional, but held that ss. 60(2) and 72(1) did not infringe s. 15(1). Sections 44(1.1) and 72(2) were struck down, leaving a same-sex surviving spouse entitled to survivor benefits subject only to the 12-month cap on arrears and the limitation on estate claims (as were all benefits claimants).

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Droit constitutionnel — Réparation — Réparation rétroactive — Circonstances dans lesquelles le tribunal peut limiter la portée rétroactive de la réparation — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

En 2000, dans la foulée de l'arrêt *M. c. H.* rendu par notre Cour en 1999, le gouvernement fédéral a modifié le *Régime de pensions du Canada* (« *RPC* ») pour que le conjoint de même sexe soit admissible à la pension de survivant, rendant la définition de « conjoint » conforme aux droits à l'égalité garantis au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ajoutant de nouvelles dispositions. Or, suivant le par. 44(1.1) du *RPC*, seule était admissible la personne dont le « conjoint » cotisant de même sexe était décédé le 1er janvier 1998 ou par la suite. La prestation n'était rétroactive ni à compter du 17 avril 1985 — date de l'entrée en vigueur du par. 15(1) — ni à compter du décès survenu ultérieurement. Le paragraphe 72(2) du *RPC* excluait le versement de la prestation au conjoint survivant de même sexe pour tout mois antérieur à son entrée en vigueur en juillet 2000. L'effet de cette disposition a cessé en juin 2001, les survivants de même sexe et ceux de sexe différent bénéficiant dès lors de l'application de la règle générale, prévue au par. 72(1), limitant à 12 mois avant le mois de la réception de la demande la période pour laquelle une prestation peut être versée rétroactivement. Enfin, le par. 60(2) du *RPC*, une disposition générale non touchée par les modifications de 2000, limite le droit de la succession d'un survivant d'obtenir des prestations si la demande n'est pas présentée dans les 12 mois du décès. Des conjoints survivants de même sexe (le « groupe Hislop ») ont intenté un recours collectif pour contester la constitutionnalité des quatre dispositions. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a statué que les par. 44(1.1) et 72(2) portaient atteinte au par. 15(1) et n'étaient pas justifiés au regard de l'article premier de la *Charte*. Elle a fait bénéficier les conjoints survivants de même sexe d'une exemption constitutionnelle les soustrayant à l'application des par. 60(2) et 72(1). Ils avaient droit à des prestations rétroactives à compter du 17 avril 1985 ou du décès survenu ultérieurement, majorées de l'intérêt couru. La Cour d'appel a confirmé l'inconstitutionnalité des par. 44(1.1) et 72(2), mais elle a estimé que les par. 60(2) et 72(1) ne violaient pas le par. 15(1). Les paragraphes 44(1.1) et 72(2) ont été invalidés, le droit du conjoint de même sexe à la pension de survivant (comme celui du conjoint de sexe différent) n'étant alors limité que par le plafond de 12 mois prévu pour le versement de prestations rétroactives et par le délai imparti à la succession pour présenter une demande.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: Essential to the question of differential treatment in the s. 15(1) analysis is the choice of comparator group. Under s. 44(1.1), the appropriate comparison is between same-sex and opposite-sex survivors whose partners died before January 1, 1998; under s. 72(2), it is between same-sex and opposite-sex survivors who applied for survivor's pensions between July 2000 and June 2001. To frame, as suggested by the government, the comparator group in terms of the express distinction made in ss. 44(1.1) and 72(2) between two groups of survivors of same-sex relationships, based on the date on which the relationship ended as a result of the death of one of the partners, would be to miss the fundamental reason for the 2000 *CPP* amendments — namely, to remedy unequal treatment between same-sex and opposite-sex couples. Here, the Court of Appeal was right to conclude that ss. 44(1.1) and 72(2) infringe s. 15(1) of the *Charter*. Both provisions treat same-sex survivors differently from their comparator group; sexual orientation is recognized as an analogous ground of discrimination under s. 15(1), and the differential treatment discriminated in a substantive sense. [24] [37-38] [60]

Section 44(1.1) is not saved under s. 1 of the *Charter*. In an appropriate case, the matching of benefits conferred under the *CPP* with obligations imposed on same-sex partners under other legislation may be a pressing and substantial objective of limits on the extension of social benefit legislation as there are complex relationships between income tax credits, pensions, supplements and other entitlements, often based on conjugal relationships. It is not enough, however, to only make general reference to these relationships. There must be an explanation supported by relevant evidence as to what those relationships are, why they are relevant and why they justify the limit on the *Charter* right that has been found to be violated. In the absence of such evidence in this case, matching cannot be considered to be a pressing and substantial objective of s. 44(1.1). The absence of evidence also precludes a finding of rational connection between s. 44(1.1) and its objective and of minimal impairment of a *Charter* right. [47] [52-54]

Likewise, the government has failed to establish a s. 1 justification for s. 72(2). Where the issue is solely whether *Charter* relief claimants should be entitled to the same retroactive benefits expressly available to their comparator group, absent cost considerations, it is difficult to see how denial of these benefits has a pressing and substantial objective. Here, there is an absence of

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : La différence de traitement exige, pour les besoins de l'analyse fondée sur le par. 15(1), le choix d'un groupe de comparaison. En ce qui concerne le par. 44(1.1), il convient de comparer les survivants de même sexe et ceux de sexe différent dont le conjoint est décédé avant le 1er janvier 1998, alors que pour le par. 72(2), la comparaison doit se faire entre les conjoints de même sexe et ceux de sexe différent qui ont présenté une demande de pension de survivant entre juillet 2000 et juin 2001. Faire droit à la prétention du gouvernement selon laquelle le groupe de comparaison doit être défini en fonction de la distinction expressément établie aux par. 44(1.1) ou 72(2) entre deux groupes de conjoints survivants de même sexe selon la date à laquelle le décès a mis fin à la relation ferait abstraction de la raison d'être fondamentale des modifications apportées au *RPC* en 2000, soit supprimer la différence de traitement entre conjoints de même sexe et conjoints de sexes différents. En l'espèce, la Cour d'appel a eu raison de conclure que les par. 44(1.1) et 72(2) violent le par. 15(1) de la *Charte*. Les deux dispositions traitent les conjoints survivants de même sexe différemment des membres du groupe de comparaison; l'orientation sexuelle est un motif de discrimination analogue à ceux énumérés au par. 15(1) et la différence de traitement est réellement discriminatoire. [24] [37-38] [60]

Le paragraphe 44(1.1) n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Dans certains cas, la correspondance entre le droit aux prestations du *RPC* et les obligations imposées par d'autres lois aux conjoints de même sexe peut constituer un objectif urgent et réel de la limitation de l'admissibilité à des prestations sociales étant donné qu'une relation conjugale tisse souvent des liens complexes entre crédits d'impôt, pensions, prestations supplémentaires et autres droits. Il ne suffit toutefois pas d'invoquer ces liens de façon générale. Il faut, preuve à l'appui, préciser leur nature et leur pertinence et indiquer en quoi ils justifient la restriction du droit garanti par la *Charte* auquel il a été porté atteinte. Faute d'une telle preuve en l'espèce, la correspondance ne peut constituer un objectif urgent et réel du par. 44(1.1). L'absence de preuve empêche également de conclure qu'il existe un lien rationnel entre le par. 44(1.1) et son objectif et que cette disposition porte atteinte le moins possible à un droit garanti par la *Charte*. [47] [52-54]

Le gouvernement n'a pas non plus établi la justification du par. 72(2) au regard de l'article premier. Lorsqu'il s'agit uniquement de déterminer si ceux qui demandent réparation sur le fondement de la *Charte* devraient avoir droit aux prestations rétroactives expressément accordées au groupe de comparaison, indépendamment de toute considération liée au coût, il est difficile de voir

evidence of cost justifying the provision. In the circumstances, there is no rational connection between s. 72(2) and its objective, nor does s. 72(2) minimally impair the *Charter* rights of the Hislop class. [65-66]

With respect to s. 60(2) of the *CPP*, the estates of those survivors who died more than 12 months before the coming into force of the 2000 amendments do not have standing to claim a s. 15(1) *Charter* right on behalf of the deceased survivor. The use of the term "individual" in s. 15(1) was intentional and indicates that s. 15(1) applies to natural persons only. In the context in which the claim is made here, an estate is just a collection of assets and liabilities of a person who has died. It is not an individual and it has no dignity that may be infringed. Mr. Hislop's situation, however, is different. Although he died between the time his notice of appeal was filed in this Court and the hearing of this appeal, he obtained judgment while he was still alive. When a judgment is obtained, the cause of action upon which the judgment is based is merged in the judgment. Therefore, where a party dies pending appeal, the appeal survives even if the original cause of action would not. Although s. 15(1) rights are personal, the constitutional issues raised here are issues of public importance. Given the public interest in ensuring that questions of law related to such rights be correctly decided, an appeal from a judgment raising such issues must be allowed to survive the party's death pending the appeal. Moreover, it is a long-standing principle of law that a litigant should not be prejudiced by an act of the court. Accordingly, the estate of any class member who was alive on the date that argument concluded in the Superior Court of Justice and who otherwise met the requirements under the *CPP* is entitled to the benefit of this judgment. [71-77]

Although the Hislop class frames its s. 72(1) argument as an adverse effect discrimination claim, what it is seeking is a retroactive *Charter* relief. Since such a relief is unavailable in this case, it is not necessary to undertake a s. 15(1) analysis in respect of s. 72(1). Because courts are adjudicative bodies that, in the usual course of things, are called upon to decide the legal consequences of past happenings, they generally grant remedies that are retroactive to the extent necessary to ensure that successful litigants will have the benefit of the ruling. However, where the law changes through judicial intervention, it may be appropriate for a court to limit the retroactive effect of its judgment. While a substantial change in the law is necessary, it

un objectif urgent et réel dans le refus de telles prestations. En l'espèce, aucun élément de preuve lié au coût ne tend à justifier la disposition. Par conséquent, il n'y a pas de lien rationnel entre le par. 72(2) et son objectif et la disposition ne porte pas atteinte le moins possible aux droits que garantit la *Charte* aux membres du groupe Hislop. [65-66]

En ce qui concerne le par. 60(2) du *RPC*, la succession du conjoint survivant décédé plus de 12 mois avant l'entrée en vigueur des modifications de 2000 n'a pas qualité pour faire valoir au nom du défunt un droit garanti au par. 15(1) de la *Charte*. L'emploi du mot « *individual* » dans la version anglaise du par. 15(1) est intentionnel et indique que cette disposition ne s'applique qu'aux personnes physiques. Dans le contexte de la demande formulée en l'espèce, la succession n'est que l'ensemble des éléments d'actif et de passif du défunt. Ce n'est pas une personne physique et sa dignité ne peut faire l'objet d'une atteinte. Or, la situation de M. Hislop est différente. Bien que son décès soit survenu entre le dépôt de l'avis d'appel devant notre Cour et l'audition du pourvoi, il a obtenu jugement de son vivant. Lorsqu'un jugement a été rendu, le droit d'action sur lequel il repose se confond avec lui. Ainsi, lorsqu'une partie décède, l'appel en instance suit son cours même si le droit d'action initial s'éteint. Les droits garantis au par. 15(1) sont personnels, mais les questions constitutionnelles soulevées en l'espèce sont d'intérêt public. Comme il est dans l'intérêt général de statuer correctement sur les questions juridiques touchant à ces droits, il faut que l'appel d'un jugement soulevant de telles questions puisse suivre son cours malgré le décès de la partie pendant l'instance. De plus, il est bien établi en droit que nulle mesure judiciaire ne doit porter préjudice à une partie au litige. Par conséquent, la succession de tout membre du groupe qui était vivant le jour où les plaidoiries ont pris fin en Cour supérieure de justice et qui satisfaisait par ailleurs aux exigences du *RPC* peut bénéficier du jugement. [71-77]

Bien que le groupe Hislop conteste le par. 72(1) en faisant valoir qu'il a un effet préjudiciable discriminatoire, l'objet de sa demande est une réparation rétroactive fondée sur la *Charte*. Pareille réparation ne pouvant être accordée en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'analyser le par. 72(1) à la lumière du par. 15(1). S'agissant d'un organisme juridictionnel normalement appelé à déterminer les effets juridiques d'événements antérieurs, le tribunal octroie généralement une réparation qui rétroagit de façon que la partie victorieuse bénéficie de la décision. Toutefois, lorsqu'une cour de justice modifie le droit, il peut être opportun de limiter l'effet rétroactif de sa décision. Une modification fondamentale du droit est nécessaire mais ne suffit

is not sufficient to justify purely prospective remedies. Once the "substantial change" threshold is met, factors such as good faith reliance by governments, fairness to the litigants and the need to respect the constitutional role of legislatures must be considered to determine whether it is appropriate to limit the retroactive effect of the remedy. Here, the *M. v. H.* decision marked a departure from pre-existing jurisprudence on same-sex equality rights, and all the other relevant factors also weigh in favour of limiting retroactive relief. First, given the state of the jurisprudence prior to *M. v. H.*, the exclusion of same-sex partners from the former *CPP* was based on a reasonable understanding of the state of s. 15(1) jurisprudence as it existed at the relevant time. Second, the government did not act in bad faith in failing to extend survivors' benefits to same-sex couples prior to *M. v. H.* Third, in seeking payment of arrears back as far as 1985, the Hislop class effectively overlooks the evolution in the jurisprudence of same-sex equality rights. Its claim for a retroactive remedy is tantamount to a claim for compensatory damages flowing from the underinclusiveness of the former *CPP*. Imposing that sort of liability on the government, absent bad faith, unreasonable reliance or conduct that is clearly wrong, would undermine the important balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government that is struck by the general rule of qualified immunity. [69] [86] [99-100] [107-117]

With respect to ss. 44(1.1) and 72(2), the appropriate remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is to strike down both provisions. Here, the extent of the inconsistency with the equality guarantee is co-extensive with the scope of these two provisions. As such, the inconsistency can be cured without distorting or interfering with the rest of the legislative scheme. A declaration that ss. 44(1.1) and 72(2) are of no force and effect is in keeping with the scheme and obvious purpose of the 2000 amendments to extend the survivors' benefit to same-sex survivors. Finally, a temporary suspension of the declaration of invalidity is not appropriate in the present case. Suspensions should only be used where striking down the legislation without enacting something in its place would pose a danger to the public, threaten the rule of law or where it would result in the deprivation of benefits from deserving persons without benefiting the rights claimant. None of these factors are present here. As a result, a class member who was precluded by s. 44(1.1) or s. 72(2) from receiving the survivor's benefit and who otherwise meets the

pas pour écarter la rétroactivité de la réparation. Une fois remplie la condition première — la « modification fondamentale » de la règle de droit —, des éléments comme l'interprétation de bonne foi par le gouvernement, l'équité envers les parties et le respect du pouvoir constitutionnel des législatures doivent être pris en compte pour déterminer s'il convient de limiter la portée rétroactive de la réparation. Dans la présente affaire, l'arrêt *M. c. H.* a rompu avec l'interprétation antérieure des droits à l'égalité du conjoint de même sexe et tous les autres éléments en cause font également pencher la balance en faveur d'une réparation dont la portée rétroactive est restreinte. Premièrement, vu l'état de la jurisprudence avant l'arrêt *M. c. H.*, l'inadmissibilité du conjoint de même sexe aux prestations prévues par l'ancien *RPC* s'appuyait sur une compréhension raisonnable de la jurisprudence relative au par. 15(1) au moment considéré. Deuxièmement, le gouvernement n'a pas fait preuve de mauvaise foi en refusant la prestation de survivant aux conjoints de même sexe avant l'arrêt *M. c. H.* Troisièmement, en demandant que l'exigibilité des prestations remonte jusqu'en 1985, le groupe Hislop fait abstraction de l'évolution de la jurisprudence sur les droits à l'égalité du conjoint de même sexe. Sa demande d'une réparation rétroactive équivaut à la demande d'une indemnité pour la portée trop limitative de l'ancien *RPC*. À défaut de mauvaise foi, d'interprétation déraisonnable ou de comportement clairement fautif, imputer une telle responsabilité au gouvernement mettrait en péril l'équilibre important entre la protection des droits constitutionnels et l'efficacité gouvernementale établi par la règle générale de l'immunité restreinte. [69] [86] [99-100] [107-117]

En ce qui a trait aux par. 44(1.1) et 72(2), il convient de les invalider tous deux sur le fondement de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, l'étendue de l'incompatibilité avec la garantie d'égalité correspond au texte des deux dispositions. Il est donc possible de remédier à l'incompatibilité sans dénaturer les autres dispositions de la loi ou nuire à leur application. Déclarer inopérants les par. 44(1.1) et 72(2) cadre avec l'esprit du régime et l'objectif manifeste des modifications de 2000, à savoir rendre le conjoint survivant de même sexe admissible à la pension de survivant. Enfin, il n'y a pas lieu de suspendre temporairement la déclaration d'invalidité. La suspension ne doit intervenir que lorsque, sans l'adoption de nouvelles dispositions, l'invalidation poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de prestations des personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés. Aucune de ces considérations ne vaut en l'espèce. Un membre du groupe que les par. 44(1.1) ou 72(2) ont empêché de toucher la pension de survivant et qui satisfait par

eligibility requirements, will be entitled to payment of that benefit. The relevant date for the purpose of that payment is the date on which application was received or where no application was made because of the unconstitutional provisions, the date on which the statement of claim was filed. In no event are benefits payable in respect of a month prior to August 1999, which is the earliest month in respect of which a class member who applied for the survivor's benefit on the day the 2000 amendments came into force could have been eligible. [121] [134]

Lastly, pre-judgment interest is available in the instant case. The *CPP* is silent on the issue of pre-judgment interest and cannot, as such, reasonably be interpreted as creating an exception to the entitlement created by s. 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act*. [135]

Per Bastarache J.: Retroactivity of a constitutional remedy granted under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* is generally the norm in our constitutional jurisprudence, and a decision to deny such remedy — and the Hislop class's challenge to s. 72(1) of the *CPP* in this case — should be based on the balancing of interests that must take place in any claim for relief from an unconstitutional law. Reliance on the existence of a substantial change of law is not an appropriate consideration in the context of *Charter* rights. Such an approach implies that these rights depend on judicial recognition of a new or newly recognized social environment for their genesis. By attaching importance to changing social conditions, it makes *Charter* rights dependent on how the majority of Canadians perceive the claimants' rights. Society's views of *Charter* claimants — especially in the context of vulnerable minorities — should not be a factor for determining whether a *Charter* right was part of the Constitution in 1985, or whether it sprung into existence later and thereby be a basis for denying retroactive relief. Our Constitution may change to correspond to new realities, but that does not mean that every time a new constitutional interpretation is adopted or a previous decision is overturned that the fundamental rights and freedoms guaranteed in our *Charter* have changed or that new ones have been created. There is a difference between changes in constitutional interpretation and actual constitutional change. Even if the existence of a substantial change in the law was an appropriate threshold criterion, no such change actually occurred in this case. A review of the case law after 1985 suggests that this Court did not upset established law when it handed down its decision in *M. v. H.* [137] [140] [143-147] [157]

ailleurs aux critères d'admissibilité aura donc droit à la pension. La date pertinente pour les besoins du versement est celle de la réception de la demande ou, lorsque aucune demande de pension n'a été présentée à cause des dispositions inconstitutionnelles, celle du dépôt de la demande en justice. Aucune prestation n'est payable pour un mois antérieur à août 1999, qui marque le début de la période pour laquelle un membre du groupe ayant demandé des prestations de survivant le jour de l'entrée en vigueur des modifications de 2000 aurait pu y avoir droit. [121] [134]

Enfin, de l'intérêt avant jugement peut être accordé en l'espèce. Le *RPC* ne prévoit rien à ce sujet, de sorte que l'on ne saurait raisonnablement considérer qu'il crée une exception au droit conféré à l'art. 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. [135]

Le juge Bastarache : La rétroactivité de la réparation fondée sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est généralement la norme dans notre jurisprudence constitutionnelle et la décision de l'écarter et de rejeter la contestation du par. 72(1) du *RPC* par le groupe Hislop devrait reposer uniquement sur la mise en balance des intérêts en cause par tout tribunal saisi d'une demande de réparation fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi. La modification fondamentale du droit n'est pas une considération pertinente dans le contexte des droits garantis par la *Charte*. Le raisonnement qu'elle sous-tend implique que ces droits dépendent de la reconnaissance judiciaire d'un contexte social nouveau ou dont l'existence a été établie récemment. En attachant de l'importance à l'évolution du contexte social, il fait dépendre les droits constitutionnels de quiconque de la perception qu'en a la majorité des Canadiens. Le sentiment de la société à l'égard de ceux qui invoquent la *Charte* — en particulier les membres de minorités vulnérables — ne devrait pas être pris en compte pour décider si un droit garanti par la *Charte* faisait partie de la Constitution en 1985 ou s'il a vu le jour ultérieurement, ce qui exclurait une réparation rétroactive. Notre Constitution peut s'adapter aux nouvelles réalités, mais toute interprétation nouvelle de la Constitution ou infirmation d'une décision antérieure ne modifie pas les droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte* ni n'en crée de nouveaux. Interpréter la Constitution différemment n'équivaut pas à la modifier. Même si l'existence d'une modification fondamentale du droit était une condition première valable, une telle modification n'a pas eu lieu en l'espèce. Il appert de la jurisprudence postérieure à 1985 que dans l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour n'a pas modifié une règle de droit établie. [137] [140] [143-147] [157]

The normal retroactive effect of judgments, however, may need to be tempered in certain circumstances in order to protect other legitimate interests. Reasonable reliance, good faith, fairness to litigants and Parliament's role are important considerations to be taken into account in deciding whether a retroactive constitutional remedy should be denied. Different considerations apply when deciding whether a suspended declaration of invalidity should be granted. A suspended declaration is a valid measure when a declaration of invalidity would pose a danger to the public, threaten the rule of law or deprive deserving persons of benefits without thereby benefiting the individual whose rights had been violated. A suspended declaration of invalidity is ultimately only a temporary limit on retroactivity; it does not determine whether governments are entitled to deny retroactive relief. It will not always be necessary to establish reasonable reliance in order to deny retroactive relief. In this case, given the state of the law pre-*M. v. H.*, it would be more accurate to emphasize the fact that the government was acting in good faith in the face of jurisprudential uncertainty. Finally, the nature of the constitutional violation is not relevant to deciding whether to deny a retroactive remedy. Subject to these clarifications, there is general agreement with how the majority has applied the other factors to this case. [159-164]

Cases Cited

By LeBel and Rothstein JJ.

Distinguished: *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1; **considered:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; **referred to:** *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Stinson Estate v. British Columbia* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Lew v. Lee*, [1924] S.C.R. 612, aff'd [1925] A.C. 819; *Reid v. Batty*, [1933] O.W.N. 496, aff'd [1933] O.W.N. 817; *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan v. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297; *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] 2 A.C. 680, [2005] UKHL 41; *Reference re Remuneration of Judges of the*

Il arrive cependant qu'il soit nécessaire de tempérer l'effet rétroactif d'un jugement pour protéger d'autres intérêts légitimes. L'interprétation raisonnable, la bonne foi, l'équité envers les parties et le rôle du législateur sont des éléments importants dont il faut tenir compte pour refuser ou non une réparation constitutionnelle rétroactive. Des considérations différentes s'appliquent pour décider s'il y a lieu ou non de suspendre la déclaration d'invalidité. La suspension est justifiée lorsqu'une déclaration d'invalidité poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés. En fin de compte, la suspension de la déclaration d'invalidité ne fait que limiter temporairement l'effet rétroactif. Elle n'est pas déterminante quant à savoir si le gouvernement peut écarter la rétroactivité de la réparation. La preuve d'une interprétation raisonnable n'est pas toujours nécessaire pour justifier le refus d'une réparation rétroactive. Dans la présente affaire, vu l'état du droit avant l'arrêt *M. c. H.*, il serait plus juste d'insister sur le fait que le gouvernement a agi de bonne foi dans un contexte jurisprudentiel incertain. Enfin, la nature de l'atteinte à la Constitution n'importe pas dans la décision de faire rétroagir ou non la réparation. Sous réserve de ces précisions, il y a généralement accord quant à l'application des autres éléments aux faits de l'espèce. [159-164]

Jurisprudence

Citée par les juges LeBel et Rothstein

Distinction d'avec l'arrêt : *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1; **arrêts examinés :** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; **arrêts mentionnés :** *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Stinson Estate c. British Columbia* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Lew c. Lee*, [1924] R.C.S. 612, conf. par [1925] A.C. 819; *Reid c. Batty*, [1933] O.W.N. 496, conf. par [1933] O.W.N. 817; *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan c. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297; *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] 2 A.C. 680, [2005] UKHL 41; *Renvoi*

Provincial Court of Prince Edward Island, [1998] 1 S.C.R. 3; *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *United States v. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982); *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971); *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13; *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

By Bastarache J.

Referred to: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Jim Pattison Industries Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 954; *Davidson v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Rath v. Kemp* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, aff'g (1996), 96 O.A.C. 173; *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84, rev'd (1995), 126 D.L.R. (4th) 72; *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321; *Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Kane v. Ontario (Attorney General)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 738; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Rosenberg v. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1.

Statutes and Regulations Cited

Amendments Because of the Supreme Court of Canada Decision in M. v. H. Act, 1999, S.O. 1999, c. 6, s. 68(2).

Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, ss. 2(1) "common-law partner" [ad. 2000, c. 12, s. 42(2)], "spouse" [ad. c. 30 (2nd Supp.), s. 1(3); rep. 2000,

relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard, [1998] 1 R.C.S. 3; *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *United States c. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982); *Chevron Oil c. Huson*, 404 U.S. 97 (1971); *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13; *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Jim Pattison Industries Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 954; *Davidson c. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161, autorisation d'appel refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Rath c. Kemp* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, conf. (1996), 96 O.A.C. 173; *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258; *Vogel c. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84, inf. par (1995), 126 D.L.R. (4th) 72; *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321; *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Kane c. Ontario (Attorney General)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 738; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Rosenberg c. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), 24(1).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H., L.O. 1999, ch. 6, art. 68(2).

c. 12, s. 42(1)], 42(1) "survivor" [ad. 2000, c. 12, s. 44(3)], 44(1)(*d*) [repl. *idem*, s. 45(1)], 44(1.1) [ad. *idem*, s. 45(2)], 60(2), 72 [am. *idem*, s. 54].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), 24(1).

Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 31.

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

Modernization of Benefits and Obligations Act, S.C. 2000, c. 12, ss. 42, 45(2).

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

Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations, L.C. 2000, ch. 12, art. 42, 45(2).

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 31.

Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 2(1) « conjoint » [aj. ch. 30 (2^{e} suppl.), art. 1(3); abr. & rempl. ch. 1 (4^{e} suppl.), art. 45, ann. III, n^{o} 4; abr. 2000, ch. 12, art. 42(1)], "conjoint de fait" [aj. 2000, ch. 12, art. 42(2)], 42(1) "survivant" [aj. 2000, ch. 12, art. 44(3)], 44(1)*d*) [rempl. *idem*, art. 45(1)], 44(1.1) [aj. *idem*, art. 45(2)], 60(2), 72 [mod. *idem*, art. 54].

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1765.

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (1980-81), Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 43:39-43:44; Issue No. 44, January 23, 1981, pp. 44:6-44:10; Issue No. 47, January 28, 1981, p. 47:88; Issue No. 48, January 29, 1981, pp. 48:4-48:49.

Choudhry, Sujit, and Kent Roach. "Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies" (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.

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

Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264.

Fisch, Jill E. "Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach" (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2005, release 1).

Lord Reid. "The Judge as Law Maker" (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated 2006, release 13).

Sampford, Charles. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Charron, Feldman and Lang JJ.A.) (2004), 73 O.R. (3d) 641, 246 D.L.R. (4th) 644, 192 O.A.C. 331, 124 C.R.R. (2d) 1, 12 R.F.L. (6th) 71, [2004] O.J. No. 4815 (QL), setting aside in part a decision of Macdonald J.

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1765.

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (1980-1981), fascicule n^{o} 43, le 22 janvier 1981, p. 43:39-43:44; fascicule n^{o} 44, le 23 janvier 1981, p. 44:6-44:10; fascicule n^{o} 47, le 28 janvier 1981, p. 47:88; fascicule n^{o} 48, le 29 janvier 1981, p. 48:4-48:49.

Choudhry, Sujit, and Kent Roach. « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205.

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

Driedger, Elmer A. « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264.

Fisch, Jill E. « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach » (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2005, release 1).

Lord Reid. « The Judge as Law Maker » (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated 2006, release 13).

Sampford, Charles. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford : Oxford University Press, 2006.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Charron, Feldman et Lang) (2004), 73 O.R. (3d) 685, 246 D.L.R. (4th) 644, 192 O.A.C. 331, 124 C.R.R. (2d) 1, 12 R.F.L. (6th) 71, [2004] O.J. No. 4815 (QL), qui a infirmé en partie une décision de

(2003), 234 D.L.R. (4th) 465, 114 C.R.R. (2d) 303, 50 R.F.L. (5th) 26, [2003] O.J. No. 5212 (QL). Appeal and cross-appeal dismissed.

Roslyn J. Levine, Q.C., and *Paul Vickery*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

J. J. Camp, Q.C., R. Douglas Elliott, Sharon D. Matthews, Patricia A. LeFebour, R. Trent Morris and *Sean M. Grayson*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Daniel Guttman and *Janet E. Minor*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Hugo Jean, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Nick Parker, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Cynthia Petersen* for the intervener Egale Canada Inc.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. was delivered by

LEBEL AND ROTHSTEIN JJ. —

I. Introduction

1 This is an appeal by the Attorney General of Canada ("government") from a decision of the Ontario Court of Appeal upholding in part the decision of the Ontario Superior Court of Justice and a cross-appeal by the respondents ("Hislop class"). The government appeals the finding of unconstitutionality of ss. 44(1.1) and 72(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 ("*CPP*"), as enacted by the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12 ("*MBOA*"). The Hislop class cross-appeals the finding of constitutionality of ss. 72(1) and 60(2) of the *CPP* and the denial of a remedy with respect thereto. We propose to dismiss both the appeal and the cross-appeal.

la juge Macdonald (2003), 234 D.L.R. (4th) 465, 114 C.R.R. (2d) 303, 50 R.F.L. (5th) 26, [2003] O.J. No. 5212 (QL). Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Roslyn J. Levine, c.r., et *Paul Vickery*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

J. J. Camp, c.r., R. Douglas Elliott, Sharon D. Matthews, Patricia A. LeFebour, R. Trent Morris et *Sean M. Grayson*, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

Daniel Guttman et *Janet E. Minor*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Hugo Jean, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Nick Parker, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Cynthia Petersen* pour l'intervenante Egale Canada Inc.

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

LES JUGES LEBEL ET ROTHSTEIN —

I. Introduction

La Cour est saisie du pourvoi du procureur général du Canada (le « gouvernement ») contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé en partie la décision de la Cour supérieure de justice de cette province, ainsi que du pourvoi incident de l'intimé (le « groupe Hislop »). Le gouvernement conteste la déclaration d'inconstitutionnalité visant les par. 44(1.1) et 72(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »), édictés par la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12 (« *LMRAO* »). Le groupe Hislop attaque la conclusion de constitutionnalité des par. 72(1) et 60(2) du *RPC* et le refus d'une réparation à leur égard. Nous sommes d'avis de rejeter les deux pourvois.

II. Overview

Under the *CPP*, the spouse of a contributor was entitled to apply for a survivor's pension after the death of the contributor. If the survivor's pension was approved, it would be payable for each month following the death of the contributor.

However, if the application of the survivor was not received by the government within 12 months of the death of the contributor, the arrears that could be claimed by the survivor were limited to a 12-month period preceding the receipt of the application. For example, if the contributor died in January 1995, and the survivor's application was not received by the government until March 1998, the maximum monthly pension arrears that could be claimed would be for 12 months preceding March 1998.

Until July 2000, for purposes of entitlement to a survivor's pension under the *CPP*, the survivor had to have been married to the contributor or had to be a person of the opposite sex who was cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the time of the contributor's death. Same-sex conjugal relationships were not recognized and the survivor of a same-sex conjugal relationship was not eligible to receive a survivorship pension under the *CPP*.

In *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, this Court struck down the opposite-sex definition of spouse in the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, as contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The declaration of invalidity was suspended for six months to give the Ontario government time to review the legislation. As a consequence of *M. v. H.*, the federal government and the governments of other provinces also amended a number of their statutes to address the constitutional deficiency. The federal government enacted the *MBOA*, which amended 68 pieces of legislation. This appeal involves a constitutional challenge to remedial amendments made to the *CPP* by the *MBOA* to recognize same-sex conjugal relationships for the purpose of entitlement to survivor's pensions under the *CPP*.

II. Survol

2 Suivant le *RPC*, le conjoint d'un cotisant décédé pouvait demander une pension à titre de survivant. Si sa demande était approuvée, il touchait une prestation mensuelle.

3 Toutefois, si le gouvernement ne recevait pas la demande dans les 12 mois du décès, le conjoint survivant ne pouvait obtenir une pension rétroactive que pour les 12 mois antérieurs à la réception de la demande. Par exemple, si le cotisant était décédé en janvier 1995 et que le gouvernement n'avait reçu la demande du conjoint survivant qu'en mars 1998, une prestation mensuelle n'était exigible que pour les 12 mois ayant précédé mars 1998.

4 Avant juillet 2000, pour avoir droit à la pension prévue par le *RPC*, il fallait que le conjoint survivant ait été marié au cotisant ou soit de sexe opposé et ait cohabité avec lui dans une relation matrimoniale au moment du décès. L'union de fait de personnes du même sexe n'était pas reconnue, et le membre survivant d'une telle union n'était pas admissible à la pension.

5 Dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, notre Cour a jugé contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* la définition de conjoint figurant dans la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, qui supposait une relation entre personnes de sexes différents. Elle a suspendu la déclaration d'invalidité pendant six mois pour permettre au gouvernement de l'Ontario de réviser ses lois. Par suite de cet arrêt, le gouvernement fédéral et les gouvernements des autres provinces ont eux aussi modifié certaines de leurs lois pour résoudre ce problème constitutionnel. Le gouvernement fédéral a ainsi adopté la *LMRAO*, qui modifiait 68 textes législatifs. Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité des modifications alors apportées au *RPC* pour reconnaître l'union de personnes du même sexe aux fins de l'admissibilité à la pension de survivant du *RPC*.

6 The Hislop class commenced a class action claiming that the *MBOA*'s remedial amendments to the *CPP* were contrary to s. 15(1) of the *Charter* as being underinclusive. There are four issues to consider. First, the amendments restricted *eligibility* for survivor benefits under the *CPP* to survivors of same-sex conjugal relationships whose partners died on or after January 1, 1998. The Hislop class argued that survivors of contributing partners of same-sex conjugal relationships who died anytime after s. 15(1) of the *Charter* became effective (April 17, 1985) should be eligible to make an application for *CPP* survivorship benefits. The Ontario Court of Appeal agreed with the Hislop class and found that the *eligibility* restriction violated s. 15(1) of the *Charter* and that the restriction could not be justified under s. 1. In other words, survivors of same-sex conjugal relationships in which the contributors died any time after April 17, 1985 should be eligible to receive survivor's pensions. We agree with that conclusion.

Le groupe Hislop a intenté un recours collectif, alléguant qu'en raison de leur portée trop restreinte, les modifications apportées au *RPC* par la *LMRAO* violaient le par. 15(1) de la *Charte*. À ce sujet, quatre problèmes doivent être pris en considération. Premièrement, ces modifications n'ont rendu *admissible* à la pension de survivant du *RPC* que le survivant dont le conjoint de fait de même sexe est décédé le 1er janvier 1998 ou par la suite. Le groupe Hislop a soutenu que le survivant dont le conjoint de même sexe était décédé après l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la *Charte* (le 17 avril 1985) devait être admissible à la pension. La Cour d'appel de l'Ontario lui a donné raison. Elle a jugé que l'*admissibilité* restreinte violait le par. 15(1) de la *Charte* et que l'atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Autrement dit, le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé après le 17 avril 1985 devrait être admissible à la pension de survivant. Nous faisons nôtre cette conclusion.

7 Second, for eligible same-sex survivors, the *MBOA* remedial amendments granted monthly pension *payments* commencing in July 2000, when the amendments came into force. As such, the amendments did not grant benefits retroactively. Irrespective of when the same-sex survivor became eligible, the monthly pension payments would not commence before July 2000.

Deuxièmement, les modifications apportées par la *LMRAO* prévoyaient que le *versement* d'une prestation mensuelle au conjoint survivant de même sexe admissible commençait en juillet 2000, soit au moment de leur entrée en vigueur. Elles n'accordaient donc pas de prestation rétroactive. Sans égard à la date à laquelle le conjoint survivant de même sexe devenait admissible, le versement de la prestation mensuelle ne débutait pas avant juillet 2000.

8 The Hislop class argued that survivors of same-sex conjugal relationships should be entitled to retroactive benefits from the time of death of the same-sex conjugal contributing partner. The Ontario Court of Appeal dismissed the Hislop class's claim for retroactive benefits.

Le groupe a Hislop a fait valoir que le conjoint survivant de même sexe devait avoir droit à la pension rétroactivement à la date du décès du cotisant. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté sa prétention.

9 The third and fourth issues are of less pervasive significance. In respect of the third issue, as explained earlier, general provisions of the *CPP* unaffected by *MBOA* amendments allowed for monthly pension arrears for up to 12 months preceding the receipt by the government of an application for benefits. The Ontario Court of Appeal found that the *MBOA* amendments that granted benefits commencing in July 2000, without entitling a

Les troisième et quatrième problèmes n'ont pas une importance aussi grande. En troisième lieu, on l'a vu, les dispositions générales du *RPC* non modifiées par la *LMRAO* permettaient d'obtenir une pension rétroactive pour une période d'au plus 12 mois avant la réception de la demande. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les modifications de la *LMRAO* suivant lesquelles la pension était versée à compter de juillet 2000 sans que le

same-sex survivor the opportunity of up to 12 months of arrears as was available to opposite-sex survivors, were contrary to s. 15 of the *Charter* and could not be justified under s. 1.

As to the fourth issue, the Ontario Court of Appeal held that estates of same-sex survivors have no standing to claim a remedy for breach of s. 15(1) of the *Charter*.

III. Statutory Provisions at Issue

Prior to the *MBOA*, "spouse" was defined in the *CPP* as:

Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8

2. (1) . . .

"spouse", in relation to a contributor, means,

(*a*) except in or in relation to section 55,

(i) if there is no person described in subparagraph (ii), a person who is married to the contributor at the relevant time, or

(ii) a person of the opposite sex who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the relevant time, having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year, and

(*b*) in or in relation to section 55, a person who is married to the contributor at the relevant time,

and, in the case of a contributor's death, the "relevant time", for greater certainty, means the time of the contributor's death;

The *MBOA* came into force on July 31, 2000. Section 42(1) of the *MBOA* repealed the definition of spouse in the *CPP*. Section 42(2) of the *MBOA* substituted a definition of "common-law partner". In that definition there is no express or implied reference to the gender of the partners. The definition of "common-law partner" reads:

conjoint survivant de même sexe ne puisse, comme le conjoint survivant de sexe différent, toucher au plus 12 mois de prestations rétroactives, contrevenaient à l'art. 15 de la *Charte* et que l'atteinte ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier.

Quatrièmement, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la succession du conjoint survivant de même sexe n'avait pas qualité pour agir et demander réparation sur le fondement du par. 15(1) de la *Charte*. 10

III. Les dispositions législatives en cause

Avant l'adoption de la *LMRAO*, le *RPC* définissait le mot « conjoint » de la manière suivante : 11

Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8

2. (1) . . .

« conjoint » À l'égard d'un cotisant, s'entend :

a) sauf à l'article 55, de même qu'en ce qui s'y rattache :

(i) d'une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré, dans les cas d'inexistence d'une personne décrite au sous-alinéa (ii),

(ii) d'une personne du sexe opposé qui, au moment considéré, vit avec le cotisant dans une situation assimilable à une union conjugale et a ainsi vécu avec celui-ci pendant une période continue d'au moins un an;

b) à l'article 55, de même qu'en ce qui s'y rattache, d'une personne qui est mariée au cotisant au moment considéré.

Il est entendu que, dans les cas de décès d'un cotisant, « moment considéré » s'entend du moment du décès du cotisant.

La *LMRAO* est entrée en vigueur le 31 juillet 2000. Son paragraphe 42(1) a abrogé la définition de conjoint du *RPC*, et son par. 42(2) l'a remplacée par celle de « conjoint de fait ». La nouvelle définition ne fait mention du sexe des conjoints ni expressément ni implicitement. En voici le libellé : 12

2. (1) In this Act,

. . .

"common-law partner", in relation to a contributor, means a person who is cohabiting with the contributor in a conjugal relationship at the relevant time, having so cohabited with the contributor for a continuous period of at least one year. For greater certainty, in the case of a contributor's death, the "relevant time" means the time of the contributor's death.

13 By a series of other *MBOA* amendments to the *CPP*, survivors of same-sex conjugal relationships became entitled to receive benefits under the *CPP*. However, by s. 45(2) of the *MBOA*, s. 44(1.1) of the *CPP* was added whereby no survivorship pension would be payable to survivors of same-sex conjugal relationships unless they became survivors on or after January 1, 1998. In other words, if the partner of the same-sex survivor died before January 1, 1998, the survivor would not be eligible for a survivorship pension under the *CPP*. Section 44(1.1) provides:

44. . . .

(1.1) In the case of a common-law partner who was not, immediately before the coming into force of this subsection, a person described in subparagraph (*a*)(ii) of the definition "spouse" in subsection 2(1) as that definition read at that time, no survivor's pension shall be paid under paragraph (1)(*d*) unless the common-law partner became a survivor on or after January 1, 1998.

14 A second provision added by the *MBOA* was s. 72(2) of the *CPP*. Section 72(2) operated to preclude payments to same-sex survivors for any month before July 2000, the month s. 72(2) came into force. Section 72(2) provides:

72. . . .

(2) In the case of a survivor who was the contributor's common-law partner and was not, immediately before the coming into force of this subsection, a person described in subparagraph (*a*)(ii) of the definition "spouse" in subsection 2(1) as that definition read at that time, no survivor's pension may be paid for any month before the month in which this subsection comes into force.

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« conjoint de fait » La personne qui, au moment considéré, vit avec un cotisant dans une relation conjugale depuis au moins un an. Il est entendu que, dans le cas du décès du cotisant, « moment considéré » s'entend du moment du décès.

D'autres modifications du *RPC* issues de la *LMRAO* ont reconnu au conjoint survivant de même sexe le droit de toucher des prestations en application du régime. Toutefois, suivant le par. 45(2) de la *LMRAO* ajoutant le par. 44(1.1) au *RPC*, la pension de survivant n'est payable au conjoint de même sexe que s'il est devenu conjoint survivant le 1er janvier 1998 ou par la suite. En d'autres termes, si le cotisant est décédé avant le 1er janvier 1998, son conjoint de même sexe n'a pas droit à la pension de survivant. Le texte du par. 44(1.1) est le suivant :

44. . . .

(1.1) Dans le cas d'un conjoint de fait qui n'était pas, à la date d'entrée en vigueur du présent paragraphe, une personne visée au sous-alinéa *a*)(ii) de la définition de « conjoint » au paragraphe 2(1), dans sa version à cette date, la pension de survivant n'est payée en vertu de l'alinéa (1)*d*) que si le conjoint de fait est devenu un survivant le 1er janvier 1998 ou après cette date.

La *LMRAO* a aussi ajouté au *RPC* le par. 72(2) excluant le versement de prestations au conjoint survivant de même sexe pour tout mois antérieur à celui de l'entrée en vigueur de la disposition, soit juillet 2000. Ce paragraphe dispose :

72. . . .

(2) Une pension de survivant n'est pas payable pour tout mois précédant celui de l'entrée en vigueur du présent paragraphe, dans le cas d'un survivant qui était le conjoint de fait du cotisant et qui n'était pas, à l'entrée en vigueur du présent paragraphe, une personne visée au sous-alinéa *a*)(ii) de la définition de « conjoint » au paragraphe 2(1), dans sa version à cette date.

The effect of s. 72(2) was to entirely preclude retroactive pension benefits to same-sex survivors. The Hislop class's position is that same-sex survivors should be entitled to retroactive benefits to the month following the death of their same-sex conjugal partner.

The incidental effect of s. 72(2) was to preclude for same-sex survivors the opportunity to seek up to 12 months of pension arrears prior to July 2000, an opportunity that was available to opposite-sex survivors under s. 72(1). Section 72(1) provides in relevant part:

72. (1) Subject to subsection (2) and section 62, where payment of a survivor's pension is approved, the pension is payable for each month commencing with the month following

. . .

but in no case earlier than the twelfth month preceding the month following the month in which the application was received.

The effect of s. 72(2) came to an end as of June 2001, because after that month, same-sex and opposite-sex survivors benefited from the application of the general rule in s. 72(1).

As indicated, s. 72(1) limits survivors' arrears benefits to not more than 12 months prior to the month in which the application is received. The Hislop class says that s. 72(1) imposes adverse effect discrimination on survivors of same-sex conjugal relationships. While s. 72(1) is facially neutral, access to survivorship pensions for same-sex survivors was not recognized until the enactment of the *MBOA*. Thus, even if s. 72(2) was struck down, the effect of s. 72(1) is to limit same-sex survivors from claiming benefits for more than 12 months prior to when their application was made. The Hislop class argues that s. 72(1) should be suspended to enable same-sex survivors to obtain payment of pension benefits back to when their same-sex partner died.

Le paragraphe 72(2) prive donc le conjoint de même sexe d'un cotisant de toute prestation rétroactive. Le groupe Hislop soutient qu'un tel conjoint devrait avoir droit à la pension de survivant à compter du mois qui suit le décès du cotisant. 15

Accessoirement, le par. 72(2) empêche aussi le conjoint survivant de même sexe de demander jusqu'à 12 mois de prestations rétroactives pour une période antérieure à juillet 2000, comme le conjoint survivant de sexe différent y a droit suivant le par. 72(1), dont voici un extrait : 16

72. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 62, lorsque le paiement d'une pension de survivant est approuvé, la pension est payable pour chaque mois à compter du mois qui suit :

. . .

mais qui n'est en aucun cas antérieur au douzième mois précédant celui qui suit le mois où la demande a été reçue.

L'effet du par. 72(2) a cessé en juin 2001. Depuis lors, le conjoint survivant de même sexe et le conjoint survivant de sexe différent bénéficient tous deux de l'application de la règle générale énoncée au par. 72(1).

Le paragraphe 72(1) limite donc à 12 mois avant la réception de la demande la période pour laquelle une prestation peut être versée rétroactivement. Le groupe Hislop allègue que cette disposition est discriminatoire en raison de son effet préjudiciable sur le conjoint survivant de même sexe. En effet, malgré la neutralité apparente de la rédaction du par. 72(1), le conjoint de même sexe n'est admissible à la pension de survivant que depuis l'adoption de la *LMRAO*. Si le par. 72(2) était invalidé, le par. 72(1) empêcherait quand même le conjoint de même sexe d'un cotisant décédé plus de 12 mois avant la demande d'obtenir une pension rétroagissant à la date du décès. Le groupe Hislop soutient alors que l'application du par. 72(1) devrait être suspendue pour permettre au conjoint survivant de même sexe d'obtenir une pension rétroactive à compter du décès du cotisant. 17

18 Finally, s. 60(2) of the *CPP*, a general provision not affected by the *MBOA*, limited the right of estates of survivors from obtaining benefits if the application for the benefits is not made within 12 months after the death of the survivor. Section 60(2) provides:

60. . . .

(2) Notwithstanding anything in this Act, but subject to subsections (2.1) and (2.2), an application for a benefit, other than a death benefit, that would have been payable in respect of a month to a deceased person who, prior to the person's death, would have been entitled on approval of an application to payment of that benefit under this Act may be approved in respect of that month only if it is made within 12 months after the death of that person by the estate, the representative or heir of that person or by any person that may be prescribed by regulation.

19 The Hislop class says that s. 60(2) should be suspended to enable estates of survivors of same-sex conjugal relationships to claim retroactive benefits for the period during which the survivor would have been entitled to benefits had same-sex survivors been recognized by the *CPP* as of the date of the death of the contributor. The suspension of s. 60(2) would only avail to the benefit of estates if ss. 44(1.1) and 72(2) are found to be unconstitutional.

IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2003), 234 D.L.R. (4th) 465

20 Macdonald J. found that all the respondents in this case were in conjugal relationships with their same-sex partners for a number of years. She considered whether ss. 44(1.1) and 72(2) of the *CPP* breached s. 15(1) of the *Charter*, using the three-part analysis set out in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The comparator group chosen by the Hislop class was married heterosexual couples. The trial judge agreed and found that the legislation treats same-sex survivors differently than survivors of married or opposite-sex common-law

Enfin, le par. 60(2) du *RPC*, une disposition générale non modifiée par la *LMRAO*, prévoit que l'ayant droit du conjoint survivant dispose de 12 mois après le décès de ce dernier pour demander le versement d'une prestation. Il est rédigé dans les termes suivants :

60. . . .

(2) Indépendamment des autres dispositions de la présente loi, et sous réserve des paragraphes (2.1) et (2.2), une demande de prestation, autre qu'une prestation de décès, qui aurait été payable pour un mois à une personne décédée et qui, avant son décès, aurait, après approbation d'une demande à cet effet, eu droit au paiement de cette prestation conformément à la présente loi, ne peut être approuvée que lorsqu'elle est présentée, dans les douze mois suivant le décès de cette personne, par l'ayant droit, le représentant ou l'héritier de cette personne, ou encore par toute personne visée par règlement.

Le groupe Hislop allègue que l'application du par. 60(2) devrait être suspendue pour permettre à l'ayant droit d'un conjoint survivant de même sexe de demander des prestations rétroactives pour la période pendant laquelle il aurait eu droit à la pension si, à la date du décès du cotisant, le *RPC* avait accordé les mêmes droits aux conjoints de même sexe et de sexe différent. Cette suspension ne pourra intervenir que si les par. 44(1.1) et 72(2) sont jugés inconstitutionnels.

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2003), 234 D.L.R. (4th) 465

La juge Macdonald a reconnu que les membres du groupe intimé avaient tous vécu dans une relation conjugale avec une personne du même sexe pendant un certain nombre d'années. Recourant à l'analyse en trois étapes appliquée dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, elle s'est demandé si les par. 44(1.1) et 72(2) du *RPC* violaient le par. 15(1) de la *Charte*. Le groupe de comparaison proposé par l'intimé était celui des couples hétérosexuels mariés. La juge l'a retenu et a conclu que la loi traitait le conjoint survivant de même

relationships. She observed that in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 13, it was found that "'sexual orientation' is an analogous ground under s. 15(1)". The judge also found that ss. 44(1.1) and 72(2) offended Hislop's human dignity. She concluded that ss. 44(1.1) and 72(2) infringed s. 15(1) of the *Charter*.

Macdonald J. considered the government's argument that the Hislop class's claim amounted to an impermissible claim for retroactive benefits for a breach of the *Charter*. She held that this Court's judgment in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, provided "a complete answer to the arguments raised by the Crown" (para. 99). In her view, ". . . discrimination was experienced after the coming into force of s. 15 of the *Charter*. The plaintiffs have actually experienced discrimination since before the passage of the *Charter*, but they seek to apply the *Charter* prospectively, to discrimination that took place after April 17, 1985" (*ibid.*). She held that the government had failed to demonstrate that the exclusion of same-sex survivors' pensions was a reasonable limit on the Hislop class's *Charter* rights under s. 1 of the *Charter*.

Macdonald J. held that ss. 44(1.1) and 72(2) violated s. 15(1) of the *Charter* and were not justified under s. 1. Under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, she granted same-sex survivors a constitutional exemption from the two general sections (ss. 60(2) and 72(1)) of the *CPP*. She also awarded interest under s. 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, on the unpaid survivors' pensions from February 1, 1992 or one month after the death of the contributor, whichever is later. She also awarded costs at approximately $1.3 million. She dismissed the Hislop class's claims for symbolic damages of $20,000 for each class member under s. 24(1)

sexe différemment du conjoint survivant de sexe opposé, marié ou vivant en union de fait. Elle a signalé que dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 13, notre Cour avait statué que « l'"orientation sexuelle" est un motif analogue à ceux qui sont énumérés au par. 15(1) ». Elle a estimé que les par. 44(1.1) et 72(2) portaient atteinte à la dignité des membres du groupe Hislop, puis elle a conclu que ces dispositions violaient le par. 15(1) de la *Charte*.

21 Devant la prétention du gouvernement selon laquelle le groupe Hislop tentait en fait d'obtenir des prestations rétroactives pour une atteinte à la *Charte* — une réparation exclue —, la juge Macdonald a souligné que l'arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, apportait [TRADUCTION] « une réponse complète à l'argumentation du gouvernement » (par. 99). Elle a ajouté : [TRADUCTION] « . . . la discrimination a été subie après l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la *Charte*. Les demandeurs ont en fait été victimes de discrimination avant l'entrée en vigueur de la *Charte*, mais ils demandent son application à des actes discriminatoires survenus après le 17 avril 1985 » (*ibid.*). La juge a estimé que le gouvernement n'avait pas démontré que le refus d'accorder la pension de survivant aux conjoints de même sexe constituait, au sens de l'article premier de la *Charte*, une limite raisonnable des droits constitutionnels des membres du groupe Hislop.

22 La juge Macdonald a alors conclu que les par. 44(1.1) et 72(2) violaient le par. 15(1) de la *Charte* et que l'atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier. En vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle a accordé aux conjoints survivants de même sexe une exemption constitutionnelle qui les soustrayait à l'application des deux dispositions générales du *RPC* (les par. 60(2) et 72(1)). Sur le fondement de l'art. 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, elle a également accordé des intérêts courant à compter du 1er février 1992 ou d'un mois après le décès du cotisant, selon la période la plus courte,

of the *Charter*, and their claims for damages for breach of fiduciary duty and unjust enrichment.

sur la pension de survivant exigible, ainsi que des dépens d'environ 1,3 million de dollars. Elle a toutefois rejeté la demande, fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*, de dommages-intérêts symboliques s'élevant à 20 000 $ par membre du groupe, ainsi que celle d'une indemnité pour manquement à l'obligation fiduciaire et enrichissement sans cause.

B. *Ontario Court of Appeal (Charron, Feldman and Lang JJ.A.)* (2004), 73 O.R. (3d) 641

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Charron, Feldman et Lang)* (2004), 73 O.R. (3d) 685

23 The Court of Appeal affirmed Macdonald J.'s decision with regard to the unconstitutionality of ss. 44(1.1) and 72(2). However, the court queried why the trial judge considered ss. 60(2) and 72(1) in her analysis of remedy but did not review them in her s. 15(1) or s. 1 analysis. The court was informed that the trial judge's remedy analysis followed the argument as presented at trial by the Hislop class's counsel. The court invited written submissions as to the constitutional validity of ss. 60(2) and 72(1). The court then found that it had the necessary factual foundation and jurisdiction to consider the constitutional validity of these sections and that they must be subjected to a s. 15 and a s. 1 *Charter* analysis.

La Cour d'appel a confirmé l'inconstitutionnalité des par. 44(1.1) et 72(2). Elle s'est toutefois demandé pourquoi la juge Macdonald avait examiné les par. 60(2) et 72(1) dans son analyse portant sur la réparation, mais non dans celle relative au par. 15(1) ou à l'article premier. Après avoir été informée que l'analyse de la juge de première instance avait suivi à cet égard la ligne d'argumentation de l'avocat du groupe Hislop au procès, la Cour d'appel a ordonné le dépôt d'observations écrites sur la constitutionnalité des par. 60(2) et 72(1). Estimant ensuite qu'elle disposait du fondement factuel et de la compétence nécessaires à l'examen de la validité constitutionnelle de ces dispositions, elle a conclu que celles-ci devaient faire l'objet d'une analyse au regard de l'art. 15 puis de l'article premier de la *Charte*.

24 The court concluded that ss. 44(1.1) and 72(2) offended s. 15(1) of the *Charter*. The court found that the appropriate comparator group is opposite-sex surviving partners and that, although the impugned sections contain temporal distinctions as the government argued, those distinctions apply only to same-sex surviving partners and not to opposite-sex survivors. Both ss. 44(1.1) and 72(2) treat same-sex survivors differently from their comparator group. The court said that sexual orientation is now recognized as an analogous ground under s. 15(1) of the *Charter*. The differential treatment discriminated in a substantive sense, and the discrimination could not be justified under s. 1.

La Cour d'appel a conclu que les par. 44(1.1) et 72(2) violaient le par. 15(1) de la *Charte*. À son avis, le groupe de comparaison approprié était celui des conjoints survivants de sexe différent et que même si, comme le faisait valoir le gouvernement, les dispositions contestées établissaient des distinctions temporelles, ces distinctions ne s'appliquaient qu'aux conjoints survivants de même sexe. Les paragraphes 44(1.1) et 72(2) traitaient tous deux les conjoints survivants de même sexe différemment des membres du groupe de comparaison. L'orientation sexuelle étant désormais reconnue comme un motif analogue à ceux énoncés au par. 15(1) de la *Charte*, cette différence de traitement était réellement discriminatoire et ne pouvait se justifier au regard de l'article premier.

25 In dealing with s. 60(2), the Court of Appeal held that estates could not make a s. 15(1) *Charter* application because s. 15(1) only applies to "[e]very

À propos du par. 60(2), la Cour d'appel a jugé qu'une succession ne pouvait présenter une demande fondée sur le par. 15(1) de la *Charte* parce que ce

individual". Survivors' estates enjoy no s. 15(1) rights and there was no basis to assess whether such rights were breached by s. 60(2).

With respect to s. 72(1), the court held that it did not limit same-sex survivors' rights. The court observed, at para. 106, that "[i]t is only once s. 44(1.1) and s. 72(2) are declared unconstitutional that s. 72(1) may have an adverse effect" on the Hislop class, by limiting pension entitlement to 12 months of arrears, no matter when the partner died. Most same-sex survivors did not apply for the survivor's pension when their partners died, because they were not eligible to apply under the *CPP*. The court held that s. 72(1) did not violate s. 15(1) of the *Charter* because, "in the context of the *MBOA*, it had no adverse effect on the claimants, and at this stage, it is not clear that it will have an adverse effect on the class" (para. 111). Therefore, there was no need to consider s. 1.

The Court of Appeal upheld the declaration of invalidity in respect of ss. 44(1.1) and 72(2). The court held that the two general sections, ss. 60(2) and 72(1) of the *CPP*, do not breach s. 15(1) of the *Charter*. Consequently, there was no remedy to be granted in respect of those sections. The court set aside the constitutional exemption which was ordered by the trial judge with respect to ss. 60(2) and 72(1).

The Court of Appeal held that the trial judge properly exercised her discretion on pre-judgment interest. She was entitled to award pre-judgment interest and there is no basis to interfere with that disposition. Costs were awarded on a partial indemnity basis.

C. *Appeal and Cross-Appeal to This Court*

The government now appeals the declaration of invalidity of ss. 44(1.1) and 72(2) and the awarding of pre-judgment interest on pension arrears. The

dernier ne s'applique qu'à une personne physique. La succession ne jouissant pas des droits garantis au par. 15(1), il n'y avait pas lieu de déterminer si le par. 60(2) y porte atteinte.

26 D'après la Cour d'appel, le par. 72(1) ne limitait pas les droits du conjoint survivant de même sexe. À son avis, le par. 72(1) ne pouvait avoir sur les membres du groupe Hislop l'effet préjudiciable de limiter à 12 mois le versement rétroactif de la pension de survivant, sans égard à la date du décès du cotisant, que si les par. 44(1.1) et 72(1) étaient déclarés inconstitutionnels (par. 106). La plupart des conjoints survivants de même sexe n'ont pas demandé la pension de survivant au décès de leurs conjoints parce que les dispositions du *RPC* ne le leur permettaient pas. La Cour d'appel a jugé que le par. 72(1) ne contrevenait pas au par. 15(1) de la *Charte*, car dans le contexte de la *LMRAO*, il n'avait pas d'effet préjudiciable sur les demandeurs et, à ce stade, il n'est pas certain qu'il aura un tel effet sur les membres du groupe (par. 111). L'examen au regard de l'article premier devenait donc superflu.

27 La Cour d'appel a confirmé l'invalidité des par. 44(1.1) et 72(2). Cependant, elle a statué que les deux dispositions générales, les par. 60(2) et 72(1) du *RPC*, ne violaient pas le par. 15(1) de la *Charte* et qu'une réparation ne s'imposait donc pas à leur égard. Elle a alors annulé l'exemption constitutionnelle accordée par la juge de première instance quant à leur application.

28 La Cour d'appel a conclu que la juge de première instance avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire au sujet de l'intérêt avant jugement — elle avait le pouvoir d'en accorder — et rien ne justifie de modifier sa décision. Elle a attribué des dépens sur la base d'une indemnisation partielle.

C. *Pourvoi et pourvoi incident devant la Cour suprême du Canada*

29 Le gouvernement en appelle de la déclaration d'invalidité visant les par. 44(1.1) et 72(2) et de l'intérêt avant jugement accordé sur les prestations

Hislop class cross-appeals the finding of the Court of Appeal which set aside the constitutional exemptions ordered by the trial judge with respect to ss. 60(2) and 72(1).

V. The Issues

30 On October 6, 2005, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 44(1.1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does s. 72(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

5. Does s. 60(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

6. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

7. Does s. 72(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a

rétroactives. Le groupe Hislop forme un appel incident à l'encontre de l'annulation par la Cour d'appel de l'exemption constitutionnelle accordée par la juge de première instance quant à l'application des par. 60(2) et 72(1).

V. Les questions en litige

Le 6 octobre 2005, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Le paragraphe 44(1.1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Le paragraphe 72(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

5. Le paragraphe 60(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

6. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

7. Le paragraphe 72(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

8. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de

free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

By way of cross-appeal, the Hislop class submitted three questions:

(1) Can estates advance s. 15(1) rights?

(2) Is there an entitlement to interest on survivor's pension arrears?

(3) Did the Court of Appeal err in setting aside the constitutional exemption in respect of ss. 60(2) and 72(1)?

In essence, the issues are:

(1) Should survivors of same-sex conjugal relationships in which the contributing partner died prior to January 1, 1998 be eligible to receive *CPP* survivorship benefits?

(2) Should survivors of same-sex conjugal relationships in which the contributing partner died at any time after April 17, 1985 be entitled to retroactive *CPP* benefits from the month following the death of the contributing partner?

(3) Should estates of deceased survivors be entitled to claim *Charter* relief which the survivors would have been entitled to claim?

VI. Analysis

The *MBOA* was enacted in response to this Court's decision in *M. v. H.* The Act seeks to eliminate from federal legislation distinctions based on sexual orientation. In the context of survivorship benefits under the *CPP*, the *MBOA* amendments entitle survivors of conjugal relationships, whether they be of the same or opposite sex, access to the same benefit regime. In other words, the gender of the parties to a conjugal relationship is now irrelevant in the survivorship provisions of the *CPP*. Even though the *MBOA* is remedial legislation, the

droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

31 Dans son pourvoi incident, le groupe Hislop soulève trois questions :

(1) Une succession peut-elle faire valoir un droit garanti au par. 15(1)?

(2) La somme payable rétroactivement au titre de prestation de survivant porte-t-elle intérêt?

(3) La Cour d'appel a-t-elle annulé à tort l'exemption constitutionnelle accordée à l'égard des par. 60(2) et 72(1)?

32 Essentiellement, les questions qui se posent sont les suivantes :

(1) Le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé avant le 1er janvier 1998 devrait-il être admissible à la pension de survivant du *RPC*?

(2) Le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé après le 17 avril 1985 devrait-il avoir droit à la pension rétroactivement à compter du mois qui a suivi le décès?

(3) La succession d'un conjoint survivant devrait-elle pouvoir obtenir, sur le fondement de la *Charte*, la réparation à laquelle aurait eu droit le défunt?

VI. Analyse

33 La *LMRAO* a été adoptée par suite de l'arrêt *M. c. H.* de notre Cour afin de supprimer dans la législation fédérale les distinctions fondées sur l'orientation sexuelle. Les modifications qu'elle a apportées au *RPC* accordent au conjoint de fait survivant, qu'il soit de même sexe ou de sexe différent, un même droit à pension. Autrement dit, le sexe des conjoints vivant dans une relation conjugale n'a désormais plus d'importance pour l'application des dispositions du *RPC* relatives à la pension de survivant. Même si la *LMRAO* corrige la situation, le

complaint is that the relief granted by the *MBOA* does not go far enough, in that it fails to confer eligibility on survivors whose same-sex partner died prior to January 1, 1998 and fails to grant retroactive relief.

groupe Hislop lui reproche de ne pas aller assez loin en ne rendant pas admissible à la pension de survivant la personne dont le conjoint de même sexe est décédé avant le 1er janvier 1998 et de ne pas prévoir la rétroactivité de la réparation.

A. *Section 44(1.1)*

A. *Le paragraphe 44(1.1)*

34 It will be convenient to first deal with the eligibility restriction. The *MBOA* recognized that the former *CPP* regime violated s. 15(1) of the *Charter* because it failed to recognize survivors of same-sex conjugal relationships. Section 44(1.1) continues to fail to recognize survivors of same-sex conjugal relationships whose contributing partner died before January 1, 1998.

Il convient d'examiner d'abord la restriction de l'admissibilité. La *LMRAO* a reconnu que l'ancien régime de pensions violait le par. 15(1) de la *Charte* en ce qu'il excluait le conjoint survivant de même sexe. Or, le par. 44(1.1) exclut toujours le conjoint de fait de même sexe d'un cotisant décédé avant le 1er janvier 1998.

35 Section 15(1) of the *Charter* provides:

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* dispose :

Equality Rights

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Droits à l'égalité

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

36 The test applicable to s. 15(1) of the *Charter* was articulated by this Court in *Law*. In short, there must be (1) differential treatment on the basis of a personal characteristic, (2) that is an enumerated or analogous ground, (3) which is discriminatory in purpose or effect.

Dans l'arrêt *Law*, notre Cour a établi le critère d'application du par. 15(1) de la *Charte*. En résumé, il doit y avoir (1) une différence de traitement en raison d'une caractéristique personnelle, (2) fondée sur un motif énuméré ou analogue et (3) discriminatoire dans son objectif ou ses effets.

(1) Differential Treatment

(1) Différence de traitement

37 As the Court of Appeal observed, essential to the question of differential treatment is the choice of comparator group. Throughout this litigation, the government has argued that s. 44(1.1) draws a temporal distinction only. The government's position is that the provisions of the *MBOA* do not differentiate between same-sex couples and opposite-sex couples, but rather, between two groups of survivors of same-sex relationships, based on the date their relationships ended as a result of one partner's death. It cannot, therefore, violate s. 15(1) because a temporal basis for a distinction is not an enumerated or

Comme la Cour d'appel l'a signalé, ce facteur exige le choix d'un groupe de comparaison. Or, tout au long de l'instance, le gouvernement n'a cessé de faire valoir que le par. 44(1.1) n'établit qu'une distinction de nature temporelle. Selon lui, la *LMRAO* ne distingue pas entre les conjoints de même sexe et ceux de sexe différent, mais plutôt entre deux groupes de conjoints survivants de même sexe selon la date à laquelle le décès a mis fin à la relation. Il ne pourrait donc y avoir violation du par. 15(1), car la distinction temporelle ne constitue pas un motif de discrimination énuméré ni un motif analogue

recognized analogous ground of discrimination. In our opinion, the courts below were correct in rejecting this argument.

To frame the comparator group in terms of the express distinction made in s. 44(1.1) between survivors whose partners died before January 1, 1998 and those whose partners died on or after that date would be to miss the fundamental reason for the enactment of the *MBOA*. In *M. v. H.*, this Court held that the distinction in the spousal support regime between same-sex and opposite-sex couples was unconstitutional and that it could not be saved under s. 1. The *MBOA* was expressly intended to extend equal treatment to same-sex partners in a wide range of statutes. It is the purpose of the *MBOA* itself that determines the appropriate comparator group. What must be compared is the subset of same-sex survivors that remains excluded from the *CPP* survivor's benefits, i.e., those whose partners died before January 1, 1998, and similarly situated opposite-sex survivors. The appropriate comparator group in respect of the s. 44(1.1) analysis is survivors of opposite-sex conjugal relationships whose partners died before January 1, 1998.

If the government was correct, remedial legislation intended to address the constitutional infirmity of existing legislation, but which limited eligibility for relief on a temporal basis, could never be the subject of a successful s. 15(1) *Charter* challenge. That is because a temporal basis of distinction is not one based upon grounds enumerated in s. 15(1) or grounds analogous thereto. When the government enacts remedial legislation, that legislation may still violate s. 15(1) requirements. The fact that it is remedial legislation does not immunize it from *Charter* review.

In this Court, the government's primary challenge to the s. 15(1) decision of the Court of Appeal was based on the choice of comparator group. We find the Court of Appeal did not err in the selection of comparator group.

The government cursorily argued that the *Charter* should be interpreted in a manner recognizing the evolution of societal opinions and

reconnu. À notre avis, les tribunaux inférieurs ont eu raison de rejeter cette prétention.

38 Définir le groupe de comparaison en fonction de la distinction expressément établie au par. 44(1.1.) entre les survivants dont le conjoint est décédé avant le 1er janvier 1998 et ceux dont le conjoint est décédé par la suite fait abstraction de la raison d'être fondamentale de la *LMRAO*. Dans l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour a statué que la distinction entre conjoints de même sexe et conjoints de sexes différents était inconstitutionnelle et ne pouvait être sauvegardée en application de l'article premier. La *LMRAO* visait expressément à assurer aux conjoints de même sexe un traitement égal dans une foule de lois. Son objectif même détermine le bon groupe de comparaison. Il faut comparer le sous-ensemble des survivants dont le conjoint de même sexe est décédé avant le 1er janvier 1998 — qui demeurent privés de la pension de survivant du *RPC* — et les survivants dont le conjoint de sexe différent est décédé avant cette date. Le bon groupe de comparaison pour l'analyse portant sur le par. 44(1.1) est donc composé des survivants dont le conjoint de sexe différent est décédé avant le 1er janvier 1998.

39 Si l'on faisait droit à la prétention du gouvernement, le par. 15(1) ne pourrait jamais permettre d'invalider une loi qui vise à remédier à l'inconstitutionnalité mais qui limite dans le temps l'admissibilité à la réparation, car la distinction ne serait fondée ni sur un motif énuméré au par. 15(1) ni sur un motif analogue. Or, il se peut qu'une loi corrective ne satisfasse pas aux exigences du par. 15(1). La volonté de remédier à une invalidité constitutionnelle qui la sous-tend ne soustrairait pas cette loi à un examen fondé sur la *Charte*.

40 Le pourvoi du gouvernement contre la décision de la Cour d'appel relative à l'application du par. 15(1) repose principalement sur le choix du groupe de comparaison. Nous sommes d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur à cet égard.

41 Le gouvernement a succinctement plaidé que l'interprétation de la *Charte* devait tenir compte de l'évolution des perceptions sociales et de la

the incremental recognition of analogous grounds. The government says the *MBOA* amendments restricting eligibility to survivors whose partners died on or after January 1, 1998 are consistent with that evolution. With respect, we do not see how the evolution of societal opinions and the incremental recognition of analogous grounds bear on whether s. 44(1.1) continues the discrimination which the *MBOA* amendments are intended to remedy. The question is not whether there was recognition of same-sex discrimination prior to 1998. Rather, the question is whether the prior discrimination which was recognized by the *MBOA* is or is not now being remedied. If survivors of same-sex conjugal relationships whose partners died before 1998 continue to be ineligible for *CPP* survivorship pensions, the prior discrimination that has been recognized by Parliament in enacting the *MBOA* continues for such survivors. For these reasons, we do not accept the government's evolution argument as a valid response to the s. 15(1) claim in respect of s. 44(1.1).

42 This disposes of the government's s. 15(1) arguments. The government did not argue any other error in the *Charter* analysis of the Court of Appeal. We agree with that analysis and need not duplicate it here.

(2) Section 1

43 Section 1 of the *Charter* provides:

Guarantee of Rights and Freedoms

1. 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.

Under s. 1, the government has the burden to demonstrate that a discriminatory provision is a reasonable limit on a s. 15(1) *Charter* right. If it meets this burden, the law will be saved as being

reconnaissance graduelle de motifs analogues. Il a ajouté que les modifications apportées par la *LMRAO* — qui ne rendent admissible que le survivant dont le conjoint est décédé le 1er janvier 1998 ou par la suite — se situent dans le droit fil de cette évolution. En toute déférence, nous ne voyons pas le lien entre, d'une part, l'évolution des perceptions sociales et la reconnaissance graduelle de motifs analogues et, d'autre part, la question de savoir si le par. 44(1.1) de la *LMRAO* perpétue la discrimination que cette loi visait à supprimer. Il ne s'agit pas de déterminer si la discrimination envers les conjoints de même sexe était reconnue avant 1998, mais bien si la discrimination antérieure reconnue par la *LMRAO* est désormais supprimée ou non. Si le conjoint de fait d'un cotisant de même sexe décédé avant 1998 demeure inadmissible à la pension de survivant du *RPC*, il fait toujours l'objet de la discrimination antérieure dont le législateur a reconnu l'existence en adoptant la *LMRAO*. C'est pourquoi nous ne pouvons retenir le motif de l'évolution que le gouvernement invoque en réponse à l'allégation selon laquelle le par. 44(1.1) ne respecte pas le par. 15(1).

Cette conclusion répond aux arguments du gouvernement concernant le par. 15(1). Le gouvernement n'a pas prétendu que d'autres erreurs entachaient l'analyse de la Cour d'appel fondée sur la *Charte*. Nous faisons nôtre cette analyse, et il n'est pas nécessaire de la reprendre dans les présents motifs.

(2) Article premier

L'article premier de la *Charte* est libellé comme suit :

Garantie des droits et libertés

1. 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.

Il incombe donc au gouvernement d'établir qu'une disposition discriminatoire constitue une restriction raisonnable d'un droit garanti au par. 15(1) de la *Charte*. S'il y parvient, la loi est sauvegardée en

a demonstrably justified reasonable limit on that right.

The framework for a s. 1 analysis is the well-known *Oakes* test (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-40). The *Oakes* test may be formulated as two main tests with subtests under the second branch, but it may be easier to think of it in terms of four independent tests. If the legislation fails under any one test, it cannot be justified. The four tests ask the following questions:

(1) Is the objective of the legislation pressing and substantial?

(2) Is there a rational connection between the government's legislation and its objective?

(3) Does the government's legislation minimally impair the *Charter* right or freedom at stake?

(4) Is the deleterious effect of the *Charter* breach outweighed by the salutary effect of the legislation?

As the *MBOA* was the legislative response to this Court's decision in *M. v. H.*, the Act obviously has a pressing and substantial purpose. However, in *M. v. H.*, the Court also held that "when dealing with underinclusive legislation it is important also to consider the impugned omission when construing the objective" (para. 100).

It is therefore necessary to consider whether the objective of s. 44(1.1) is pressing and substantial. The effect of s. 44(1.1) is to limit eligibility for *CPP* survivorship pensions in the case of survivors of same-sex conjugal relationships. No survivorship pension is payable where the partner died prior to January 1, 1998.

The government's pressing and substantial objective argument in this Court is different than in the Ontario courts. In the Ontario courts, the government's pressing and substantial argument was based on the evolutionary recognition of *Charter* rights and that, prior to *M. v. H.*, there would have

tant que limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

44 C'est de l'arrêt bien connu *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, que sont issus les paramètres de l'analyse que commande l'article premier (p. 138-140). Le critère qui s'en dégage peut être scindé en deux volets principaux dont le second comporte à son tour plusieurs éléments; il est toutefois plus commode d'y voir quatre critères indépendants. La disposition législative qui ne satisfait pas à un seul de ces critères ne peut être justifiée. Les quatre critères appellent les quatre questions suivantes :

(1) L'objectif de la loi est-il urgent et réel?

(2) Existe-t-il un lien rationnel entre la loi et son objectif?

(3) La loi constitue-t-elle une atteinte minimale au droit ou à la liberté en cause que garantit la *Charte*?

(4) Les effets préjudiciables de la violation de la *Charte* l'emportent-ils sur les effets bénéfiques de la loi?

45 Puisque la *LMRAO* a été adoptée pour donner suite à l'arrêt *M. c. H.*, son objectif est manifestement urgent et réel. Toutefois, dans cet arrêt, notre Cour a également dit que « quand on analyse une loi dont la portée est trop limitative, il est également important de tenir compte de l'omission contestée dans l'interprétation de l'objectif » (par. 100).

46 Il faut donc déterminer si l'objectif du par. 44(1.1) est urgent et réel. Ce paragraphe a pour effet de restreindre l'admissibilité du conjoint de même sexe à la pension de survivant du *RPC*, aucune prestation ne lui étant payable lorsque le décès du cotisant est survenu avant le 1er janvier 1998.

47 Le gouvernement défend devant notre Cour une argumentation nouvelle concernant le caractère urgent et réel de l'objectif. Alors que devant les tribunaux de l'Ontario, il a invoqué le caractère évolutif de la reconnaissance des droits garantis par la *Charte* et soutenu qu'avant l'arrêt *M. c. H.* les

been no rights to same-sex partners. In this Court, the government argues that the pressing and substantial objective of s. 44(1.1) is the matching of benefits conferred under the *CPP* with obligations imposed on same-sex partners under other legislation.

48 In the government's factum and in its oral argument there was no reference to evidence before the trial judge supporting the matching of benefits and obligations argument. The reasons of the trial judge and the Court of Appeal make no reference to the matching argument. It appears that this argument was raised for the first time in this Court.

49 We acknowledge that there may be cases in which the pressing and substantial objective of legislation and the impugned provisions are obvious and may be deduced from the legislation itself. However, in the majority of cases, in order to satisfy the pressing and substantial objective test, the government must adduce some evidence to support its argument.

50 In the case of s. 44(1.1), the issue is one of eligibility only. It is not a provision that purports to make benefits retroactive or that would confer a lump-sum windfall on a survivor. Therefore, it is not obvious why the matching argument supports the limitation imposed by s. 44(1.1).

51 The government seems to relate the January 1, 1998 eligibility date in the *CPP* to provisions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), allowing for a three-year limitation period for the government to re-assess or the individual to refile individual tax returns under that Act. Again, it is not clear why re-assessment or refiling under the *Income Tax Act* would have any relation to eligibility under the *CPP*. The eligibility date of January 1, 1998 in the *CPP* has no bearing on income of years prior to 2000 which is the first year in which same-sex survivors would actually receive *CPP* benefits. Therefore the matching argument relying on limitation periods in the *Income Tax Act* is perplexing.

conjoints de même sexe ne jouissaient d'aucun droit, il plaide maintenant que l'objectif urgent et réel du par. 44(1.1) réside dans la correspondance entre les prestations accordées aux conjoints de même sexe par le *RPC* et les obligations que leur imposent d'autres lois.

Ni dans son mémoire ni dans sa plaidoirie le gouvernement ne fait mention d'éléments de preuve présentés à la juge de première instance à l'appui de cette prétendue correspondance entre prestations et obligations. Ni les motifs de la juge de première instance ni ceux de la Cour d'appel ne traitent de cet argument. Il appert que cette thèse a été formulée pour la première fois devant notre Cour.

Il arrive que l'objectif urgent et réel de la loi et des dispositions attaquées soit évident et puisse se déduire de la loi elle-même. Toutefois, dans la plupart des cas, le gouvernement doit offrir des éléments de preuve à l'appui de sa prétention.

Le paragraphe 44(1.1) ne porte que sur l'admissibilité aux prestations. Il ne rend pas une prestation rétroactive ni ne prévoit le versement exceptionnel d'une somme forfaitaire à un survivant. En conséquence, on ne saisit pas d'emblée en quoi la thèse de la correspondance étaye la restriction qu'il établit.

Le gouvernement semble relier la date d'admissibilité du 1er janvier 1998 à la période de trois ans accordée par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), pour l'établissement d'une nouvelle cotisation par le gouvernement ou le dépôt d'une nouvelle déclaration par un particulier. Encore une fois, on ne discerne pas clairement le lien entre une nouvelle cotisation fiscale ou déclaration de revenus et l'admissibilité au *RPC*. Le choix du 1er janvier 1998 comme date d'admissibilité aux prestations n'influe pas sur le revenu des années antérieures à 2000, soit la première année où les conjoints survivants de même sexe ont pu toucher des prestations. Par conséquent, la thèse de la correspondance à certaines limites dans le temps prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* laisse perplexe.

If there was something to the matching argument in respect of eligibility, one would think that s. 44(1.1) would not have made the eligibility date January 1, 1998, but rather would have related it to the date the legislation came into force, July 2000. The fact that the government saw no difficulty in granting eligibility as of January 1, 1998 suggests that matching cannot be considered to be a pressing and substantial objective of s. 44(1.1).

Si cette thèse possédait quelque fondement, le législateur aurait fait correspondre le début de l'admissibilité à l'entrée en vigueur de la loi en juillet 2000, et non au 1er janvier 1998. Le fait que le gouvernement n'a pas vu d'inconvénient à fixer la date d'admissibilité au 1er janvier 1998 laisse penser que cette correspondance ne peut être considérée comme un objectif urgent et réel du par. 44(1.1). 52

We do not say that in an appropriate case the matching of benefits and obligations may not be a pressing and substantial objective of limits on the extension of social benefit legislation. We also acknowledge the government's argument that there are complex relationships between income tax credits, pensions, supplements and other entitlements, often based on conjugal relationships. But it is not enough to make general reference to these relationships. There must be an explanation supported by relevant evidence as to what those relationships are, why they are relevant and why they justify the limit on the *Charter* right that has been found to be violated.

Néanmoins, la correspondance entre le droit à des prestations et les obligations peut, dans certains cas, constituer un objectif urgent et réel de la limitation de l'admissibilité à des prestations sociales. Nous convenons en outre avec le gouvernement que l'existence d'une relation conjugale tisse souvent des liens complexes entre crédits d'impôt, pensions, prestations supplémentaires et autres droits. Il ne suffit toutefois pas d'invoquer ces liens de façon générale. Il faut, preuve à l'appui, préciser leur nature et leur pertinence et indiquer en quoi ils justifient la restriction du droit garanti par la *Charte* auquel il a été porté atteinte. 53

The absence of evidence justifying the matching argument also precludes a finding of rational connection between s. 44(1.1) and its objective. Without evidence, it is impossible to understand why s. 44(1.1) is rationally connected to the matching of benefits and obligations. For the same reason there is no evidence as to why s. 44(1.1) is minimally impairing of the s. 15 right to which same-sex survivors have been found to be entitled.

L'absence d'éléments de preuve à l'appui de la thèse de la correspondance empêche également de conclure à l'existence d'un lien rationnel entre le par. 44(1.1) et son objectif. Faute d'éléments de preuve, il est impossible de comprendre en quoi cette disposition a un lien rationnel avec la correspondance entre le droit des intéressés à des prestations et leurs obligations. Pour la même raison, il n'est pas établi en quoi le par. 44(1.1) porte atteinte le moins possible au droit fondé sur l'art. 15 reconnu aux conjoints survivants de même sexe. 54

More than a vague argument raised for the first time in this Court by the government will be necessary if a s. 1 argument is to succeed. It cannot succeed in this case. Because the government has failed to establish the pressing and substantial objective of the provision, its rational connection to its objective and that it minimally impairs the Hislop class's *Charter* rights, its argument fails in respect of s. 44(1.1) of the *CPP*.

La justification d'une limitation au regard de l'article premier exige davantage qu'une thèse floue comme celle dont le gouvernement nous a réservé la primeur. Elle ne peut être retenue en l'espèce. Parce qu'il n'a pas démontré que la disposition avait un objectif urgent et réel, qu'elle avait un lien rationnel avec cet objectif et qu'elle portait le moins possible atteinte aux droits que garantit la *Charte* aux membres du groupe Hislop, notre Cour ne peut faire droit à la prétention du gouvernement à propos du par. 44(1.1) du *RPC*. 55

B. *Section 72(2)*

56 Section 72(2) became effective in July 2000. The earliest month for which survivorship benefits may be payable to a survivor of a same-sex relationship is therefore July 2000.

57 The Hislop class says that s. 72(2) is to be contrasted with s. 72(1) which is the provision which applies generally to all survivors eligible for *CPP* survivorship pensions. Section 72(1) provides that, in the general case, survivorship pension arrears are payable for a period of up to 12 months preceding the month following the month in which the application for the pension was received.

58 After June 2001, survivors of same-sex and opposite-sex relationships are equally entitled to up to 12 months of arrears benefits under s. 72(1). However, s. 72(2) provides that, in the transitional period from July 2000 to June 2001, same-sex survivors could not access arrears prior to July 2000. By reason of s. 72(2), same-sex and opposite-sex survivors are treated differently in that transitional period.

59 The government makes the same "comparator group" argument in respect of s. 72(2) as it did in respect of s. 44(1.1). It says the *MBOA* amendments did not differentiate between same-sex and opposite-sex couples but rather between two groups of survivors of same-sex relationships based on the date on which the relationship ended as a result of the death of one of the partners.

60 The government is correct that s. 72(2) creates a temporal distinction. But that does not make its choice of comparator group correct. The appropriate comparison is between same-sex and opposite-sex survivors who applied for the survivor's pensions between July 2000 and June 2001. As with s. 44(1.1), the government's challenge to the s. 15(1) decision of the Court of Appeal is based solely on the choice of comparator group and the evolutionary recognition of analogous grounds. For the reasons we have expressed in our analysis of the s. 15(1) arguments in respect of s. 44(1.1), we do

B. *Le paragraphe 72(2)*

Le paragraphe 72(2) est entré en vigueur en juillet 2000. Un conjoint de même sexe ne peut donc toucher la pension de survivant qu'à partir de ce mois.

Le groupe Hislop soutient qu'il faut comparer le par. 72(2) au par. 72(1), la disposition qui s'applique généralement à tous les conjoints admissibles et qui prévoit que la pension de survivant est payable rétroactivement sur une période d'au plus 12 mois à compter du mois qui suit celui de la réception de la demande.

À compter de juin 2001, le conjoint survivant de même sexe et celui de sexe différent ont tous deux droit à au plus 12 mois de prestations rétroactives en application du par. 72(1). Toutefois, le par. 72(2) prévoit que, pendant la période transitoire allant de juillet 2000 à juin 2001, le conjoint survivant de même sexe ne peut toucher de prestations pour un mois antérieur à juillet 2000. Pendant cette période transitoire, le conjoint survivant de même sexe et celui de sexe différent se trouvent traités différemment à cause du par. 72(2).

Le gouvernement propose à l'égard du « groupe de comparaison » le même argument que pour le par. 44(1.1), soit que les modifications apportées par la *LMRAO* distinguent non pas entre les conjoints de même sexe et ceux de sexe différent, mais bien entre deux groupes de conjoints survivants de même sexe, selon la date du décès qui a mis fin à la relation.

Le gouvernement a raison d'affirmer que le par. 72(2) établit une distinction temporelle, mais le groupe de comparaison qu'il propose n'est pas approprié pour autant. En effet, la comparaison doit se faire entre les conjoints de même sexe et ceux de sexe différent qui ont présenté une demande de pension de survivant entre juillet 2000 et juin 2001. Comme dans le cas du par. 44(1.1), le gouvernement n'invoque que le groupe de comparaison retenu et la reconnaissance graduelle de motifs analogues à l'encontre de la décision de la Cour d'appel sur l'application du par. 15(1). Pour les

not find merit in the government's submissions in respect of s. 72(2).

With respect to s. 1, the government seems to make two arguments in support of s. 72(2). One is that the general principle is that legislation operates from the time of enactment forward and that this approach is consistent with prior amendments to the *CPP*. The other is that the focus was to fix the liability of the *CPP* as of July 2000.

We agree that remedial legislation generally operates prospectively. However, the only effect of striking down s. 72(2) is to render s. 72(1) applicable to survivors of same-sex conjugal relationships during the July 2000 to June 2001 period. For those same-sex survivors who applied for survivors' pensions during that time, they, like opposite-sex survivors, could be entitled to up to 12 months of arrears depending upon when the contributor died.

The effect of s. 72(1) applying to same-sex survivors during the period from July 2000 to June 2001 means that survivors who applied during that period could be entitled to arrears, at most, back to August 1999. While the striking down of s. 72(2) will grant access of up to 12 months of pension arrears, this is a result of retroactive benefits which Parliament itself granted by enacting s. 72(1).

We recognize that costs may be a factor in a s. 1 analysis. The government says that July 2000 was selected in order to fix the liability of the *CPP* as of that date. However, as of July 2000, the *CPP* had to anticipate up to 12 months of arrears liability arising from opposite-sex relationships. The government did not refer to evidence to suggest that cost was the reason to deny same-sex survivors up to

motifs exposés dans notre analyse de la constitutionnalité du par. 44(1.1) au regard du par. 15(1), nous jugeons non fondée la prétention du gouvernement relative au par. 72(2).

61 Au sujet de la justification du par. 72(2) au regard de l'article premier, le gouvernement semble avancer deux arguments. Il soutient d'abord que, suivant un principe général, la loi dispose pour l'avenir à compter de son adoption, ce qui est compatible avec les modifications antérieures apportées au *RPC*. Il plaide par ailleurs que l'objectif principal était de faire naître l'obligation du *RPC* au mois de juillet 2000.

62 Les lois correctives s'appliquent généralement pour l'avenir, nous en convenons. Toutefois, l'invalidation du par. 72(2) aurait uniquement pour effet de rendre le par. 72(1) applicable aux conjoints survivants de même sexe pour la période allant de juillet 2000 à juin 2001. Les conjoints survivants de même sexe qui ont présenté une demande de pension de survivant pendant cette période pourraient avoir droit, à l'instar des conjoints survivants de sexe différent, à des prestations rétroactives sur une période d'au plus 12 mois, selon la date du décès du cotisant.

63 L'application du par. 72(1) aux conjoints survivants de même sexe entre juillet 2000 et juin 2001 signifierait que ceux qui ont présenté une demande pendant cette période pourraient avoir droit à des prestations rétroactives à compter du mois d'août 1999 tout au plus. Le droit à une pension rétroactive sur une période d'au plus 12 mois que conférerait l'invalidation du par. 72(2) découle en fait de la rétroactivité que le législateur a lui-même prévue au par. 72(1).

64 Les coûts peuvent certes être pris en compte dans l'analyse fondée sur l'article premier. Le législateur aurait voulu faire naître l'obligation du *RPC* en juillet 2000. À cette date, toutefois, le *RPC* devait prévoir l'obligation de verser aux conjoints survivants de sexe différent jusqu'à 12 mois de prestations rétroactives. Le gouvernement n'a invoqué aucun élément de preuve de nature à démontrer que

12 months of benefit arrears during the transitional period.

65 We are not persuaded that, in the circumstances of this case, s. 72(2) is justified under s. 1 of the *Charter*. Access of up to 12 months of arrears payments prior to July 2000 is provided by existing legislation, namely s. 72(1). Parliament itself has provided for limited retroactive benefits. Where the issue is solely whether *Charter* relief claimants should be entitled to the same retroactive benefits expressly available to their comparator group, absent cost considerations, it is difficult to see how denial of these benefits has a pressing and substantial objective. Here, there is an absence of evidence of cost justifying the provision. In the circumstances, we cannot find there is a rational connection between s. 72(2) and its objective, or indeed, that s. 72(2) minimally impairs the *Charter* rights of the Hislop class.

66 The government has failed to establish a s. 1 justification for s. 72(2).

C. *Section 72(1)*

67 Because we have found that s. 72(2) violates s. 15(1) and is not saved by s. 1 of the *Charter*, same-sex survivors will be entitled to up to 12 months of pension arrears for the period from August 1999 to July 2000, pursuant to s. 72(1).

68 However, the Hislop class takes issue with s. 72(1) itself. The Hislop class argues that although s. 72(1) is facially neutral, its 12-month limitation on pension arrears has an adverse effect on same-sex survivors. It says that same-sex survivors were unable, prior to July 2000, to make a claim for survivorship benefits. Based upon s. 44(1.1) and s. 72(2) being struck down, it is argued that same-sex survivors

le coût de la mesure expliquait le refus de verser aux conjoints survivants de même sexe jusqu'à 12 mois de prestations rétroactives pendant le période transitoire.

Vu les circonstances de l'espèce, nous ne sommes pas convaincus que le par. 72(2) est justifié au regard de l'article premier de la *Charte*. Une disposition existante — le par. 72(1) — prévoit que le droit à au plus 12 mois de prestations peut rétroagir avant juillet 2000. Ainsi, le législateur a lui-même prévu des prestations rétroactives limitées. Lorsqu'il s'agit uniquement de déterminer si ceux qui demandent réparation sur le fondement de la *Charte* devraient avoir droit aux prestations rétroactives expressément accordées au groupe de comparaison, indépendamment de toute considération liée au coût, il est difficile de voir un objectif urgent et réel dans le refus de telles prestations. En l'espèce, aucune preuve relative au coût n'a été présentée pour justifier la disposition. Nous ne pouvons donc conclure qu'il existe un lien rationnel entre le par. 72(2) et son objectif ni même que cette disposition porte le moins possible atteinte aux droits que garantit la *Charte* aux membres du groupe Hislop.

Le gouvernement n'a pas démontré que le par. 72(2) était justifié au regard de l'article premier.

C. *Le paragraphe 72(1)*

En raison de notre conclusion selon laquelle le par. 72(2) viole le par. 15(1) sans être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*, les conjoints survivants de même sexe ont droit, en application du par. 72(1), à au plus 12 mois de prestations rétroactives pour la période allant d'août 1999 à juillet 2000.

Cependant, le groupe Hislop conteste même le par. 72(1). Il soutient que cette disposition n'est pas discriminatoire à première vue, mais que la limite de 12 mois a un effet préjudiciable sur le conjoint survivant de même sexe, car il lui était impossible de présenter une demande de pension de survivant avant juillet 2000. Il ajoute que si les par. 44(1.1) et 72(2) sont invalidés, le droit à pension

should be entitled to claim retroactive benefits from the time they became survivors after April 17, 1985 when s. 15(1) of the *Charter* came into force. For example, if an individual became a survivor of a same-sex relationship in 1995, the survivor should be entitled to a lump sum of benefits for the period from 1995 to the time the application was received. The Hislop class argues that the operation of s. 72(1) should be suspended for same-sex survivors to enable them to obtain those retroactive benefits.

devrait rétroagir à la date, postérieure à l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la *Charte* le 17 avril 1985, à laquelle est décédé le conjoint cotisant. Par exemple, le conjoint de même sexe devenu conjoint survivant en 1995 devrait avoir droit à une prestation forfaitaire pour la période comprise entre la date du décès en 1995 et celle de la réception de la demande. Selon le groupe Hislop, il conviendrait de suspendre l'application du par. 72(1) aux conjoints survivants de même sexe pour leur permettre d'obtenir une telle prestation rétroactive.

Although the Hislop class frames the s. 72(1) argument as an adverse effect discrimination claim, the issue which the argument raises is, in fact, one of remedy. What the Hislop class is seeking is retroactive *Charter* relief. Their request for a constitutional exemption from the limitation on arrears in s. 72(1) is, in effect, a request for a remedy in respect of their exclusion from the survivors' benefits by the pre-*MBOA CPP* between 1985 and 2000. As will be explained hereafter, this Court has been explicit in restricting entitlement to retroactive *Charter* relief of this nature. Because the remedy sought by the Hislop class is unavailable in any event, it is not necessary to undertake a s. 15(1) analysis in respect of s. 72(1).

69 Bien que le groupe Hislop argumente que sa contestation du par. 72(1) repose sur l'effet préjudiciable discriminatoire de la loi, dans les faits, la question qu'il soulève est celle de la réparation. Sa demande vise l'obtention d'une réparation rétroactive fondée sur la *Charte*. L'exemption constitutionnelle de l'application du par. 72(1), qui limite la rétroactivité des prestations, constituerait en réalité une réparation pour l'inadmissibilité de ses membres à la prestation de survivant entre 1985 et 2000 suivant les dispositions du *RPC* antérieures à la *LMRAO*. Comme nous l'expliquons plus loin, notre Cour a expressément limité le droit à une réparation rétroactive de cette nature fondée sur la *Charte*. La réparation sollicitée par le groupe Hislop ne pouvant de toute manière être accordée, il n'est donc pas nécessaire d'analyser le par. 72(1) à la lumière du par. 15(1).

D. *Section 60(2)*

D. *Le paragraphe 60(2)*

Where a survivor entitled to a survivor's *CPP* pension dies without making application for that pension, the survivor's estate may apply and obtain the pension benefit to which the survivor would have been entitled, provided the estate makes application within 12 months after the death of the survivor. The Hislop class submits that, because some same-sex survivors had been deceased for over 12 months when the *MBOA* amendments to the *CPP* came into effect, their estates should be able to apply for the benefits to which the survivors would have been entitled and that the 12-month limitation in s. 60(2) should be suspended so as not to bar such estate claims.

70 En cas de décès d'un conjoint admissible avant la présentation d'une demande de pension de survivant, sa succession peut prendre le relais et obtenir les prestations auxquelles il aurait eu droit en application du *RPC*, à condition que la demande soit soumise dans les 12 mois du décès du conjoint survivant. Puisque certains conjoints survivants de même sexe étaient décédés depuis plus de 12 mois lors de l'entrée en vigueur des modifications du *RPC* par la *LMRAO*, le groupe Hislop prétend que leurs successions devraient pouvoir demander les prestations auxquelles les défunts auraient eu droit et que l'application du délai imparti au par. 60(2) devrait être suspendue afin de ne pas faire obstacle à leurs demandes.

71 The threshold issue is whether the estates of those survivors who died more than 12 months before the coming into force of the *MBOA* amendments to the *CPP* may have standing to claim a s. 15(1) *Charter* right on behalf of the deceased survivor. Only if they have such standing may the Court even entertain an argument that s. 60(2) should not apply to such estates. The Hislop class relies on *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 322-23. *Big M Drug Mart* dealt with s. 2 of the *Charter* which uses the term "[e]veryone". The term used in s. 15(1) is more precise and narrower, as it allows rights to "[e]very individual".

72 The government submits, on the basis of the British Columbia Court of Appeal judgment in *Stinson Estate v. British Columbia* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761, that s. 15(1) rights cannot be enforced by an estate because those rights are personal and terminate with the death of the affected individual. The government also submits that estates are not individuals but artificial entities incapable of having their human dignity infringed. In addition, the government relies on the Special Joint Committee on the Constitution (see *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (1980-81), Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 43:39-43:44; see also Issue No. 44, January 23, 1981, at pp. 44:6-44:10; Issue No. 47, January 28, 1981, at p. 47:88; and Issue No. 48, January 29, 1981, at pp. 48:4-48:49), which substituted the words "every individual" for "everyone" in s. 15(1) in response to the Minister of Justice's desire "to make it clear that this right would apply to natural persons only" (p. 43:41). The government further argues that this Court has held that s. 15(1) rights could not be claimed by other entities such as corporations (see *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1382, *per* La Forest J.).

73 In our opinion, the government's submissions have merit. In the context in which the claim is made here, an estate is just a collection of assets and liabilities of a person who has died. It is not an individual and it has no dignity that may be

La question préliminaire est de déterminer si la succession d'un conjoint survivant décédé plus de 12 mois avant l'entrée en vigueur des modifications a qualité pour invoquer au nom du défunt un droit garanti au par. 15(1) de la *Charte*. Seule une réponse affirmative permettra à notre Cour d'examiner la prétention que le par. 60(2) ne devrait pas s'appliquer à la succession. Le groupe Hislop s'appuie sur l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 322-323. Or, cet arrêt porte sur l'art. 2 de la *Charte*, dont la version anglaise emploie le mot « [*e*]*veryone* », alors que le par. 15(1) accorde des droits à « [*e*]*very individual* », expression plus précise et davantage ciblée.

S'appuyant sur l'arrêt *Stinson Estate c. British Columbia* (1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le gouvernement soutient que la succession ne saurait exercer les droits garantis au par. 15(1) parce qu'il s'agit de droits individuels qui s'éteignent au décès du titulaire. Il ajoute qu'elle n'est pas une personne physique mais une entité fictive dont la dignité humaine n'est pas susceptible d'atteinte. Il invoque également les travaux du Comité mixte spécial sur la Constitution (voir *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (1980-1981), fascicule n° 43, 22 janvier 1981, p. 43:39-43:44; voir aussi fascicule n° 44, 23 janvier 1981, p. 44:6-44:10; fascicule n° 47, 29 janvier 1981, p. 47:88; fascicule n° 48, 29 janvier 1981, p. 48:4-48:49), qui a remplacé le mot « *everyone* » (tous) par « *every individual* » (chaque individu) au par. 15(1) pour exaucer le vœu du ministre de la Justice d'« assurer que le droit en question ne s'applique qu'à des personnes physiques » (p. 43:41). Il ajoute que notre Cour a statué que d'autres entités, comme les personnes morales, ne pouvaient bénéficier des droits garantis au par. 15(1) (voir l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1382, le juge La Forest).

Selon nous, les arguments du gouvernement sont fondés. Dans le contexte de la demande formulée en l'espèce, la succession ne constitue que l'ensemble des éléments d'actif et de passif du défunt. Elle ne s'assimile pas à une personne physique et sa dignité

infringed. The use of the term "individual" in s. 15(1) was intentional. For these reasons, we conclude that estates do not have standing to commence s. 15(1) *Charter* claims. In this sense, it may be said that s. 15 rights die with the individual.

ne peut faire l'objet d'une atteinte. L'emploi du mot « *individual* » dans la version anglaise du par. 15(1) est intentionnel. C'est pourquoi nous sommes d'avis que la succession n'a pas qualité pour intenter un recours fondé sur le par. 15(1) de la *Charte*. On peut donc dire que les droits conférés à l'art. 15 s'éteignent au décès de leur titulaire.

Mr. Hislop's individual situation, however, is different. Although he died between the time his notice of appeal was filed in this Court and the hearing of this appeal, he obtained judgment while he was still alive. 74

Toutefois, la situation particulière de M. Hislop est différente. Bien que son décès soit survenu entre le dépôt de l'avis d'appel devant notre Cour et l'audition du pourvoi, M. Hislop a obtenu jugement de son vivant.

When a judgment is obtained, the cause of action upon which the judgment is based is merged in the judgment: *Lew v. Lee*, [1924] S.C.R. 612, aff'd on this point [1925] A.C. 819 (P.C.); *Reid v. Batty*, [1933] O.W.N. 496 (H.C.J.), aff'd [1933] O.W.N. 817 (C.A.). In *Lew*, Anglin C.J. explained that, because of the doctrine of merger, the issue in an appeal is not the original cause of action but rather the legality and validity of the judgment. As such, where a party dies pending appeal, the appeal survives even if the original cause of action would not. 75

Lorsqu'un jugement a été rendu, le droit d'action sur lequel il repose se confond avec lui : *Lew c. Lee*, [1924] R.C.S. 612, confirmé sur ce point par [1925] A.C. 819 (C.P.); *Reid c. Batty*, [1933] O.W.N. 496 (H.C.), confirmé par [1933] O.W.N. 817 (C.A.). Dans l'arrêt *Lew*, le juge en chef Anglin a précisé qu'en raison de la théorie de la fusion, l'appel met en cause la légalité et la validité du jugement, et non le droit d'action initial. Ainsi, lorsqu'une partie décède, l'appel en instance suit son cours même si le droit d'action initial s'éteint.

It should be noted that Anglin C.J. relied in part on a provision in the British Columbia *Supreme Court Rules* (currently r. 15(2)), which provided that whether a cause of action survives or not, the death of either party between verdict or finding of the issues of fact and judgment will not give rise to abatement and that judgment may be entered notwithstanding death. He reasoned that, *a fortiori*, the right to enforce a judgment or defend it on appeal must also survive. In our view, his analysis is applicable in the instant case irrespective of any legislative provision. Although s. 15(1) rights are personal, the constitutional issues raised here are issues of public importance. Given the public interest in ensuring that questions of law related to such rights be correctly decided, an appeal from a judgment raising such issues must be allowed to survive the party's death pending the appeal. 76

Il convient de noter que le juge en chef Anglin s'est appuyé en partie sur une disposition des règles de procédure de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (qui correspond à l'actuel par. 15(2)). Selon cette disposition, que le droit d'action subsiste ou non, le décès de l'une ou l'autre des parties entre la décision ou la conclusion relative aux faits et le jugement n'entraîne pas l'extinction de l'instance, et jugement peut néanmoins être rendu. Le juge en chef Anglin a précisé qu'à plus forte raison, le droit de faire exécuter un jugement ou de le défendre en appel doit subsister lui aussi. À notre avis, son analyse s'applique en l'espèce indépendamment de toute disposition législative. Par ailleurs, en dépit du caractère personnel des droits garantis au par. 15(1), les questions constitutionnelles soulevées en l'espèce sont d'intérêt public. Comme il est dans l'intérêt général de statuer correctement sur les questions juridiques touchant à ces droits, il faut que l'appel d'un jugement soulevant de telles questions puisse suivre son cours malgré le décès de la partie pendant l'instance.

77 Although the preceding comments are sufficient to dispose of the issue in relation to Mr. Hislop himself, because this is a class action, it is appropriate to clarify with more precision the time at which s. 15(1) rights crystallize. Merger, as we have explained, occurs when judgment is entered. Nevertheless, it is a long-standing principle of law that a litigant should not be prejudiced by an act of the court (*actus curiae neminem gravabit*): *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561. Based on this principle, in cases where a plaintiff has died after the conclusion of argument but before judgment was entered, courts have entered judgment *nunc pro tunc* as of the date that argument concluded: see *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (B.C.S.C.); *Monahan v. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297. We affirm the correctness of this approach and conclude that the estate of any class member who was alive on the date that argument concluded in the Ontario Superior Court, and who otherwise met the requirements under the *CPP*, is entitled to the benefit of this judgment.

E. *Remedies*

78 We now turn to the question of remedy. In challenging s. 72(1) of the *CPP*, the appellants seek a fully retroactive remedy. They argue that a declaration of invalidity under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* necessarily operates back to the coming into force of s. 15 of the *Charter*. In order to determine the validity of this claim, we must first consider the nature of constitutional remedies and the circumstances under which courts may limit a retroactive remedy and craft a prospective remedy. In the present appeal, we conclude that a prospective remedy would be appropriate. A retroactive remedy would be unwarranted in respect of s. 72(1) *CPP*. We will also determine the appropriate remedies in respect of s. 44(1.1) and s. 72(2) *CPP*.

79 In substance, the position of the appellants is predicated on the traditional — often called Blackstonian — view that judges never make law,

Les remarques qui précèdent permettent de trancher la question à l'égard de M. Hislop, mais comme il s'agit d'un recours collectif, il convient de préciser à quel moment se cristallisent les droits garantis au par. 15(1). Nous avons expliqué qu'il y a fusion lorsque le jugement est rendu. Néanmoins, il est bien établi en droit que nulle mesure judiciaire ne doit porter préjudice à une partie au litige (*actus curiae neminem gravabit*) : *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561. Suivant ce principe, lorsque le demandeur décède après les plaidoiries mais avant le jugement, les cours de justice font rétroagir le jugement (*nunc pro tunc*) à la date de conclusion des plaidoiries : voir *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (C.S.C.-B.); *Monahan c. Nelson* (2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297. Nous confirmons la justesse de cette approche et concluons que la succession de tout membre du groupe qui était vivant le jour où les plaidoiries ont pris fin en Cour supérieure de l'Ontario et qui satisfaisait par ailleurs aux exigences du *RPC* peut bénéficier du jugement.

E. *Réparations*

Nous abordons maintenant la question de la réparation. En contestant le par. 72(1) du *RPC*, les appelants visent l'obtention d'une réparation entièrement rétroactive. Ils soutiennent qu'une déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rétroagit nécessairement à l'entrée en vigueur de l'art. 15 de la *Charte*. Pour juger du bien-fondé de cette prétention, il faut d'abord considérer la nature de la réparation constitutionnelle et les circonstances dans lesquelles le tribunal peut limiter sa portée rétroactive et la rendre uniquement valable pour l'avenir. Nous estimons qu'il y a lieu d'accorder en l'espèce une réparation pour l'avenir. Le paragraphe 72(1) du *RPC* ne justifie pas l'octroi d'une réparation rétroactive. Nous nous pencherons également sur les réparations qui s'imposent à l'égard des par. 44(1.1) et 72(2).

La thèse des appelants procède essentiellement de la conception classique — souvent appelée blackstonienne — selon laquelle les juges ne créent

but merely discover it. In this perspective, the courts are said to apply the law as it really was or has been rediscovered. As a consequence of the declaration of nullity, the appellants claim that they are entitled to the full benefits of the law, in conformity with an understanding of the Constitution, which is deemed to have never changed.

The supremacy clause, now enshrined at s. 52, is silent about the remedies which may flow from a declaration of nullity. Does it mean that such a declaration is always both prospective and retroactive? This does not appear to have been the position of our Court throughout the incremental development of the law of constitutional remedies after the adoption of the *Charter*. A body of jurisprudence now accepts the legitimacy of limiting the retroactive effect of a declaration of nullity and of fashioning prospective remedies in appropriate circumstances.

(1) Retroactive and Prospective Remedies Under the *Charter*

The Constitution empowers courts to issue constitutional remedies with *both* retroactive and prospective effects: see, e.g., *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 719. Section 24(1) of the *Charter* enables individuals who have had their *Charter* rights violated to seek redress for those past wrongs and "obtain such remedy as the court considers appropriate and just". Section 24(1) may also, in some situations, enable the claimant to recover damages, which are necessarily retroactive: *Schachter*, at pp. 725-26.

Section 52(1) instructs courts to declare unconstitutional legislation of no force or effect. When a court issues a declaration of invalidity, it declares that, henceforth, the unconstitutional law cannot be enforced. The nullification of a law is thus prospective. However, s. 52(1) may also operate retroactively so far as the parties are concerned, reaching into the past to annul the effects of the unconstitutional law: see, e.g., *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418.

pas le droit mais ne font que le découvrir, de sorte que les tribunaux appliquent le droit qui existait en réalité ou qu'ils redécouvrent. Les appelants prétendent qu'une déclaration de nullité leur donne droit au bénéfice de la loi dans son intégralité, selon une interprétation de la Constitution qui est réputée n'avoir jamais varié.

80 L'article 52, qui consacre la primauté de la Constitution, ne prévoit rien au sujet des réparations pouvant faire suite à une déclaration de nullité. Faut-il en conclure qu'une telle déclaration vaut toujours à la fois pour l'avenir et pour le passé? Notre Cour ne semble pas avoir opiné dans ce sens au cours de l'élaboration graduelle du droit des réparations constitutionnelles qui a suivi l'adoption de la *Charte*. Un courant de la jurisprudence reconnaît désormais l'opportunité, lorsque les circonstances s'y prêtent, de restreindre la portée rétroactive d'une déclaration de nullité et d'accorder une réparation pour l'avenir.

(1) Rétroactivité ou non-rétroactivité de la réparation constitutionnelle

81 La Constitution confère au tribunal le pouvoir d'accorder une réparation constitutionnelle valant *à la fois* pour le passé et pour l'avenir : voir, par ex., *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 719. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* reconnaît à la personne dont les droits constitutionnels ont été violés le droit d'ester en justice pour « obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste ». Dans certains cas, il lui permet aussi de toucher des dommages-intérêts, ce qui constitue une réparation nécessairement rétroactive : *Schachter*, p. 725-726.

82 Suivant le par. 52(1), le tribunal doit déclarer inopérante une disposition législative inconstitutionnelle, qui cesse dès lors de s'appliquer. L'annulation vaut donc pour l'avenir. Toutefois, le par. 52(1) peut également avoir une portée rétroactive au bénéfice des parties et remonter dans le passé pour annuler les effets d'une disposition inconstitutionnelle : voir, par ex., *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

83 This Court has applied in many cases the "declaratory approach" to constitutional remedies, which implies that s. 52(1) remedies are often given retroactive effect. See, for example, *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 28, Gonthier J. On this view, s. 52(1) remedies are deemed to be fully retroactive because the legislature never had the authority to enact an unconstitutional law. In the words of Professor Hogg, a declaration of constitutional invalidity "involves the nullification of the law from the outset" (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 55-2 (emphasis added)). If the law was invalid from the outset, then any government action taken pursuant to that law is also invalid, and consequently, those affected by it have a right to redress which reaches back into the past.

84 As mentioned above, the declaratory approach is derived from Blackstone's famous aphorism that judges do not create law but merely discover it: W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), vol. 1, at pp. 69-70. It reflects a traditional and widespread understanding of the role of the judiciary in a democratic state governed by strong principles of separation of powers between courts, legislatures and executives. In this perspective, courts grant retroactive relief applying existing law or rediscovered rules which are deemed to have always existed. On the other hand, legislators fashion new laws for the future.

85 Blackstone's declaratory approach has not remained unchallenged in modern law. Commentators and courts have pointed out that judges fulfill a legitimate law-making function. Judges do not merely declare law; they also make law. These critics argue that Blackstone's view is a fiction as judges make law, especially in the common law world. See, e.g., Lord Reid, "The Judge as Law Maker" (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22. They say such a fiction should not be turned into an ironclad principle.

Dans nombre d'affaires, notre Cour a appliqué la « théorie déclaratoire » à la réparation constitutionnelle, conférant ainsi souvent un effet rétroactif à la réparation fondée sur le par. 52(1). Voir, p. ex., l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 28, le juge Gonthier. Dans cette optique, la réparation fondée sur le par. 52(1) est tenue pour pleinement rétroactive, le législateur n'ayant jamais eu le pouvoir d'édicter une disposition inconstitutionnelle. Pour citer le professeur Hogg, une déclaration d'inconstitutionnalité [TRADUCTION] « entraîne l'annulation du texte dès le départ » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 55-2 (nous soulignons)). Si le texte de loi était invalide dès l'origine, toute action gouvernementale qu'il a fondée se trouve aussi invalide. Par conséquent, les personnes lésées ont droit à une réparation dont les effets remontent dans le passé.

Rappelons que la théorie déclaratoire est issue du célèbre aphorisme de Blackstone : les juges ne créent pas le droit mais ne font que le découvrir (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), vol. 1, p. 69-70). Elle exprime une conception classique et fort répandue du rôle des tribunaux dans un État démocratique, fondée sur le souci de préserver une stricte séparation des pouvoirs judiciaire, législatif et exécutif. Ainsi, le tribunal accorde une réparation rétroactive en appliquant le droit existant ou une règle redécouverte qui est réputée avoir toujours existé, tandis que le législateur élabore de nouvelles lois pour l'avenir.

La théorie déclaratoire de Blackstone n'a pas échappé à la critique jusqu'à ce jour. Auteurs et tribunaux ont fait valoir que l'ordre judiciaire remplit une fonction législative légitime. Les juges ne font pas que dire le droit; ils l'élaborent également. Selon ses critiques, la théorie de Blackstone ne représente qu'une fiction, car les juges créent le droit, en particulier dans les ressorts de common law. Voir, p. ex., lord Reid, « The Judge as Law Maker » (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22, et il faut se garder de faire un principe absolu de cette fiction.

However, this acknowledgement does not require abandoning Blackstone's declaratory approach altogether. The critique of the Blackstonian approach applies only to situations in which judges are fashioning new legal rules or principles and not when they are applying the existing law. In instances where courts apply pre-existing legal doctrine to a new set of facts, Blackstone's declaratory approach remains appropriate and remedies are necessarily retroactive. Because courts are adjudicative bodies that, in the usual course of things, are called upon to decide the legal consequences of past happenings, they generally grant remedies that are retroactive to the extent necessary to ensure that successful litigants will have the benefit of the ruling: see S. Choudhry and K. Roach, "Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies" (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at pp. 211 and 218. There is, however, an important difference between saying that judicial decisions are *generally* retroactive and that they are *necessarily* retroactive. When the law changes through judicial intervention, courts operate outside of the Blackstonian paradigm. In those situations, it may be appropriate for the court to issue a prospective rather than a retroactive remedy. The question then becomes what kind of change and which conditions will justify the crafting of judicial prospective remedies.

86 Cela dit, ce constat n'exige pas l'abandon total de la théorie déclaratoire de Blackstone. Les critiques dont elle fait l'objet visent seulement le cas où le tribunal établit de nouveaux principes ou règles de droit, et non celui où il applique le droit existant. Lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle juridique existante à un nouvel ensemble de faits, la théorie déclaratoire de Blackstone demeure valable et la réparation est nécessairement rétroactive. S'agissant d'un organisme juridictionnel normalement appelé à déterminer les effets juridiques d'événements antérieurs, le tribunal octroie généralement une réparation qui rétroagit de façon que la partie victorieuse bénéficie de la décision : voir S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, p. 211 et 218. Dire qu'une décision de justice est *généralement* rétroactive reste toutefois très différent de l'affirmation qu'elle l'est *nécessairement*. Lorsqu'une cour de justice modifie le droit, elle le fait indépendamment du modèle blackstonien, auquel cas il peut être opportun d'accorder une réparation uniquement pour l'avenir. La question qui se pose alors est de déterminer la nature des changements et des situations justifiant l'octroi d'une réparation pour l'avenir.

The House of Lords recently adopted this view in the course of its discussion of prospective overruling: *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] 2 A.C. 680, [2005] UHKL 41. The words of Lord Nicholls at para. 34 are particularly apt:

> [Blackstone's declaratory] theory is still valid when applied to cases where a previous decision is overruled as wrong when given. Most overruling occurs on this basis. These cases are to be contrasted with [those] where the later decision represents a response to changes in social conditions and expectations. Then, on any view, the declaratory approach is inapt. In this context [this] approach has long been discarded. It is at odds with reality.

87 Se penchant sur la question du revirement pour l'avenir, la Chambre des lords s'est récemment prononcée dans ce sens : *In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)*, [2005] 2 A.C. 680, [2005] UHKL 41. Les propos suivants de lord Nicholls sont particulièrement pertinents (par. 34) :

> [TRADUCTION] [La théorie déclaratoire de Blackstone] demeure valable lorsqu'une décision antérieure est infirmée au motif qu'elle était erronée au moment de son prononcé. L'infirmation intervient la plupart du temps pour cette raison. Ce cas doit être distingué d'avec celui où la décision de la juridiction supérieure se veut une réponse à l'évolution du contexte social et des attentes de la société, où la théorie déclaratoire ne s'applique pas quel que soit le point de vue adopté. Dans ce dernier cas, [cette] théorie a depuis longtemps été rejetée. Elle va à l'encontre de la réalité.

88 Although Lord Nicholls' statement arose in the common law context, this Court has implicitly adopted a similar line of reasoning in constitutional law. Despite this Court's endorsement of the Blackstonian declaratory approach, in its development of the law of constitutional remedies, it has frequently seen fit to temper the retroactive effect of s. 52(1) remedies and adopt a position similar to that of Lord Nicholls. On occasion, this Court has expressly stated that the s. 52(1) remedy would "apply prospectively" only: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, at para. 18. In that reference, the Court held that the provinces' remuneration scheme for provincial judges violated the right to a trial before an independent and impartial tribunal. In fashioning its remedy, the Court side-stepped Blackstonian doctrine and provided for a "transition period of one year before th[e] requirement [took] effect" (para. 18).

89 The use of the "transition period" after a finding of unconstitutionality is inconsistent with the declaratory approach. It keeps in force by judicial decision a law that was deemed never to have been of force or effect. Thus, the fact that this Court has occasionally prescribed transition periods, intended to give a s. 52(1) remedy prospective effect only, suggests that this Court is not wedded to the declaratory approach in all *Charter* cases.

90 In another type of situation, which arises more frequently, the Court has held that providing immediate and retroactive judicial remedies may be "inappropriate" when "doing so would create a lacuna in the regime before Parliament would have a chance to act": *R. v. Demers*, [2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46, at para. 57. In such cases, the Court has temporarily suspended the declaration of invalidity of the unconstitutional legislation to avoid creating a "legal vacuum" or "legal chaos" before Parliament or the legislature has the opportunity to enact something in place of the unconstitutional legislation: *Reference re Manitoba Language Rights*,

Lord Nicholls s'est exprimé dans le contexte de la common law, mais notre Cour a implicitement adopté un raisonnement analogue en droit constitutionnel. Malgré son acceptation de la théorie déclaratoire de Blackstone, elle a souvent jugé opportun de préciser, en élaborant le droit applicable aux réparations constitutionnelles, qu'il y avait lieu de limiter l'effet rétroactif de la réparation fondée sur le par. 52(1) et d'adopter ainsi un point de vue analogue à celui de lord Nicholls. Elle a parfois affirmé expressément que cette réparation « s'appliquera pour l'avenir » uniquement : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3, par. 18. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que la rémunération des juges des cours provinciales en cause violait le droit à une audience devant un tribunal indépendant et impartial. Toutefois, à propos de la réparation appropriée, notre Cour a écarté la théorie de Blackstone et prévu une « période de transition d'un an avant l'entrée en vigueur de [l']exigence » (par. 18).

L'emploi de la technique de la « période de transition » après une déclaration d'inconstitutionnalité déroge nécessairement à la théorie déclaratoire. En effet, la décision judiciaire maintient en vigueur une loi qui est réputée ne s'être jamais appliquée. Le fait que notre Cour a parfois prévu une période de transition afin que la réparation accordée sur le fondement du par. 52(1) ne vaille que pour l'avenir permet de conclure qu'elle n'adhère pas invariablement à cette théorie pour l'application de la *Charte*.

Notre Cour a par ailleurs statué, relativement à une situation plus fréquente, qu'il peut ne pas être « opportun » d'accorder une réparation dont l'effet est rétroactif et immédiat lorsque « cela créerait une lacune dans le régime avant que le Parlement ait la possibilité de prendre des mesures » : *R. c. Demers*, [2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46, par. 57. En pareil cas, elle a temporairement suspendu la déclaration d'invalidité afin d'éviter tout « vide juridique » ou « chaos » avant que le Parlement ou la législature en cause ne puisse remplacer les dispositions inconstitutionnelles : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985]

[1985] 1 S.C.R. 721 ("*Manitoba Language Rights Reference*"), at p. 747; *Schachter*. In *Schachter*, this Court held that the suspended declaration of invalidity was appropriate when giving immediate retroactive effect to the Court's declaration of invalidity would (a) "pose a danger to the public"; (b) "threaten the rule of law"; or (c) "result in the deprivation of benefits from deserving persons", such as when the legislation was "deemed unconstitutional because of underinclusiveness rather than overbreadth": *Schachter*, at p. 719.

Like transition periods and other purely prospective remedies, the suspended declaration of invalidity is not fully consistent with the declaratory approach. By suspending the declaration of invalidity, the Court allows the constitutional infirmity to continue temporarily so that the legislature can fix the problem. In other words, the Court extends the life of a law which, on the Blackstonian view, never existed.

Although if the legislature fails to comply with the Court's order within the period of suspension, the Court's declaration would apply retroactively, the purpose of a suspended declaration of invalidity can be to facilitate the legislature's function in crafting a prospective remedy. The temporal delay in striking down the law also has the effect of extending the life of an unconstitutional law. In such cases, to allow the claimants to recover concurrent retroactive relief would be at cross-purposes with the Court's decision to grant a suspended declaration of invalidity: *Schachter*, at p. 720.

The determination of whether to limit the retroactive effect of a s. 52(1) remedy and grant a purely prospective remedy will be largely determined by whether the Court is operating inside or outside the Blackstonian paradigm. When the Court is declaring the law as it has existed, then the Blackstonian approach is appropriate and retroactive relief should be granted. On the other hand, when a court is developing new law within the broad confines of the Constitution, it may be appropriate to limit the retroactive effect of its judgment.

The approach which our Court has adopted in respect of the crafting of constitutional remedies

1 R.C.S. 721, p. 747; *Schachter*. Dans ce dernier arrêt, notre Cour a décidé qu'il était opportun de suspendre la déclaration d'invalidité lorsque son effet rétroactif et immédiat a) « poserait un danger pour le public », b) « menacerait la primauté du droit » ou c) « priverait de bénéfices les personnes admissibles », notamment lorsque la loi a été « jugée inconstitutionnelle parce qu'elle est limitative et non parce qu'elle a une portée trop large » : *Schachter*, p. 719.

91 Comme la période de transition et les autres réparations valables uniquement pour l'avenir, la suspension de la déclaration d'invalidité ne se concilie pas parfaitement avec la théorie déclaratoire. En suspendant la déclaration d'invalidité, notre Cour permet que l'inconstitutionnalité demeure le temps que le législateur y remédie. Autrement dit, elle prolonge la vie d'un texte de loi qui, suivant la théorie de Blackstone, n'a jamais existé.

92 Même si le législateur ne se conforme pas à l'ordonnance de notre Cour avant l'expiration du délai accordé, ce qui emporte l'application rétroactive du jugement déclaratoire, le but de la suspension de la déclaration d'invalidité peut être de faciliter l'élaboration d'une réparation pour l'avenir. Le report de l'annulation a également pour effet de prolonger la durée de la disposition inconstitutionnelle. Dans ce cas, l'octroi d'une réparation rétroactive concurrente contredirait la décision de suspendre la déclaration d'invalidité : *Schachter*, p. 720.

93 L'application ou la non-application du modèle blackstonien détermine en grande partie s'il convient ou non de limiter l'effet rétroactif de la réparation fondée sur le par. 52(1) et d'accorder une réparation uniquement pour l'avenir. Lorsque le tribunal énonce le droit qui existait, alors la théorie de Blackstone s'applique et la réparation doit être rétroactive. Par contre, lorsqu'il établit une nouvelle règle de droit dans les paramètres généraux de la Constitution, la limitation de la portée rétroactive de sa décision peut être indiquée.

94 L'attitude adoptée par notre Cour en matière de réparations constitutionnelles découle aussi de

also flows from its understanding of the process of constitutional interpretation, which the "living tree" metaphor neatly describes. From the time Lord Sankey L.C. used these words to characterize the nature of the Canadian Constitution, courts have relied on this expression to emphasize the ability of the Constitution to develop with our country (*Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136). This Court has often stated that the Canadian Constitution should not be viewed as a static document but as an instrument capable of adapting with the times by way of a process of evolutionary interpretation, within the natural limits of the text, which "accommodates and addresses the realities of modern life": *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79, at para. 22; see also *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016, at p. 1029; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 723; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 365; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155.

95 It is true that the "living tree" doctrine is not wedded to a particular model of the judicial function. At times, its application may reflect the fact that, in a case, the Court is merely declaring the law of the country as it has stood and that a retroactive remedy is then generally appropriate. In other circumstances, its use recognizes that the law has changed, that the change must be acknowledged and that, from a given point in time, the new law or the new understanding of some legal principle will prevail.

96 The question is no longer the legitimacy of prospective remedies, but rather when, why and how judges may rule prospectively or restrict the retroactive effect of their decisions in constitutional matters. The key question becomes the nature and effect of the legal change at issue in order to determine whether a prospective remedy is appropriate. The legitimacy of its use turns on the answer to this question.

97 There must be change, but what kind of change will be enough? Given the often incremental nature

la manière dont elle conçoit l'interprétation de la Constitution, que décrit fort bien la métaphore de « l'arbre vivant ». Depuis que le lord chancelier Sankey a employé cette expression pour cerner la nature de la Constitution canadienne, les tribunaux y recourent pour souligner le fait que l'évolution de la Constitution peut être en phase avec celle de notre pays (*Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136). Notre Cour a souvent affirmé qu'il ne fallait pas considérer la Constitution du Canada comme un texte statique, mais comme un instrument capable d'évoluer au moyen d'une interprétation progressiste respectant les limites naturelles du texte et qui « s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne » : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79, par. 22; voir aussi *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016, p. 1029; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 723; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155.

Certes la doctrine de « l'arbre vivant » n'est pas foncièrement liée à une conception particulière de la fonction judiciaire. Parfois, son application peut indiquer que le tribunal se contente de dire le droit qui s'appliquait au pays, auquel cas une réparation rétroactive reste généralement appropriée. Mais il peut aussi arriver que par son application, le tribunal reconnaisse que le droit a changé, qu'il faut tenir compte de cette évolution et que la nouvelle règle ou la nouvelle interprétation d'un principe juridique s'applique à compter d'un moment déterminé.

Il ne s'agit plus de décider si le tribunal peut à bon droit accorder une réparation pour l'avenir, mais bien dans quels cas, pour quels motifs et de quelle manière il peut statuer ainsi ou restreindre la portée rétroactive de ses décisions en matière constitutionnelle. L'opportunité d'une réparation pour l'avenir tient alors à la nature et à l'effet de la modification du droit intervenue. Son bien-fondé en dépend.

Une modification du droit est nécessaire, mais laquelle suffira? En raison du caractère souvent

of changes in judge-made law in a common law system, the question is bound to raise difficulties. Various formulas have been suggested. For example, at a time when it appeared to be moving towards a broad recognition of prospective overruling, the U.S. Supreme Court relied on a notion of a "clear break with the past". The limitation on proactive remedies could be considered after litigants had established such a change (see *United States v. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982), at p. 549).

On other occasions, the same court crafted different formulas. In an earlier case, in 1971, it relied on a test which tended to look at both the nature of the change and of some of its consequences (*Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97 (1971), at pp. 106-7). It identified three relevant considerations:

> First, the decision to be applied nonretroactively must establish a new principle of law, either by overruling clear past precedent on which litigants may have relied . . . or by deciding an issue of first impression whose resolution was not clearly foreshadowed. . . . Second, it has been stressed that "we must . . . weigh the merits and demerits in each case by looking to the prior history of the rule in question, its purpose and effect, and whether retrospective operation will further or retard its operation." . . . Finally, we have weighed the inequity imposed by retroactive application, for "[w]here a decision of this Court could produce substantial inequitable results if applied retroactively, there is ample basis in our cases for avoiding the 'injustice or hardship' by a holding of nonretroactivity."

See also: J. E. Fisch, "Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach" (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055, at pp. 1060-63; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), at pp. 211-12.

Change in the law occurs in many ways. "Clear break with the past" catches some of its diversity. It can be best identified with those situations where, in Canadian law, the Supreme Court departs from its own jurisprudence by expressly overruling or implicitly repudiating a prior decision. Such clear situations would justify recourse to prospective

graduel de l'évolution du droit d'origine jurisprudentielle en common law, la question ne peut manquer de soulever des difficultés. On a proposé diverses réponses. Par exemple, lorsque la Cour suprême des États-Unis a paru encline à reconnaître généralement le revirement pour l'avenir, elle a invoqué la notion de [TRADUCTION] « rupture nette avec le passé ». La limitation de l'effet rétroactif de la réparation pourrait être envisagée une fois établie existence d'une telle modification (voir *United States c. Johnson*, 457 U.S. 537 (1982), p. 549).

98 Dans d'autres affaires, le même tribunal a exploré des avenues différentes. Ainsi, dans un arrêt antérieur datant de 1971, il a appliqué un critère tenant compte à la fois de la nature de la modification et de certaines de ses conséquences (*Chevron Oil Co. c. Huson*, 404 U.S. 97 (1971), p. 106-107). Il a retenu trois éléments à considérer :

> [TRADUCTION] Premièrement, la décision dont l'effet rétroactif sera écarté doit établir un principe de droit nouveau, soit en infirmant un précédent clair invoqué par les parties, [. . .] soit en tranchant une question nouvelle dont le règlement n'était pas clairement prévisible. [. . .] Deuxièmement, on a fait valoir que « dans chacun des cas, nous devons [. . .] soupeser les avantages et les inconvénients en examinant l'historique de la règle, son objet et son effet, et en déterminant si son application rétroactive favorisera ou retardera la réalisation de ses objectifs. » [. . .] Enfin, nous avons soupesé l'iniquité d'une application rétroactive, car « [l]orsqu'une décision de la Cour pourrait se révéler très inéquitable si elle s'appliquait rétroactivement, notre jurisprudence nous justifierait amplement d'éviter cette « injustice » en optant pour la non-rétroactivité. »

Voir également : J. E. Fisch, « Retroactivity and Legal Change : An Equilibrium Approach » (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055, p. 1060-1063; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), p. 211-212.

99 Le droit évolue de diverses manières. La [TRADUCTION] « rupture nette avec le passé » exprime une partie de cette réalité. Elle se produit par exemple lorsque la Cour suprême de notre pays déroge à sa propre jurisprudence en infirmant expressément une décision antérieure ou en la désavouant tacitement. Une situation

remedies in a proper context. But other forms of substantial change may be as relevant, especially in constitutional adjudication, where courts must give content to broad, but previously undefined, rights, principles or norms. The definition of a yet undetermined standard or the recognition that a situation is now covered by a constitutional guarantee also often expresses a substantial change in the law. The right may have been there, but it finds an expression in a new or newly recognized technological or social environment. Such a legal response to these developments properly grounds the use of prospective remedies, when the appropriate circumstances are met. A substantial change in the law is necessary, not sufficient, to justify purely prospective remedies. Hence, we must now turn to what else must be considered once legal change has been established.

aussi claire justifie l'octroi d'une réparation pour l'avenir lorsque le contexte s'y prête. Cependant, d'autres formes de modification fondamentale peuvent se révéler aussi déterminantes, en particulier sur le plan constitutionnel, lorsque le tribunal est appelé à déterminer la teneur de droits, de normes ou de principes généraux non encore définis. La définition d'une norme non encore déterminée ou la confirmation qu'une garantie constitutionnelle s'applique désormais à une situation opère souvent une modification fondamentale. Le droit en cause a pu exister, mais il trouve son expression dans un contexte technologique ou social nouveau ou dont l'existence a récemment été reconnue. Lorsque le droit s'adapte ainsi au contexte, l'octroi d'une réparation pour l'avenir devient approprié, à condition que les circonstances s'y prêtent. Une modification fondamentale du droit applicable est nécessaire mais ne suffit pas pour écarter la rétroactivité de la réparation. Une fois cette modification établie, nous devons donc rechercher les autres facteurs susceptibles d'entrer en ligne de compte.

100 Although the list of such factors should not be considered as closed, some of them appear more clearly compelling. They may include reasonable or in good faith reliance by governments (*Miron*, at para. 173; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, [2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13, at para. 78), or the fairness of the limitation of the retroactivity of the remedy to the litigants. Courts ought also consider whether a retroactive remedy would unduly interfere with the constitutional role of legislatures and democratic governments in the allocation of public resources (*Benner*, at para. 103; *Schachter*, at p. 710).

Bien que la liste de ces éléments ne doive pas être tenue pour exhaustive, certains d'entre eux paraissent plus clairement déterminants, dont le fait que le gouvernement s'est fondé sur une interprétation raisonnable ou empreinte de bonne foi (*Miron*, par. 173; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13, par. 78), ou qu'il est équitable envers les parties de limiter la rétroactivité de la réparation. Le tribunal doit aussi se demander si une réparation rétroactive empiéterait indûment sur le pouvoir des législatures et des gouvernements élus démocratiquement de répartir les ressources publiques (*Benner*, par. 103; *Schachter*, p. 710).

101 A careful consideration of reliance interests is critical to this analytical process. Although legal mechanisms, such as the *de facto* doctrine, *res judicata* or the law of limitations, may mitigate the consequences of declaratory rulings in certain circumstances, they do not address every situation. Fully retroactive remedies might prove highly disruptive in respect of government action, which, on the basis of settled or broadly held views of the law as it stood, framed budgets or attempted to design

Un examen soigné des intérêts liés à une confiance raisonnable dans une interprétation législative est essentiel dans le cadre d'une telle analyse. Même si, dans certains cas, des mécanismes juridiques tels que le principe de la validité *de facto*, l'autorité de la chose jugée ou les règles de prescription permettent d'atténuer les conséquences d'un jugement déclaratoire, ils ne s'appliquent pas toujours. Une réparation pleinement rétroactive pourrait se révéler très déstabilisante pour le gouvernement

social programs. Persons and public authorities could then become liable under a new legal norm. Neither governments nor citizens could be reasonably assured of the legal consequences of their actions at the time they are taken.

qui, sur la foi d'une interprétation établie ou largement répandue du droit tel qu'il existe, a adopté un budget ou tenté de concevoir des mesures sociales. Des personnes physiques ou des pouvoirs publics pourraient alors voir leur responsabilité engagée au regard de la nouvelle règle. Gouvernements et citoyens ne pourraient raisonnablement prévoir les conséquences juridiques de leurs actes.

The strict declaratory approach also hardly appears reconcilable with the well-established doctrine of qualified immunity in respect of the adoption of unconstitutional statutes which our Court applied, for example, in cases such as *Mackin* and *Guimond v. Quebec (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 347. Where legislation is found to be invalid as a result of a judicial shift in the law, it will not generally be appropriate to impose liability on the government. As Gonthier J. wrote in *Mackin*, it is a general rule of public law that "absent conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power, the courts will not award damages for the harm suffered as a result of the mere enactment or application of a law that is subsequently declared to be unconstitutional" (para. 78). The rationale for this qualified immunity, which applies equally to actions for damages based on the general law of civil liability and to claims for damages under s. 24(1) of the *Charter*, was aptly expressed by Gonthier J.: 102

L'application stricte de la théorie déclaratoire paraît également difficile à concilier avec le principe bien établi de l'immunité restreinte du législateur qui adopte une disposition inconstitutionnelle, que notre Cour a appliqué, par exemple, dans les arrêts *Mackin* et *Guimond c. Québec (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 347. Lorsque, par suite d'un revirement jurisprudentiel, une disposition législative est jugée inconstitutionnelle, il ne convient généralement pas d'imposer une responsabilité civile au gouvernement. Comme l'a rappelé le juge Gonthier dans l'arrêt *Mackin*, suivant un principe général de droit public, « en l'absence de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir, les tribunaux n'accorderont pas de dommages-intérêts pour le préjudice subi à cause de la simple adoption ou application d'une loi subséquemment déclarée inconstitutionnelle » (par. 78). Il explique bien la raison d'être de cette immunité restreinte opposable à la demande de dommages-intérêts fondée sur le droit général de la responsabilité civile ou sur le par. 24(1) de la *Charte* :

> Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the "established and indisputable" laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded. [para. 79]

> Ainsi, l'État et ses représentants sont tenus d'exercer leurs pouvoirs de bonne foi et de respecter les règles de droit « établies et incontestables » qui définissent les droits constitutionnels des individus. Cependant, s'ils agissent de bonne foi et sans abuser de leur pouvoir eu égard à l'état du droit, et qu'après coup seulement leurs actes sont jugés inconstitutionnels, leur responsabilité n'est pas engagée. Autrement, l'effectivité et l'efficacité de l'action gouvernementale seraient exagérément contraintes. Les lois doivent être appliquées dans toute leur force et [tout leur] effet tant qu'elles ne sont pas invalidées. Ce n'est donc qu'en cas de comportement clairement fautif, de mauvaise foi ou d'abus de pouvoir que des dommages-intérêts peuvent être octroyés. [par. 79]

The same principles will apply in respect of claims for retroactive benefits under s. 15 of the *Charter*.

Les mêmes principes s'appliquent à une demande de prestations rétroactives fondée sur l'art. 15 de

Whether framed as a remedy under s. 52 or s. 24(1), it may be tantamount to a claim for compensatory damages flowing from the underinclusiveness of the legislation.

103 People generally conduct their affairs based on their understanding of what the law requires. Governments in this country are no different. Every law they pass or administrative action they take must be performed with an eye to what the Constitution requires. Just as ignorance of the law is no excuse for an individual who breaks the law, ignorance of the Constitution is no excuse for governments. But where a judicial ruling changes the existing law or creates new law, it may, under certain conditions, be inappropriate to hold the government retroactively liable. An approach to constitutional interpretation that makes it possible to identify, in appropriate cases, a point in time when the law changed, makes it easier to ensure that persons and legislatures who relied on the former legal rule while it prevailed will be protected. In this way, a balance is struck between the legitimate reliance interests of actors who make decisions based on a reasonable assessment of the state of the law at the relevant time on one hand and the need to allow constitutional jurisprudence to evolve over time on the other.

104 Having regard to the above-mentioned criteria, it is possible to distinguish this case from some cases where fully retroactive remedies were granted. *Miron* provides an example of when it would *not* be appropriate for courts to limit the retroactive effect of a s. 52(1) remedy. In *Miron*, the appellant was injured while a passenger in a vehicle driven by an uninsured driver. He made a claim for accident benefits against the insurance policy of his unmarried partner but his claim was denied on the basis that the policy covered only legally married spouses. Writing for the majority, McLachlin J. (as she then was) held that the distinction based on marital status was discriminatory under s. 15(1) of the *Charter*. She concluded that retroactive reading-up of the legislation was an appropriate remedy, which entitled the appellant to the retroactive benefit of his partner's insurance policy.

la *Charte*. Peu importe que l'art. 52 ou le par. 24(1) soit invoqué à l'appui, on peut y voir une demande d'indemnité pour la portée trop limitative de la loi.

Les gens se livrent habituellement à leurs activités selon leur interprétation des exigences de la loi. Les gouvernements de ce pays n'agissent pas différemment. Chaque disposition qu'ils adoptent ou mesure administrative qu'ils prennent doit être conforme à la Constitution. Tout comme l'ignorance de la loi ne peut excuser un contrevenant, celle de la Constitution ne saurait excuser un gouvernement. Cependant, lorsqu'une décision de justice modifie le droit existant ou crée une nouvelle règle de droit, il peut être inopportun, dans certaines circonstances, de tenir le gouvernement rétroactivement responsable. L'interprétation constitutionnelle qui permet de déterminer, dans les cas qui s'y prêtent, le moment où la règle de droit a changé facilite la protection des justiciables et des législatures qui se sont fiés à l'ancienne règle de droit lorsqu'elle s'appliquait. De la sorte, un équilibre s'établit entre la confiance légitime des décideurs que leur action s'appuie sur une évaluation raisonnable du droit au moment considéré et la nécessité de préserver la capacité d'évolution de la jurisprudence constitutionnelle.

Sur la base des critères susmentionnés, la présente espèce peut être distinguée de certaines affaires où une réparation pleinement rétroactive a été accordée. L'affaire *Miron* illustre le cas où il est *inopportun* de limiter la portée rétroactive de la réparation fondée sur le par. 52(1). Dans cette affaire, l'appelant avait subi des blessures alors qu'il était passager dans une voiture dont le conducteur n'était pas assuré. Il avait présenté à l'assureur de sa conjointe de fait une demande d'indemnité qui avait été rejetée au motif que la police ne protégeait que le conjoint légalement marié. Au nom des juges majoritaires de notre Cour, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué que la distinction fondée sur l'état matrimonial était discriminatoire au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Elle a conclu qu'une interprétation large reconnaissant à l'appelant le droit de bénéficier rétroactivement de la police d'assurance de sa conjointe était la réparation appropriée dans les circonstances.

In *Miron*, it would not have been appropriate for the Court to limit the retroactive effect of the remedy and grant a purely prospective remedy. First, the government did not meet the threshold factor of showing a substantial change from the existing law. As early as 1980, the Ontario Legislature was able to agree on a formula to extend death benefits to certain unmarried persons. And in 1981, in the context of the Ontario *Human Rights Code*, the Legislature agreed on a definition of "spouse" as the person to whom a person of the opposite sex is married or with whom the person is living in a conjugal relationship outside marriage. In other words, Ontario's vehicle insurance legislation was out of step with the evolving understanding of "spouse" as it existed in other Ontario statutes. Therefore, the Court's holding in *Miron* — that the vehicle insurance legislation's definition of "spouse" violated s. 15 — was not a substantial change from the existing law. To the contrary, it reflected an understanding of s. 15 of the *Charter* that was already understood by the Ontario Legislature in the context of the Ontario *Human Rights Code* and other provincial legislation. Because the finding of a s. 15 infringement in *Miron* did not represent a substantial change in the law, it would have been inappropriate to limit the retroactive effect of its decision.

105 Les circonstances de l'affaire *Miron* ne permettaient pas à notre Cour de limiter la portée rétroactive de la réparation et de rendre celle-ci uniquement valable pour l'avenir. D'abord, le gouvernement ne s'était pas acquitté de son obligation première d'établir la modification fondamentale du droit existant. Dès 1980, la législature ontarienne avait reconnu à certains conjoints de fait le droit à une indemnité en cas de décès. À compter de l'année suivante, pour l'application du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, le mot « conjoint » s'est entendu de la personne avec laquelle une personne du sexe opposé est mariée ou avec laquelle elle vit dans une union conjugale hors du mariage. Autrement dit, les dispositions ontariennes relatives à l'assurance-auto n'avaient pas respecté l'évolution des autres lois de la province à propos de la définition du mot « conjoint ». Partant, la conclusion de notre Cour dans l'affaire *Miron*, voulant que la définition de « conjoint » figurant dans la loi sur l'assurance-automobile contrevenait à l'art. 15 de la *Charte*, n'emportait pas la modification fondamentale du droit existant. Au contraire, elle reflétait une interprétation de l'art. 15 que la législature de l'Ontario avait déjà fait sienne dans ses lois, y compris dans le *Code des droits de la personne*. Comme la reconnaissance d'une atteinte à l'art. 15 ne constituait pas une modification fondamentale du droit applicable, il n'aurait pas été approprié que notre Cour limite l'effet rétroactif de sa décision dans cette affaire.

However, even if the government had succeeded in meeting the substantial change requirement, other factors militated against limiting the retroactive effect of the remedy. In reaching her conclusion, McLachlin J. drew support from three observations. First, she observed that the legislature had, since the accident occurred, amended the applicable legislation to include unmarried partners, thus allaying any concerns about interfering unduly with legislative objectives. The amended legislation provided "the best possible evidence of what the Legislature would have done had it been forced to face the problem the appellants raise[d]" (para. 180). Second, considerations of fairness to the successful litigant also weighed in favour of retroactivity, as providing a retroactive remedy in this case

106 Par surcroît, même si le gouvernement avait satisfait à l'exigence de la modification fondamentale du droit, d'autres éléments auraient milité contre la limitation de la portée rétroactive de la réparation. En effet, la conclusion de la juge McLachlin reposait sur trois constats. Premièrement, depuis l'accident, les dispositions applicables avaient été modifiées pour viser également le conjoint de fait, ce qui dissipait toute crainte que la décision de notre Cour aille à l'encontre des objectifs du législateur. Les modifications apportées à la loi fournissaient « la meilleure preuve possible de ce que la législature aurait fait s'il lui avait fallu régler le problème soulevé par les appelants » (par. 180). Deuxièmement, l'équité envers la partie victorieuse faisait également pencher la balance en faveur de la rétroactivité

was the only means of "cur[ing] an injustice which might otherwise go unremedied": *ibid.* Third, McLachlin J. noted that the distinction based on marital status was unreasonable, *even at the time the impugned legislation was enacted* (para. 173). Because the Legislature ought to have known that the vehicle insurance legislation was out of step with a modern understanding of "spouse", it could not reasonably exclude common law spouses from insurance coverage.

107 It should be noted that, in *Miron*, all of the factors discussed above — good faith reliance by governments, fairness to the litigants and the need to respect the constitutional role of legislatures — favoured a retroactive remedy. In a number of cases, however, these factors may pull in different directions, with some factors favouring a retroactive remedy and others favouring a purely prospective remedy. In such cases, once the "substantial change" threshold criterion is met, it may be appropriate to limit the retroactive effect of the remedy based on a *balancing* of these other factors. This balance must be struck on a case-by-case basis.

108 A second situation that must be distinguished was considered by this Court in its recent judgment in *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1, wherein it held that taxes collected pursuant to an *ultra vires* regulation are recoverable by the taxpayer. The difference between the result in *Kingstreet* and the type of situation in the present case may be understood in terms of a basic distinction between cases involving moneys collected by the government and benefits cases. Where the government has collected taxes in violation of the Constitution, there can be only one possible remedy: restitution to the taxpayer. In contrast, where a scheme for benefits falls foul of the s. 15 guarantee of equal benefit under the law, we normally do not know what the legislature would have done had it known that its benefits scheme failed to comply with the *Charter*. In benefits cases, a range of options is open to government. The excluded group could simply be included

puisque l'octroi d'une réparation rétroactive constituait en l'espèce le seul moyen « de corriger une injustice qui autrement aurait pu demeurer inchangée » : *ibid.* Troisièmement, la distinction fondée sur l'état matrimonial était déraisonnable, *même au moment de l'adoption des dispositions en cause* (par. 173). Le législateur aurait dû savoir que la loi sur l'assurance-automobile ne correspondait pas à l'interprétation du mot « conjoint » qui avait alors cours, de sorte qu'il ne pouvait à bon droit exclure la protection du conjoint de fait.

Il importe de signaler que dans l'affaire *Miron*, tous les autres facteurs examinés précédemment — interprétation de bonne foi par le gouvernement, équité envers les parties et respect du pouvoir constitutionnel des législatures — faisaient pencher la balance en faveur d'une réparation rétroactive. Dans certains cas, ces facteurs peuvent toutefois militer en faveur de résultats différents, d'aucuns favorisant une réparation rétroactive, d'autres une réparation pour l'avenir. Une fois remplie la condition première, soit la « modification fondamentale » de la règle de droit, il peut alors convenir de limiter la portée rétroactive de la réparation à l'issue d'une *mise en balance* de ces autres éléments, toujours selon les faits en l'espèce.

Une deuxième distinction s'impose, cette fois avec l'affaire *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1, dans laquelle notre Cour a statué qu'une taxe perçue en application d'un règlement *ultra vires* peut être recouvrée par le contribuable. La différence entre le résultat ultime dans l'affaire *Kingstreet* et le type de situation visé par la présente espèce s'explique par une distinction fondamentale entre les affaires portant sur des sommes d'argent perçues par les gouvernements et les cas relatifs à des avantages et prestations. Le gouvernement qui a perçu une taxe en contrevenant à la Constitution n'a d'autre choix que de la restituer au contribuable. À l'opposé, lorsqu'un régime de prestations viole le droit au même bénéfice de la loi garanti à l'art. 15, on ignore habituellement quelle mesure le législateur aurait choisie s'il avait été conscient de cette inconstitutionnalité. Dans le cas d'un régime de prestations, une gamme de solutions s'offrent au

in the existing benefit scheme as was the result in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22. It could also be included in a modified benefit scheme, adopted by legislative amendments, as occurred in *Schachter*. Also, in *Schachter*, the Court alluded to the possibility of an elimination of the benefit (p. 702). In our political system, choosing between those options remains the domain of governments. This principle points towards limiting the retroactive effect of remedies in s. 15 benefits cases in which the other above-mentioned criteria are met.

(2) The Appropriate Remedy in This Case

(a) *Limits on the Retroactive Effect of the Remedy in the Context of This Case*

Same-sex equality jurisprudence since 1985 is illustrative of the sort of legal shift that gives rise to new law and justifies consideration of prospective remedies. The factors mentioned above also weigh in favour of limiting the retroactive effect of the remedy in the context of this case.

(i) The Substantial Change in the Law

This Court's decision in *M. v. H.* marked a departure from pre-existing jurisprudence on same-sex equality rights. In 1995, a majority of this Court upheld the exclusion of same-sex partners from old age security legislation in *Egan*, with four judges finding no s. 15(1) violation, and one judge concluding that the scheme was contrary to s. 15(1) but that it could be justified under s. 1. Four years later in *M. v. H.*, eight members of this Court held that the exclusion of same-sex partners from the spousal support provisions under the *Family Law Act* was contrary to s. 15(1) and could not be saved under s. 1. *M. v. H.* thus marks a clear shift in the jurisprudence of the Court, where it moved away from the plurality's holding in *Egan* and came

gouvernement. Il peut simplement rendre le groupe exclu admissible au régime existant comme il l'a fait dans l'affaire *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22. Il peut également, par voie de modification législative, le rendre admissible à un nouveau régime, comme dans l'affaire *Schachter*, où notre Cour a d'ailleurs évoqué la possibilité d'une suppression de la prestation (p. 702). Dans notre régime politique, il appartient aux gouvernements de choisir entre les solutions possibles. Dans le cas d'un régime de prestations contraire à l'art. 15, il y a donc lieu de limiter l'effet rétroactif de la réparation lorsque sont remplis les autres critères susmentionnés.

(2) La réparation appropriée en l'espèce

a) *Limitation de la portée rétroactive de la réparation en l'espèce*

Depuis 1985, la jurisprudence relative à l'égalité 109
du conjoint de même sexe offre un bon exemple de revirement jurisprudentiel faisant naître une règle de droit nouvelle et pouvant justifier l'octroi d'une réparation pour l'avenir. Les éléments susmentionnés militent aussi en faveur d'une limitation de l'effet rétroactif de la réparation accordée en l'espèce.

(i) La modification fondamentale de la règle de droit

Dans l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour a rompu avec 110
son interprétation antérieure des droits à l'égalité du conjoint de même sexe. En 1995, dans l'arrêt *Egan*, les juges majoritaires de notre Cour avaient confirmé l'inadmissibilité du conjoint de même sexe établie par les dispositions sur la sécurité de la vieillesse, quatre d'entre eux n'y voyant pas d'atteinte au par. 15(1) et le cinquième estimant que le régime contrevenait à cette disposition mais que l'atteinte était justifiée au regard de l'article premier. Quatre ans plus tard, dans l'affaire *M. c. H.*, huit juges de notre Cour concluaient que l'inadmissibilité du conjoint de même sexe à une pension alimentaire suivant la *Loi sur le droit de la famille* allait à l'encontre du par. 15(1) et que l'atteinte ne

to a new understanding of the scope of equality rights.

111 Bastarache J. disagrees with our conclusion on the nature of the change brought about by *M. v. H.* He cites lower court decisions rendered prior to *Egan* and before *M. v. H.* to show that the law on same-sex equality rights remained unsettled until *M. v. H.* However, in our system, the Supreme Court has the final word on the interpretation of the Constitution: *Manitoba Language Rights Reference*, at p. 745. A majority of the Court in *Egan* rejected the appellants' claim for equal benefits under the law. It was a fact that this Court held in *Egan* that the Constitution did not require equal benefits for same-sex couples. This fact changed only after *M. v. H.* when this Court held that it was unconstitutional to exclude same-sex couples from the definition of spouse in the *Family Law Act*. The threshold requirement for limiting the retroactive effect of the remedy has been satisfied. The Court must now consider other relevant factors. In this case, reliance interests, fairness concerns, the government's good faith, and the need to respect Parliament's legislative role all weigh in favour of limiting retroactive relief.

(ii) Reasonable Reliance

112 Given the state of the jurisprudence prior to *M. v. H.*, the exclusion of same-sex partners from the former *CPP* was based on a reasonable understanding of the state of s. 15(1) jurisprudence as it existed after *Egan* and before *M. v. H.* Admittedly, the Court in *Egan* was divided over whether to extend old age security benefits to same-sex couples, with four judges dissenting. After *M. v. H.*, it became apparent that the *Egan* dissent had prevailed.

pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Cet arrêt marque donc un net changement, notre Cour tournant le dos à la décision des juges majoritaires dans *Egan* et reconnaissant une nouvelle portée aux droits à l'égalité.

Le juge Bastarache est en désaccord avec notre conclusion concernant la nature du changement opéré par l'arrêt *M. c. H.* Il invoque des décisions de tribunaux inférieurs rendues avant les arrêts *Egan* et *M. c. H.* pour affirmer que la portée des droits à l'égalité du conjoint de même sexe est demeurée incertaine jusqu'à l'arrêt *M. c. H.* Or, dans notre système de justice, la Cour suprême a le dernier mot quant à l'interprétation de la Constitution : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 745. Dans l'arrêt *Egan*, la majorité de ses juges a refusé aux appelants le même bénéfice de la loi. Elle a effectivement conclu que la Constitution n'exigeait pas qu'un conjoint de même sexe se voit accorder le même bénéfice de la loi. La jurisprudence a seulement changé lorsque l'arrêt *M. c. H.* a reconnu l'inconstitutionnalité de l'exclusion du conjoint de même sexe de la définition de « conjoint » applicable à la *Loi sur le droit de la famille*. La condition première pour limiter la portée rétroactive de la réparation est donc remplie. Dès lors, notre Cour doit se pencher sur les autres éléments en cause. En l'espèce, les intérêts liés à la confiance légitime dans une interprétation raisonnable de la loi, l'équité envers les parties, la bonne foi du gouvernement et le respect de la fonction législative du Parlement font tous pencher la balance en faveur d'une réparation dont la portée rétroactive est restreinte.

(ii) Confiance légitime dans une interprétation raisonnable de la loi

Vu l'état de la jurisprudence avant l'arrêt *M. c. H.*, l'inadmissibilité du conjoint de même sexe aux prestations prévues par l'ancien *RPC* s'appuyait sur une compréhension raisonnable du par. 15(1) après l'arrêt *Egan*. Dans ce dernier arrêt, notre Cour était manifestement divisée sur la question du droit du conjoint de même sexe aux prestations de sécurité de la vieillesse, quatre juges exprimant leur dissidence. Dans l'arrêt *M. c. H.*, le point de vue de

However, the benefit of hindsight does not undermine the government's reasonableness in relying on *Egan*.

In holding that the government reasonably relied on the pre-*M. v. H.* jurisprudence, we do not seek to justify the slowness of legislatures and courts alike in recognizing *Charter* rights. Rather, we acknowledge the fact that although the Constitution embodies the supreme law and the enduring values of this country, it is up to the courts to interpret and apply those provisions. In *Manitoba Language Rights Reference*, this Court held:

> The Constitution of a country is a statement of the will of the people to be governed in accordance with certain principles held as fundamental and certain prescriptions restrictive of the powers of the legislature and government. It is, as s. 52 of the *Constitution Act, 1982* declares, the "supreme law" of the nation, unalterable by the normal legislative process, and unsuffering of laws inconsistent with it. The duty of the judiciary is to interpret and apply the laws of Canada and each of the provinces, and it is thus our duty to ensure that the constitutional law prevails. [p. 745]

The text of the Constitution establishes the broad confines of the supreme law, but it is up to the courts to interpret and apply the Constitution in any given context. The inviolability of the Constitution ensures that our nation's most cherished values are preserved, while the role of the courts in applying the Constitution ensures that the law is sufficiently flexible to change over time to reflect advances in human understanding. But it also means that the Constitution, at any snapshot in time, is only as robust as the court interpreting it. If the judiciary errs or is slow to recognize that previous interpretations of the Constitution no longer correspond to social realities, it must change the law. However, in breaking with the past, the Court does not create an automatic right to redress for the Court's prior ruling. Where the government's reliance on the unconstitutional law was reasonable because it was

ces dissidents l'a emporté et prévaut depuis. Or, le bénéfice actuel de la connaissance du passé ne rend pas moins raisonnable le fait, pour le gouvernement, de s'être fié à l'arrêt *Egan* pour déterminer le droit applicable.

113 Même si elle conclut que le gouvernement s'est raisonnablement fondé sur la jurisprudence antérieure à l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour n'entend pas excuser les retards des législatures et des tribunaux à donner effet aux droits garantis par la *Charte*. Elle reconnaît plutôt que même si la Constitution consacre la loi suprême et les valeurs pérennes de ce pays, il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer ses dispositions. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, elle a d'ailleurs affirmé :

> La Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement. Elle est, comme le déclare l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la « loi suprême » de notre pays, qui ne peut être modifiée par le processus législatif normal et qui ne tolère aucune loi incompatible avec elle. Il appartient au pouvoir judiciaire d'interpréter et d'appliquer les lois du Canada et de chacune des provinces et il est donc de notre devoir d'assurer que la loi constitutionnelle a préséance. [p. 745]

114 Le texte de la Constitution établit les paramètres généraux de la loi suprême, et il appartient aux tribunaux de l'interpréter et de l'appliquer dans un contexte donné. L'inviolabilité des droits constitutionnels garantit la protection de nos valeurs les plus chères, tandis que l'application de la Constitution par les tribunaux confère au droit la souplesse voulue pour tenir compte des progrès de la pensée humaine. Il s'ensuit aussi qu'à n'importe quel moment, la Constitution n'a que l'efficacité que lui confèrent les tribunaux appelés à l'interpréter. Lorsque ces derniers se trompent ou tardent à reconnaître qu'une interprétation ne correspond plus à la réalité sociale, ils doivent modifier la règle de droit. Cependant, en rompant avec le passé, notre Cour ne crée pas de droit automatique à une réparation pour sa décision antérieure. Lorsque le gouvernement s'est raisonnablement fondé sur une

relying on this Court's jurisprudence, it will be less likely that a right to retroactive relief will flow from a subsequent declaration of invalidity of the unconstitutional law.

(iii) Good Faith

115 Our comments above indicate that the government did not act in bad faith in failing to extend survivors' benefits to same-sex couples prior to *M. v. H.* It is significant that the survivors' benefit scheme under the former *CPP* was never struck down by a court of competent jurisdiction. Rather, recognizing the likely implications of this Court's ruling in *M. v. H.* for that scheme, Parliament endeavoured to pre-emptively correct the constitutional deficiencies therein by enacting remedial legislation. Because the government acted in good faith by attempting pre-emptively to correct a constitutional infirmity soon after it was discovered, it would be inappropriate to reach back further in time and impose a retroactive remedy.

(iv) Fairness to Litigants

116 In seeking payment of arrears back as far as 1985, the Hislop class effectively asks this Court to overlook the evolution in the jurisprudence of same-sex equality rights that has taken place and to declare that the understanding to which we have come over that period of time was in fact the law in 1985. This position cannot be sustained. Although *M. v. H.* declares what the Constitution requires, it does not give rise to an automatic right to every government benefit that might have been paid out had the Court always interpreted the Constitution in accordance with its present-day understanding of it. *M. v. H.* was not a case like *Miron* where limiting the retroactive effect of the s. 52(1) remedy would have granted the "successful" claimant a hollow victory. In contrast, a *purely prospective remedy* in *M. v. H.* was not meaningless. *M. v. H.* resulted in wide-scale amendments to federal and provincial legislation across the country to extend government benefits to same-sex couples. Equally important, *M. v. H.* helped usher in a new era of understanding of the equal human dignity

règle de droit inconstitutionnelle en s'appuyant sur la jurisprudence de notre Cour, l'invalidation subséquente de cette règle de droit est moins susceptible de conférer le droit à une réparation rétroactive.

(iii) Bonne foi

Il ressort des observations qui précèdent que le gouvernement n'a pas fait preuve de mauvaise foi en refusant la prestation de survivant aux conjoints de même sexe avant l'arrêt *M. c. H.* Il est significatif que les dispositions en cause de l'ancien *RPC* n'ont jamais été invalidées par un tribunal compétent. Prenant acte des répercussions de l'arrêt *M. c. H.* pour le régime, le législateur a plutôt pris les devants et remédié à l'inconstitutionnalité par l'adoption de dispositions correctives. Comme le gouvernement a tenté de bonne foi de supprimer l'atteinte à la Constitution peu après qu'elle lui eut été signalée, il serait inopportun de remonter dans le temps et de faire rétroagir la réparation.

(iv) Équité envers les parties

En demandant que l'exigibilité des prestations remonte jusqu'en 1985, le groupe Hislop incite en fait notre Cour à faire abstraction de l'évolution de la jurisprudence sur les droits à l'égalité du conjoint de même sexe et à déclarer qu'en 1985 l'état du droit correspondait à celui issu de l'interprétation de ces droits jusqu'à ce jour. Notre Cour ne peut accéder à sa demande. L'arrêt *M. c. H.* définit les obligations constitutionnelles, mais il ne confère pas de droit automatique à toute prestation publique qui aurait pu être versée si notre Cour avait toujours interprété la Constitution comme elle le fait désormais. Dans l'affaire *Miron*, la limitation de l'effet rétroactif de la réparation fondée sur le par. 52(1) aurait conféré à la partie gagnante une victoire sans lendemain. Par contre, dans l'affaire *M. c. H.*, une *réparation uniquement pour l'avenir* n'était pas sans effet. L'arrêt de notre Cour a entraîné au pays la modification sur une vaste échelle des lois fédérales et provinciales afin de reconnaître le droit des conjoints de même sexe aux différentes prestations publiques. Qui plus est, il a favorisé une conception

of same-sex couples. One could not say that *M. v. H.* granted those litigants only a Pyrrhic victory.

(v) Respecting Parliament's Role

Achieving an appropriate balance between fairness to individual litigants and respecting the legislative role of Parliament may mean that *Charter* remedies will be directed more toward government action in the future and less toward the correction of past wrongs. In the present case, the Hislop class's claim for a retroactive remedy is tantamount to a claim for compensatory damages flowing from the underinclusiveness of the former *CPP*. Imposing that sort of liability on the government, absent bad faith, unreasonable reliance or conduct that is clearly wrong, would undermine the important balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government that is struck by the general rule of qualified immunity. A retroactive remedy in the instant case would encroach unduly on the inherently legislative domain of the distribution of government resources and of policy making in respect of this process.

(vi) Conclusion

For the foregoing reasons, the retroactive relief sought by the Hislop class is unavailable under the law applicable to constitutional remedies. It is not therefore necessary to carry out a s. 15(1) analysis in respect of s. 72(1).

(b) *Remedies Arising From the Specific Provisions: Sections 44(1.1) and 72(2)*

We turn now to a consideration of the appropriate remedy for the specific constitutional violations that have been identified in this case.

Writing for a majority of the Court in *Schachter*, Lamer C.J. explained that three questions must be answered when s. 52 of the *Constitution Act, 1982* is engaged: (1) what is the extent of the inconsistency between the impugned provision and the

nouvelle du droit à l'égalité et à la dignité humaine des conjoints de même sexe. Nul ne peut prétendre qu'il leur a accordé une victoire à la Pyrrhus.

(v) Respect du pouvoir du Parlement

117 Le fait d'établir un juste équilibre entre l'équité envers les parties et de respecter la fonction législative du Parlement peut faire en sorte que les réparations fondées sur la *Charte* visent davantage à modifier l'action gouvernementale ultérieure qu'à corriger les erreurs du passé. Dans la présente affaire, la demande d'une réparation rétroactive par le groupe Hislop équivaut à une demande d'une indemnité pour la portée trop limitative de l'ancien *RPC*. À défaut de mauvaise foi, d'interprétation déraisonnable ou de comportement clairement fautif, l'imputation d'une telle responsabilité au gouvernement mettrait en péril l'équilibre important entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité de préserver l'efficacité gouvernementale que permet l'application de la règle générale de l'immunité restreinte. L'octroi d'une réparation rétroactive en l'espèce empiéterait indûment sur le pouvoir — inhérent à la fonction législative — de répartir les ressources publiques et d'adopter des politiques quant à l'exercice de ce pouvoir.

(vi) Conclusion

118 Pour les motifs qui précèdent, le droit applicable aux réparations constitutionnelles fait obstacle à l'octroi de la réparation rétroactive demandée par le groupe Hislop. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner le par. 72(1) au regard du par. 15(1).

b) *Réparations pour les par. 44(1.1) et 72(2)*

119 Nous passons maintenant à l'étude de la réparation qui s'impose eu égard aux atteintes constitutionnelles relevées en l'espèce.

120 Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a exposé, au nom des juges majoritaires, que lorsque l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* entre en jeu, il faut répondre à trois questions : (1) quelle est l'étendue de l'incompatibilité entre

Charter; (2) can that inconsistency be dealt with alone, by way of severance or reading in, or is it too inextricably linked to other parts of the legislation; and (3) should a declaration of invalidity be temporarily suspended?

121 In the present case, ss. 44(1.1) and 72(2), although found within remedial legislation, restrict the availability of that legislation to a marginalized group. The extent of the inconsistency with the equality guarantee is co-extensive with the scope of these two provisions. As such, the inconsistency can be cured without distorting or interfering with the rest of the legislative scheme. A declaration that ss. 44(1.1) and 72(2) are of no force and effect is in keeping with the scheme and obvious purpose of the *MBOA* to extend the survivors' benefit to same-sex survivors. Finally, a temporary suspension of the declaration of invalidity is not appropriate in the present case. As Lamer C.J. noted in *Schachter*, at p. 716, such suspensions are "serious matter[s] from the point of view of the enforcement of the *Charter*" because they allow an unconstitutional state of affairs to persist. Suspensions should only be used where striking down the legislation without enacting something in its place would pose a danger to the public, threaten the rule of law or where it would result in the deprivation of benefits from deserving persons without benefiting the rights claimant (p. 719). None of these factors are present in the case at bar.

122 Throughout these proceedings, the Crown has taken the position that the specific provisions are constitutionally unassailable because they merely ensure that the remedial provisions in the *MBOA* apply prospectively (i.e., not retroactively) from the time of the enactment. Further, the Crown has relied on the argument that same-sex equality rights, as they are understood today, are not what they were in 1985. In effect, it is the Crown's position that striking down the specific provisions would be tantamount to applying today's legal understanding of equality rights to past situations.

123 As we have explained above, the specific provisions violate s. 15(1) and cannot be justified under

la disposition contestée et la *Charte*, (2) peut-on y remédier isolément par voie de dissociation ou d'interprétation large, ou est-elle trop inextricablement liée à d'autres parties de la loi et (3) doit-il y avoir suspension temporaire des effets de la déclaration d'invalidité?

En l'espèce, bien qu'ils figurent dans une loi corrective, les par. 44(1.1) et 72(2) restreignent l'application de cette loi à un groupe marginalisé. L'étendue de l'incompatibilité avec la garantie d'égalité correspond au texte des deux dispositions. Il est donc possible de remédier à l'incompatibilité sans dénaturer les autres dispositions de la loi ou nuire à leur application. Déclarer inopérants les par. 44(1.1) et 72(2) cadre avec l'esprit de la *LMRAO* et son objectif manifeste, à savoir rendre le conjoint survivant de même sexe admissible à la pension de survivant. Enfin, il n'y a pas lieu de suspendre temporairement la déclaration d'invalidité. Comme l'a signalé le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Schachter*, la suspension est « une question sérieuse du point de vue de l'application de la *Charte* », car elle permet à la situation inconstitutionnelle de se perpétuer (p. 716). Il ne faut y avoir recours que lorsque, sans l'adoption de nouvelles dispositions, l'invalidation poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de prestations des personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés (p. 719). Aucune de ces considérations ne vaut en l'espèce.

Pendant toute l'instance, le gouvernement a soutenu que les dispositions contestées étaient constitutionnellement inattaquables parce qu'elles ne visaient qu'à assurer l'application des dispositions correctives de la *LMRAO* à compter de leur adoption (c'est-à-dire, de manière non rétroactive). Il a prétendu en outre que les droits à l'égalité aujourd'hui reconnus aux conjoints de même sexe diffèrent de ceux qui existaient en 1985. Il a donc fait valoir que l'invalidation des dispositions en cause équivaudrait à appliquer à des situations antérieures l'interprétation actuelle des droits à l'égalité.

Nous l'avons expliqué précédemment, les dispositions portent atteinte au par. 15(1) et ne peuvent

s. 1. The constitutional analysis related to these provisions does not depend on any particular conception of the equality rights of same-sex survivors prior to the enactment of the *MBOA*. The specific provisions, as applied to same-sex survivors *today*, are discriminatory.

Any concerns about retroactivity in respect of s. 44(1.1) are misplaced because they mistakenly construe the survivor's benefit as a payment in respect of a past event, namely the death of the survivor's spouse or common law partner, rather than the ongoing status of being a survivor. In our view, the principles articulated by this Court in *Benner* are a complete answer to the Crown's s. 44(1.1) argument.

Benner involved a challenge to provisions of the *Canadian Citizenship Act* that afforded different treatment to applicants for Canadian citizenship, where those applicants were born before February 14, 1977, based on whether they were born of Canadian mothers or Canadian fathers. Children of Canadian fathers were automatically entitled to Canadian citizenship upon registration of their birth, while children of Canadian mothers were required to apply for citizenship, swear an oath and pass a security check. Benner challenged the legislative distinction on s. 15(1) grounds, while the Crown resisted the claim in part on the basis that Benner's claim involved an impermissible retroactive application of the *Charter* to events that had taken place before the *Charter* came into force. Writing for a unanimous court, Iacobucci J. rejected the Crown's argument and, in so doing, provided a useful clarification of the concepts of retroactivity, retrospectivity and prospectivity.

It should be noted that *Benner* engaged questions related to the retroactive application of the *Charter*, while the instant case raises questions related to the retroactive application of ordinary legislation and to the availability of retroactive remedies for unconstitutional legislation. Although retroactivity raises different concerns in the two contexts, the basic conceptual distinctions between

être justifiées au regard de l'article premier. Leur constitutionnalité ne dépend pas d'une conception particulière des droits à l'égalité des conjoints survivants de même sexe avant l'adoption de la *LMRAO*. Appliquées *aujourd'hui* à ce groupe de personnes, elles sont discriminatoires.

124 C'est l'assimilation à tort de la prestation de survivant à un paiement découlant d'un événement passé, à savoir le décès de l'époux ou du conjoint de fait, et non de la qualité actuelle de survivant, qui fait indûment craindre une application rétroactive du par. 44(1.1). À notre avis, les principes dégagés dans l'arrêt *Benner* réfutent entièrement l'argumentation du gouvernement relative à cette disposition.

125 Dans l'affaire *Benner*, les dispositions contestées de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* traitaient différemment les candidats à la citoyenneté nés avant le 14 février 1977 selon qu'ils étaient nés de mère canadienne ou de père canadien. Les enfants nés de père canadien acquéraient la citoyenneté canadienne dès l'enregistrement de leur naissance, tandis que ceux nés de mère canadienne devaient demander la citoyenneté, prêter serment et se soumettre à une enquête de sécurité. M. Benner a contesté la distinction sur le fondement du par. 15(1). En défense, le gouvernement a plaidé notamment que la prétention de M. Benner supposait l'application rétroactive de la *Charte* à des événements survenus avant son entrée en vigueur, ce qui était inadmissible. Au nom des juges unanimes de notre Cour, le juge Iacobucci a rejeté la thèse du gouvernement et clarifié les notions d'application rétroactive, rétrospective et pour l'avenir.

126 Il convient de signaler que cette affaire soulevait des questions liées à l'application rétroactive de la *Charte*, alors que la présente espèce porte sur l'application rétroactive d'une loi ordinaire et sur le droit à une réparation rétroactive pour l'inconstitutionnalité de ses dispositions. Bien que la question de la rétroactivité se pose différemment dans l'un et l'autre contextes, les distinctions

retroactivity, retrospectivity and prospectivity remain. As such, Iacobucci J.'s elucidation of these concepts is directly relevant to the present case.

127 First, Iacobucci J. addressed the difference between retroactivity and retrospectivity, citing, at para. 39, E. A. Driedger's explanation from "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev.* 264, at pp. 268-69:

> A retroactive statute is one that operates as of a time prior to its enactment. A retrospective statute is one that operates for the future only. It is prospective, but it imposes new results in respect of a past event. A retroactive statute *operates backwards*. A retrospective statute *operates forwards*, but it looks backwards in that it attaches new consequences *for the future* to an event that took place before the statute was enacted. A retroactive statute changes the law from what it was; a retrospective statute changes the law from what it otherwise would be with respect to a prior event. [Emphasis in original.]

Next, Iacobucci J. turned to the difference between retrospectivity and prospectivity, again citing Professor Driedger. He reproduced the following passage from Driedger's *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 192, at para. 42 of his reasons:

> These past facts may describe a status or characteristic, or they may describe an event. It is submitted that where the fact-situation is a status or characteristic (the being something), the enactment is not given retrospective effect when it is applied to persons or things that acquired that status or characteristic before the enactment, if they have it when the enactment comes into force; but where the fact-situation is an event (the happening of or the becoming something), then the enactment would be given retrospective effect if it is applied so as to attach a new duty, penalty or disability to an event that took place before the enactment. [Emphasis added.]

conceptuelles fondamentales demeurent entre l'application rétroactive, rétrospective et pour l'avenir. Les précisions du juge Iacobucci à ce sujet valent donc également en l'espèce.

Premièrement, au par. 39 de ses motifs, le juge Iacobucci se penche sur la différence entre rétroactivité et rétrospectivité et se reporte à l'explication d'E. A. Driedger dans « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264, p. 268-269 :

> [TRADUCTION] Une loi rétroactive est une loi dont l'application s'applique à une époque antérieure à son adoption. Une loi rétrospective ne dispose qu'à l'égard de l'avenir. Elle vise l'avenir, mais elle impose de nouvelles conséquences à l'égard d'événements passés. Une loi rétroactive agit *à l'égard du passé*. Une loi rétrospective *agit pour l'avenir*, mais elle jette aussi un regard vers le passé en ce sens qu'elle attache de nouvelles conséquences *à l'avenir* à l'égard d'un événement qui a eu lieu avant l'adoption de la loi. Une loi rétroactive modifie la loi par rapport à ce qu'elle était; une loi rétrospective rend la loi différente de ce qu'elle serait autrement à l'égard d'un événement antérieur. [En italique dans l'original.]

Il se penche ensuite sur la différence entre l'application rétrospective et l'application pour l'avenir, citant encore le professeur Driedger mais, cette fois, son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 192 (au par. 42 de ses motifs) :

> [TRADUCTION] Ces faits passés peuvent décrire soit un statut ou une caractéristique, soit un événement. On avance que, dans le cas où la situation factuelle en cause constitue un statut ou une caractéristique (le fait d'être quelque chose), on n'attribue aucun effet rétrospectif à un texte de loi lorsqu'il est appliqué à des personnes ou à des choses qui ont acquis ce statut ou cette caractéristique avant l'édiction du texte en question, pourvu qu'elles possèdent toujours le statut ou la caractéristique au moment de l'entrée en vigueur du texte; par contre, dans le cas où la situation factuelle est un événement (le fait que quelque chose survienne ou le fait de devenir quelque chose), on attribuerait un effet rétrospectif au texte de loi s'il était appliqué pour imposer une nouvelle obligation, peine ou incapacité par suite d'un événement survenu avant son édiction. [Nous soulignons.]

It is true, as Iacobucci J. observed, that the distinction between situations involving discrete events and those involving ongoing conditions is not always clear. For example, while the death of a spouse or common law partner is an event, the fact of "being a survivor" is an ongoing condition. The challenge lies in determining whether, in all the circumstances, a particular legislative scheme relates primarily to the past event or the current condition resulting from it (para. 46).

On the facts before the Court in *Benner*, Iacobucci J. concluded that the appellant's claim did not involve a retrospective application of the *Charter* because it was a claim flowing from Benner's ongoing status as the child born outside Canada of a Canadian mother before the specified date. The date on which Benner first acquired that status was, in Iacobucci J.'s view, immaterial.

The same reasoning is controlling in the present case. As the Court of Appeal found, the purpose of the *CPP* is "to provide a secure government-controlled pension for retired persons in their senior years, and thereafter to provide for their surviving spouses and partners" (para. 55). The basis for the survivor's benefit is the continuing status of being a survivor. As Iacobucci J. observed in *Benner*, at para. 56, "the important point is not the moment at which the individual acquires the status in question, it is the moment at which that status is held against him or disentitles him to a benefit". There is, as such, no merit to the government's argument that striking down s. 44(1.1) would be tantamount to requiring retroactive remedies for *Charter* violations. The remedy for the class members in relation to s. 44(1.1) is prospective in that it entails granting equal benefit of the law, prospectively, to people who are survivors of same-sex partners.

The government raises the additional argument that the Court should not strike down s. 44(1.1) because doing so would have the unintended effect of excluding same-sex survivors from eligibility for the survivor's benefit. The Crown's argument is predicated on the view that the survivor's benefit is paid in respect of a past event such

Comme le fait observer le juge Iacobucci, la distinction n'est certes pas toujours nette entre deux situations, l'une liée à un événement précis et isolé et l'autre, à un état actuel. Par exemple, le décès d'un époux ou d'un conjoint de fait est un événement, mais le fait d'être un « conjoint survivant » est un état actuel. La difficulté consiste à déterminer si, eu égard aux circonstances, le régime législatif en cause vise principalement l'événement passé ou l'état actuel qui en résulte (par. 46).

128 Devant les faits de l'espèce, le juge Iacobucci a conclu que faire droit à la demande de l'appelant ne supposait pas l'application rétrospective de la *Charte* parce que la demande découlait du statut actuel de M. Benner, celui d'enfant né à l'étranger d'une mère canadienne avant la date précisée dans la loi. Selon lui, la date à laquelle M. Benner avait acquis ce statut était sans importance.

129 Le même raisonnement s'applique en l'espèce. Comme l'a conclu la Cour d'appel, le *RPC* a pour objectif d'assurer aux personnes retraitées un régime de pensions public sûr qui pourvoit également aux besoins de leurs époux ou conjoints survivants (par. 55). Le fondement de l'admissibilité à la pension de survivant est la qualité actuelle de survivant. Comme l'a fait remarquer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Benner*, « l'élément important n'est pas le moment où la personne acquiert le statut en cause, mais celui auquel ce statut lui est reproché ou la prive du droit d'obtenir un avantage » (par. 56). Le gouvernement prétend donc à tort que la demande d'invalidation du par. 44(1.1) équivaut à la demande d'une réparation rétroactive pour le non-respect de la *Charte*. La réparation accordée aux membres du groupe à l'égard du par. 44(1.1) vaut pour l'avenir puisqu'elle reconnaît, pour l'avenir, aux conjoints survivants de cotisants du même sexe, le droit au même bénéfice de la loi.

130 Le gouvernement soutient par ailleurs que l'invalidation du par. 44(1.1) ne convient pas parce qu'elle entraînerait l'effet non désiré de rendre les conjoints survivants de même sexe inadmissibles à la pension de survivant. Il tient pour acquis que la pension de survivant est versée en raison d'un événement passé, de sorte que le droit y afférent se

that any entitlement to it crystallizes at the time that the survivor's partner dies and that, but for s. 44(1.1), no benefit would be payable to any survivor whose same-sex common-law partner died before July 2000. As we have stated, this is an untenable view of what the survivor's benefit is and how entitlement to it works. A close look at the July 2000 amendments to the *CPP* reveals that s. 44(1.1) is in fact a limiting provision, such that simply striking it down leaves a coherent provision that provides for equal treatment, in terms of eligibility, of opposite-sex survivors and same-sex survivors.

131 As part of the 2000 amendments, the opposite-sex definition of "spouse" in s. 2(1) of the *CPP* was repealed. In its place, a definition for "survivor" that includes both opposite-sex and same-sex spouses was added to Part II, "Pensions and Supplementary Benefits", in s. 42(1). Finally, s. 44(1)(*d*), which sets out the basic entitlement to the survivor's benefit, was amended by replacing reference to the statutory definition of "spouse" with reference to the new statutory definition of "survivor". The amended provision provides that "subject to subsection (1.1), a survivor's pension shall be paid to the survivor of a deceased contributor . . .".

132 Once eligibility is understood in terms of the current status of being a survivor, it becomes clear that the effect of the amendments listed above is to extend entitlement to the survivor's benefit under s. 44(1)(*d*) to same-sex survivors. The function of s. 44(1.1) is purely restrictive: it limits that entitlement based on the date on which the applicant became a survivor. As such, striking down s. 44(1.1) has no unintended or undesirable effect.

133 The analysis in relation to s. 72(2) is somewhat different. Prior to the enactment of the *MBOA*, it is true that same-sex survivors had no right to the survivor's benefit. Striking down s. 72(2) admittedly alters the legal consequences of having been a survivor (a past situation) in the 12 months preceding July 2000, when the *MBOA* came into force.

cristallise au décès du conjoint et que si le par. 44(1.1) ne s'applique pas, aucune pension n'est payable au survivant dont le conjoint cotisant de même sexe est décédé avant juillet 2000. Nous le répétons, cette conception de la pension de survivant et des conditions de son obtention est indéfendable. L'examen attentif des modifications apportées au *RPC* en juillet 2000 révèle que le par. 44(1.1) joue en fait le rôle d'une disposition limitative, de sorte que son invalidation laisserait subsister une disposition cohérente assurant un traitement égal, sur le plan de l'admissibilité, aux conjoints survivants de même sexe et à ceux de sexe différent.

La réforme de 2000 a abrogé au par. 2(1) du *RPC* la définition selon laquelle « conjoint » s'entendait d'une personne du sexe opposé. Une définition de « survivant » incluant le conjoint de même sexe et celui de sexe différent a été ajoutée en lieu et place au par. 42(1) (partie II : Pensions et prestations supplémentaires). Enfin, l'al. 44(1)*d*), qui établit l'admissibilité de base à la pension de survivant, a été modifié par le renvoi non plus à la définition de « conjoint » mais à celle, nouvelle, de « survivant ». La disposition modifiée prévoit que « sous réserve du paragraphe (1.1), une pension de survivant doit être payée à la personne qui a la qualité de survivant d'un cotisant . . . ».

Lorsqu'on considère l'admissibilité sous l'angle de la qualité actuelle de survivant, il est clair que les modifications susmentionnées rendent le conjoint survivant de même sexe admissible à la pension de survivant suivant l'al. 44(1)*d*). Le paragraphe 44(1.1) a une portée purement restrictive : il limite le droit à la pension en fonction de la date à laquelle le demandeur est devenu survivant. Son invalidation ne provoque donc pas d'effet imprévu ou indésirable.

En ce qui concerne le par. 72(2), l'analyse diffère quelque peu. Il est vrai qu'avant l'adoption de la *LMRAO*, le conjoint survivant de même sexe n'avait pas droit à la pension de survivant. L'invalidation du par. 72(2) modifie certes les conséquences juridiques du fait d'avoir été un conjoint survivant (une situation antérieure) au cours des 12 mois ayant

To the extent that this involves a retroactive change in the law, it flows necessarily from the fact that Parliament has included in the *CPP* a right to up to 12 months of arrears. It is clearly open to Parliament to legislate retroactively, which it has done in s. 72(1). The *Charter* simply requires that same-sex survivors receive equal treatment as their opposite-sex counterparts. To the extent that s. 72(2) withholds from same-sex survivors a right to arrears to which similarly situated opposite-sex survivors are entitled, it is of no force and effect.

précédé l'entrée en vigueur de la *LMRAO* en juillet 2000. La modification rétroactive du droit qui en résulte découle nécessairement du fait que le législateur a prévu dans le *RPC* le droit à au plus 12 mois de prestations rétroactives. Le législateur peut indéniablement adopter une disposition rétroactive telle que le par. 72(1). La *Charte* exige simplement que le conjoint survivant de même sexe soit traité sur un pied d'égalité avec le conjoint survivant de sexe différent. Le paragraphe 72(2) est inopérant dans la mesure où il prive le conjoint survivant de même sexe des prestations rétroactives auxquelles a droit dans les mêmes circonstances le conjoint survivant de sexe différent.

In conclusion, class members who were precluded by s. 44(1.1) or s. 72(2) from receiving the survivor's benefit, and who otherwise meet the eligibility requirements, will be entitled to payment of that benefit. In the circumstances, the relevant date for the purpose of that payment is the date on which application was received or where no application was made because of the unconstitutional provisions, the date on which the statement of claim was filed. In no event are benefits payable in respect of a month prior to August 1999, which is the earliest month in respect of which a class member who applied for the survivor's benefit on the day the *MBOA* came into force could have been eligible.

134 En conclusion, les membres du groupe que les par. 44(1.1) ou 72(2) ont empêchés de toucher la pension de survivant et qui satisfont par ailleurs aux critères d'admissibilité, ont droit à la pension. Dans les circonstances, la date pertinente pour les besoins du versement est celle de la réception de la demande ou, lorsque aucune demande de pension n'a été présentée à cause des dispositions inconstitutionnelles, celle du dépôt de la demande en justice. Aucune prestation n'est payable pour un mois antérieur à août 1999, qui marque le début de la période pour laquelle un membre du groupe ayant demandé des prestations de survivant le jour de l'entrée en vigueur de la *LMRAO* aurait pu y avoir droit.

VII. Interest

For the reasons given by the Court of Appeal, we reject the government's contention that pre-judgment interest is not available in the instant case. In short, s. 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act* provides that, subject to an express provision in another enactment, successful litigants are entitled to pre-judgment interest from the Crown in the same way that they would be so entitled as against any other litigant. The *CPP* is silent on the issue of pre-judgment interest and cannot, as such, reasonably be interpreted as creating an exception to the entitlement created by s. 31 of the *Crown Liability and Proceedings Act.*

VII. Intérêt

135 Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, nous rejetons l'argument du gouvernement selon lequel on ne devrait pas en l'espèce accorder de l'intérêt avant jugement. En résumé, l'art. 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* dispose que sauf disposition contraire d'une autre loi, la partie qui obtient gain de cause contre l'État a droit à de l'intérêt avant jugement comme si elle avait gain de cause contre n'importe quelle autre partie. Le *RPC* ne prévoyant rien au sujet de l'intérêt avant jugement, l'on ne saurait raisonnablement considérer qu'il crée une exception au droit conféré à l'art. 31 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif.*

VIII. Disposition

136 The appeal and cross-appeal are dismissed without costs. The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 44(1.1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

3. Does s. 72(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

5. Does s. 60(2) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

6. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

VIII. Dispositif

Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés sans dépens. Nous répondons comme suit aux questions constitutionnelles.

1. Le paragraphe 44(1.1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. Le paragraphe 72(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

5. Le paragraphe 60(2) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

6. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

7. Does s. 72(1) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

8. 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 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

7. Le paragraphe 72(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

8. Dans l'affirmative, cette violation constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — I have read the joint reasons of my colleagues Justices LeBel and Rothstein, and, while I agree with their disposition of this appeal, I cannot fully agree with their approach to the question of retroactive constitutional remedies. In my view, their reliance on the existence of a substantial change of law is an inappropriate consideration in the context of rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is, in any event, inapplicable to this appeal. The decision to deny retroactive relief, and the appellants' challenge to s. 72(1) of the *Canadian Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 ("*CPP*"), specifically, should be based purely on the balancing of interests that must take place in any claim for relief from an unconstitutional law.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs conjoints de mes collègues les juges LeBel et Rothstein. Je suis d'accord avec la manière dont ils statuent sur le pourvoi, mais je ne puis souscrire en totalité à leur raisonnement en ce qui concerne la rétroactivité de la réparation constitutionnelle. À mon avis, la modification fondamentale du droit, sur laquelle ils s'appuient, n'est pas une considération pertinente dans le contexte de droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et, de toute manière, son existence n'est pas établie en l'espèce. Le refus d'une réparation rétroactive et, plus particulièrement, le rejet de la contestation du par. 72(1) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »), devraient reposer uniquement sur la mise en balance des intérêts en cause par tout tribunal saisi d'une demande de réparation fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi. 137

The Retroactivity of Constitutional Remedies

It is important to be clear about the nature and reasons for retroactive constitutional remedies. The general and well-established rule is that remedies for constitutional violations apply retroactively (S. Choudhry and K. Roach, "Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies" (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205, at p. 211). The basis for general retroactivity

La rétroactivité de la réparation constitutionnelle

Il importe de bien comprendre la nature et la raison d'être d'une réparation constitutionnelle rétroactive. Une règle générale bien établie veut que la réparation accordée par suite d'une atteinte à la Constitution s'applique rétroactivement (S. Choudhry et K. Roach, « Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies » (2003), 21 *S.C.L.R.* 138

is not Blackstone's declaratory theory, but the Constitution itself. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* establishes that any law which is inconsistent with the Constitution of Canada "is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect". The Constitution exists independently of judicial decisions and, as such, any law which is inconsistent with it is invalidated from the moment the law came into effect. Gonthier J. explained this principle clearly in *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, at para. 28:

> The invalidity of a legislative provision inconsistent with the *Charter* does not arise from the fact of its being declared unconstitutional by a court, but from the operation of s. 52(1). Thus, in principle, such a provision is invalid from the moment it is enacted, and a judicial declaration to this effect is but one remedy amongst others to protect those whom it adversely affects. In that sense, by virtue of s. 52(1), the question of constitutional validity inheres in every legislative enactment. [Emphasis added.]

(See also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 55-2; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf), at para. 14.920.)

139 This rule applies equally in the context of the *Charter*. Laws which violate *Charter* guarantees are invalid from the date that the provisions of the *Charter* came into force: *Jim Pattison Industries Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 954 (T.D.), at p. 957; *Davidson v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.), at p. 170, leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Rath v. Kemp* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.), at para. 25. In the case of a violation of s. 15, this would mean that, in theory, a law which violates the *Charter* would be invalid as of April 17, 1985 or the date of its adoption, if later.

140 The general norm of retroactivity has been reaffirmed many times by this Court. In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, the finding that the Province of Manitoba has been constitutionally required since 1890 to enact its laws both in English and in French applied not only

(2d) 205, p. 211). Cette rétroactivité générale n'a pas pour fondement la théorie déclaratoire de Blackstone, mais la Constitution elle-même. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que la Constitution « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». La Constitution existe indépendamment de la jurisprudence, de sorte que toute règle de droit incompatible est invalide à compter de son entrée en vigueur. Le juge Gonthier a bien expliqué le principe dans l'arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, par. 28 :

> L'invalidité d'une disposition législative incompatible avec la *Charte* découle non pas d'une déclaration d'inconstitutionnalité par une cour de justice, mais plutôt de l'application du par. 52(1). Donc, en principe, une telle disposition est invalide dès son adoption, et l'obtention d'un jugement déclaratoire à cet effet n'est qu'un moyen parmi d'autres de protéger ceux et celles qui en souffrent préjudice. En ce sens, la question de la constitutionnalité est inhérente à tout texte législatif en raison du par. 52(1). [Je souligne.]

(Voir aussi P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 55-2; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (feuilles mobiles), par. 14.920.)

Ce principe vaut également pour la *Charte*. La règle de droit qui porte atteinte à un droit garanti par une disposition de la *Charte* est invalide à compter de l'entrée en vigueur de cette disposition : *Jim Pattison Industries Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 954 (1re inst.), p. 957; *Davidson c. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (C.A.C.-B.), p. 170, autorisation d'appel refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Rath c. Kemp* (1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1 (C.A.), par. 25. Il s'ensuit donc théoriquement que la règle de droit contraire à l'art. 15 de la *Charte* est invalide depuis le 17 avril 1985 ou la date de son adoption ultérieure.

Notre Cour a confirmé maintes fois le principe général de la rétroactivité. Dans *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, la conclusion selon laquelle le Manitoba était constitutionnellement tenu d'édicter ses lois en anglais et en français depuis 1890 valait non

for the future, but also retroactively to all of its laws that had been enacted in English only since 1890. The declaration of invalidity was suspended in order to preserve the rule of law, but there was no doubt that a finding of unconstitutionality applied retroactively. In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, a violation of s. 15(1) of the *Charter* was cured by reading the excluded group into the legislation, a remedy that applied retroactively. In *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, the Court severed an offending portion of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and ordered a new trial on the basis of the provision as amended even though, strictly speaking, it was not the law of the land when the alleged crime had been committed. These cases are only examples, but they confirm that retroactivity of a constitutional remedy granted under s. 52(1) is the norm in our constitutional jurisprudence, not the exception.

seulement pour l'avenir, mais également pour toutes les lois que la province avait adoptées seulement en anglais depuis 1890. Notre Cour a suspendu la déclaration d'invalidité pour préserver la primauté du droit, mais la rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité ne faisait aucun doute. Dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, notre Cour a remédié à la violation du par. 15(1) de la *Charte* en incluant le groupe exclu par voie d'interprétation large, et ce, rétroactivement. Dans l'arrêt *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906, elle a retranché le passage attentatoire du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et ordonné un nouveau procès selon la disposition modifiée même si, à strictement parler, celle-ci ne correspondait pas au droit applicable au moment du crime allégué. Ce ne sont que des exemples, mais ils confirment que la rétroactivité de la réparation constitutionnelle fondée sur le par. 52(1) est la norme et non l'exception dans notre jurisprudence constitutionnelle.

With respect, my colleagues ignore the fact that Blackstone's comments on the nature of judicial law making were made in the context of the common law and find only limited application in the constitutional context. As it pertains to the common law, Blackstone's declaratory theory is necessarily a fiction because there is no independent source for common law rules. The common law is by definition judge-made. It does not exist in some jurisprudential ether for judges to discover. Therefore when judges overturn precedents or establish a new common law rule, they are undoubtedly making new law.

141 En toute déférence, mes collègues ne tiennent pas compte du fait que Blackstone s'est prononcé sur la nature de la fonction législative des tribunaux dans le contexte de la common law et que l'application de ses commentaires au domaine constitutionnel est limitée. Appliquée à la common law, la théorie déclaratoire de Blackstone est nécessairement une fiction, car les règles de ce régime n'ont pas de source indépendante. La common law est par définition un droit prétorien. Ses règles n'attendent pas dans les limbes jurisprudentiels que les tribunaux les découvrent. Le tribunal qui infirme un précédent ou établit une nouvelle règle de common law crée assurément une règle de droit nouvelle.

The same cannot be said for judicial decisions which interpret and apply the Constitution. The Constitution exists independently of judicial decisions. Judges do not "make" the Constitution every time they interpret its provisions. Interpretations of what the Constitution requires may change, but the underlying rights and freedoms endure. *Charter* rights are not created every time a court expressly overrules or implicitly repudiates a prior decision or gives "content to broad, but previously undefined, rights, principles or norms" (LeBel and Rothstein JJ., at para. 99). The rights and freedoms

142 Il en va autrement lorsqu'il interprète et applique la Constitution, car celle-ci existe indépendamment des décisions judiciaires. Les tribunaux ne « créent » pas le droit constitutionnel chaque fois qu'ils interprètent une disposition de la Constitution. L'interprétation des obligations constitutionnelles peut changer, mais les droits et libertés sous-jacents demeurent. Un droit garanti par la *Charte* n'est pas créé chaque fois qu'un tribunal infirme expressément ou désavoue implicitement une décision antérieure ou détermine « la teneur de droits, de normes ou de principes généraux non encore définis » (les

in the *Charter* were guaranteed to all Canadians from the moment the *Charter* came into force.

143 By justifying the denial of retroactive relief in part on the existence of a "substantial change in the law", my colleagues give *Charter* rights an uncertain status. I cannot accept an approach that, for remedial purposes, implies that *Charter* rights can be here one day and gone the next or, conversely, that they depend on judicial recognition of "a new or newly recognized technological or social environment" (para. 99) for their genesis. Such reasoning represents a watering down of the promise made to all Canadians when the *Charter* was enacted. By attaching importance to changing social conditions, it makes *Charter* rights dependent on how the majority of Canadians perceive the claimants' rights. With respect, I cannot see why society's views of *Charter* claimants — especially in the context of vulnerable minorities — should be a factor for determining whether a *Charter* right was part of the Constitution in 1985, or whether it sprung into existence later and thereby be a basis for denying retroactive relief.

144 I should note that I am not advocating for a view of the Constitution that says that it is frozen in time. The "living tree" metaphor aptly describes how through time our Constitution may change to correspond to new realities. But that does not mean that every time a new constitutional interpretation is adopted or a previous decision is overturned that the fundamental rights and freedoms guaranteed in our *Charter* have changed or that new ones have been created. There is a difference between changes in constitutional interpretation and actual constitutional change. Furthermore, the "living tree" doctrine is a doctrine of "progressive interpretation" (*Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79, at paras. 22-23 (emphasis added)), necessary to ensure that our Constitution does not become rigid and unresponsive to Canadian society. It should not be used as a justification for denying relief to a particular group of *Charter* claimants.

juges LeBel et Rothstein, par. 99). Dès son entrée en vigueur, la *Charte* a garanti à tous les Canadiens les droits et libertés qui y sont inscrits.

En fondant en partie le refus d'une réparation rétroactive sur la « modification fondamentale du droit », mes collègues rendent incertaine l'application des droits garantis par la *Charte*. Je ne puis souscrire à un raisonnement qui, en matière de réparation, fait en sorte qu'un droit constitutionnel reconnu un jour disparaisse le lendemain ni, à l'inverse, que son existence dépende de la reconnaissance judiciaire d'un « contexte technologique ou social nouveau ou dont l'existence a récemment été reconnue » (par. 99). Pareil raisonnement dilue la promesse faite à tous les Canadiens lors de l'adoption de la *Charte*. En attachant de l'importance à l'évolution du contexte social, il fait dépendre les droits constitutionnels de quiconque de la perception qu'en a la majorité des Canadiens. Je ne vois pas pourquoi le sentiment de la société à l'égard de ceux qui invoquent la *Charte* — en particulier les membres de minorités vulnérables — devrait être pris en compte pour décider si un droit garanti par la *Charte* faisait partie de la Constitution en 1985 ou s'il a vu le jour ultérieurement, ce qui exclurait une réparation rétroactive.

Je ne défends pas pour autant l'immuabilité de la Constitution. La métaphore de « l'arbre vivant » illustre bien la manière dont notre Constitution peut, avec le temps, s'adapter aux réalités nouvelles. Or, toute interprétation nouvelle de la Constitution ou infirmation d'une décision antérieure ne modifie pas les droits et libertés fondamentaux garantis par la *Charte* ni n'en crée de nouveaux. Interpréter la Constitution différemment n'équivaut pas à la modifier. De plus, la doctrine de « l'arbre vivant » promeut l'« interprétation progressiste » de notre Constitution (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79, par. 22-23 (je souligne)), afin d'éviter sa sclérose et son inadaptation à la société canadienne. Elle ne devrait pas justifier le refus d'une réparation constitutionnelle à un groupe en particulier.

For these reasons, I cannot accept my colleagues' critique of the declaratory approach as a basis for denying retroactive relief. As will be explained below, there are important reasons for denying retroactive relief in certain circumstances. I am largely in agreement with my colleagues on what they are. But I cannot agree that they have anything to do with the success or failure of the "Blackstonian paradigm" in the context of constitutional law.

C'est pourquoi je ne puis, comme mes collègues, imputer aux limites de la théorie déclaratoire le refus d'une réparation rétroactive. Comme je l'explique plus loin, d'importantes raisons justifient ce refus dans certaines circonstances. Mes collègues et moi convenons généralement de ces raisons, mais j'estime qu'elles n'ont rien à voir avec l'application ou l'inapplication du « modèle blackstonien » à la Constitution. 145

The dangers of my colleagues' approach are adequately evidenced when applied to the claimants in this appeal. The starting point of their analysis is that there was a substantial change in the law between 1985, when s. 15(1) of the *Charter* came into force, and this Court's decision in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3. The implication is that the right of same-sex spouses not to be excluded from survivor benefits did not form part of the Constitution until 1999. To put it bluntly, s. 15(1) of the *Charter* did not extend to same-sex couples until this Court said it did. I note that my colleagues are not simply saying that this Court's *interpretation* of the Constitution had changed between 1985 and 1999. If that were the case, it would be sufficient to base their denial of retroactive relief solely on the good faith reliance of the government. Instead, by relying on a critique of the declaratory theory and the "living tree" doctrine, my colleagues assert, in essence, that the Constitution actually changed between 1985 and 1999 and that the claimants, unlike other Canadians, were not entitled to its protection in 1985. Such an approach runs counter to the spirit of the *Charter* and should not be countenanced.

Le présent pourvoi met bien en évidence les dangers de la démarche de mes collègues. Le point de départ de leur analyse est qu'une modification fondamentale du droit s'est produite entre l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la *Charte* en 1985 et l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3. Il s'ensuit que l'admissibilité du conjoint de même sexe à la pension de survivant n'a pas été garantie par la Constitution avant 1999. En clair, le par. 15(1) de la *Charte* ne s'est appliqué au conjoint de même sexe que lorsque notre Cour en a décidé ainsi. Mes collègues ne se contentent pas d'affirmer que notre *interprétation* de la Constitution a évolué de 1985 à 1999, auquel cas la bonne foi avec laquelle le gouvernement s'est fondé sur la jurisprudence constitutionnelle aurait suffi à justifier le refus d'une réparation rétroactive. En s'appuyant sur la critique de la théorie déclaratoire et la doctrine de « l'arbre vivant », mes collègues affirment plutôt, pour l'essentiel, que la Constitution a évolué entre 1985 et 1999 et que contrairement aux autres Canadiens, les membres du groupe Hislop n'avaient pas droit à sa protection en 1985. Ce raisonnement est contraire à l'esprit de la *Charte* et je ne saurais y souscrire. 146

Furthermore, it is not at all clear that a substantial change in the law actually occurred sufficient to trigger a departure from the norm of retroactivity under my colleagues' threshold approach. A review of the case law before and after *Egan* suggests that it was not the "final word" on s. 15(1) and discrimination of same-sex couples.

Qui plus est, il n'est pas du tout certain que le droit ait subi une modification si fondamentale — la condition première posée par mes collègues — qu'elle justifie la mise à l'écart de la norme de la rétroactivité. Il appert de l'examen de la jurisprudence antérieure et postérieure à l'arrêt *Egan* que cet arrêt ne représentait pas le « dernier mot » au sujet de l'application du par. 15(1) et de la discrimination envers les conjoints de même sexe. 147

148 Courts did not begin pronouncing on the extent of protection that s. 15 afforded to same-sex couples until the late 1980s, and then with conflicting results. In *Andrews v. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258, the Ontario High Court of Justice held that it was not discriminatory to deny provincial health insurance benefits to same-sex dependants based on the definition of "spouse" in the applicable legislation. In *Vogel v. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84 (Man. Q.B.), exclusion of a same-sex partner from an employer's spousal benefit plan was held not to be discriminatory.

149 In other cases, the opposite result was achieved. In *Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)*, [1990] 1 F.C. 321, the Federal Court—Trial Division found that it was an infringement of s. 15(1) to deny visitation rights to the same-sex partner of an inmate and that the infringement could not be saved under s. 1. In *Knodel v. British Colombia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (S.C.), in direct opposition to *Andrews*, regulations excluding same-sex dependants from claiming provincial health insurance benefits were found to be an unjustified infringement of s. 15(1) and a declaration that same-sex couples be read into the definition of "spouse" was made.

150 This Court first came close to the issue in *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, which involved a provision of a collective agreement that restricted bereavement leave to members of an employee's "immediate family". The complainant had sought to have the day he took off work to attend the funeral of his same-sex partner's father count as bereavement leave. The majority (in a 4-3 decision) decided the issue on the narrow ground that the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, did not include sexual orientation as a ground of discrimination. Lamer C.J. noted, however, that the case could have been argued on the basis that the *Charter* required

Ce n'est que vers la fin des années 1980 que les tribunaux ont commencé à statuer sur l'étendue de la garantie qu'offrait l'art. 15 aux conjoints de même sexe. Leurs décisions ont été contradictoires. Dans *Andrews c. Ontario (Minister of Health)* (1988), 64 O.R. (2d) 258, la Haute Cour de justice de l'Ontario a décidé qu'au vu de la définition de « conjoint » dans la loi applicable, il n'était pas discriminatoire de refuser des prestations provinciales d'assurance-maladie à une personne à charge de même sexe. Dans *Vogel c. Manitoba* (1992), 90 D.L.R. (4th) 84, la Cour du Banc de la Reine du Manitoba est arrivée à la même conclusion concernant l'inadmissibilité d'un conjoint de même sexe au régime d'avantages sociaux de l'employeur.

Dans d'autres affaires, la conclusion contraire a été tirée. Dans *Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)*, [1990] 1 C.F. 321, la Section de première instance de la Cour fédérale a jugé que le refus de permettre à un détenu de recevoir la visite de son conjoint de même sexe contrevenait au par. 15(1) et que la violation ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Dans *Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (C.S.), à l'opposé de la décision *Andrews*, la cour a conclu que la disposition réglementaire rendant la personne à charge de même sexe inadmissible aux prestations provinciales d'assurance-maladie constituait une atteinte injustifiée au par. 15(1), ajoutant que suivant une interprétation large, le mot « conjoint » s'entendait notamment du conjoint de même sexe.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, portant sur une disposition d'une convention collective accordant un congé de deuil aux membres de la « proche famille » de l'employé, notre Cour a effleuré la question pour la première fois. Le plaignant avait demandé un congé de deuil après avoir assisté aux funérailles du père de son conjoint de même sexe. La décision majoritaire de notre Cour (4 juges contre 3) reposait sur le seul motif que l'orientation sexuelle ne figurait pas parmi les motifs de discrimination énoncés dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6. Or, selon le juge en chef Lamer, le plaignant aurait pu

sexual orientation to be read into the *Canadian Human Rights Act*. Because the *Charter* argument had not been made, he felt the Court had to apply the Act as it stood. He made it clear that he would have perhaps decided the case differently if sexual orientation had been a prohibited ground of discrimination (p. 582).

The next time this Court dealt with the issue was in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513. In a narrow 5-4 decision, this Court held that the definition of "spouse" under the *Old Age Security Act*, R.S.C. 1985, c. O-9, for the purposes of spousal allowances under the Act, was an infringement of s. 15(1), but was saved under s. 1. Sopinka J. cast the deciding vote. Central to his reasoning was that governments should be accorded some leeway in extending social benefits. In this regard, he agreed with La Forest J.'s suggestion in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, that governments should be allowed time to take incremental measures to deal with discrimination (para. 105).

It was soon clear that *Egan* was not the final word on the matter. The Manitoba Court of Appeal rendered its judgment in *Vogel v. Manitoba* (1995), 126 D.L.R. (4th) 72, a few months after *Egan*. It reversed the trial judge's decision and held that it was discriminatory under provincial human rights legislation to exclude same-sex partners from employee benefit plans on the basis that same-sex partners were not included in the term "spouse". Helper J.A. and Scott C.J.M. relied on *Egan* to find that the eligibility criteria of the scheme were discriminatory. A little more than a year later, the Ontario Court of Appeal released its decision in *M. v. H.* (1996), 96 O.A.C. 173. Charron J.A. (as she then was) found that the definition of "spouse" contained in the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, and which excluded same-sex couples, was a violation of s. 15(1) and could not be saved under s. 1. Although she took notice of this Court's decision in *Egan*, she was of the view that it was not

soutenir que la *Charte* commandait une interprétation large de cette loi de telle sorte que l'orientation sexuelle constitue un motif de discrimination interdit. Mais comme il n'avait pas invoqué la *Charte*, notre Cour devait appliquer le strict libellé de la loi. Le Juge en chef a clairement indiqué qu'il aurait pu rendre une décision différente si l'orientation sexuelle avait constitué un motif de discrimination interdit (p. 582).

151 La question s'est posée de nouveau dans l'affaire *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, où notre Cour a statué à raison de 5 juges contre 4 que la définition de « conjoint » prévue dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, ch. O-9, violait le par. 15(1) quant à l'admissibilité à l'allocation au conjoint, mais que l'atteinte était justifiée au regard de l'article premier. Le juge Sopinka a fait pencher la balance. Son raisonnement a essentiellement été que le gouvernement devait disposer d'une certaine marge de manœuvre dans l'octroi de prestations sociales. À cet égard, il s'est rangé à l'avis du juge La Forest dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à savoir qu'il faut permettre aux gouvernements de prendre des mesures graduelles pour mettre fin à la discrimination (par. 105).

152 Peu après, il est devenu évident que l'arrêt *Egan* n'avait pas définitivement réglé la question. Quelques mois plus tard, dans l'arrêt *Vogel c. Manitoba* (1995), 126 D.L.R. (4th) 72, la Cour d'appel du Manitoba a infirmé la décision de première instance et conclu que suivant les dispositions provinciales sur les droits de la personne, il était discriminatoire de tenir le conjoint de même sexe pour inadmissible au régime d'avantages sociaux d'un employé au motif qu'il n'était pas visé par la définition du mot « conjoint ». La juge Helper et le juge en chef Scott ont invoqué l'arrêt *Egan* pour conclure que les critères d'admissibilité au régime étaient discriminatoires. Un peu plus d'un an après, la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée dans l'affaire *M. c. H.* (1996), 96 O.A.C. 173. La juge Charron (maintenant juge de notre Cour) a conclu que la définition de « conjoint » figurant dans la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, et excluant le conjoint de même sexe, violait le

determinative since the objectives of the legislation in each case were different (para. 84). The Court of Appeal's decision in *M. v. H.* was relied upon in *Kane v. Ontario (Attorney General)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 738 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), to hold that the exclusion of same-sex partners from the definition of "spouse" in Ontario's *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8, was also unconstitutional.

153 In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, this Court rejected the incrementalist approach that was relied upon in part by Sopinka J. in *Egan* to find that the constitutional violation in that case was saved under s. 1.

154 Relying on its own jurisprudence and this Court's decision in *Vriend*, the Ontario Court of Appeal held in *Rosenberg v. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577, that a provision of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), that limited the definition of "spouse" to opposite sex couples was unconstitutional.

155 Finally, in *M. v. H.*, this Court upheld the Ontario Court of Appeal's decision that the exclusion of same-sex couples from the definition of spouse in the *Family Law Act* was unconstitutional. Iacobucci J. distinguished this Court's holding in *Egan* on the same grounds as the Court of Appeal had, namely that the legislative objectives at issue were entirely different (para. 75). It was in response to this decision that the federal government decided to enact the amendments to federal legislation, including the *CPP*, contained in the *Modernization of Benefits and Obligations Act*, S.C. 2000, c. 12.

156 As can be seen, the majority of cases both before and after *Egan* indicated that differential treatment of same-sex couples was discriminatory and could not be justified under s. 1. It is true that this Court has the final word on the interpretation of the Constitution. However, I find it difficult to believe that *Egan* was the final word — even for a time —

par. 15(1) et ne pouvait être justifiée au regard de l'article premier. Bien qu'elle l'ait pris en considération, l'arrêt *Egan* ne lui a pas paru déterminant, car l'objectif de la loi différait dans l'une et l'autre affaires (par. 84). Dans la décision *Kane c. Ontario (Attorney General)* (1997), 152 D.L.R. (4th) 738 (C. Ont. (Div. gén.)), l'arrêt *M. c. H.* de la Cour d'appel a été invoqué pour conclure également à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du conjoint de même sexe de la définition de « conjoint » applicable à la *Loi sur les assurances*, L.R.O. 1990, ch. I.8.

Dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, notre Cour a rejeté la démarche graduelle sur laquelle le juge Sopinka avait en partie fondé sa conclusion dans *Egan* que la violation constitutionnelle était justifiée au regard de l'article premier.

Dans l'arrêt *Rosenberg c. Canada (Attorney General)* (1998), 38 O.R. (3d) 577, s'appuyant sur sa propre jurisprudence et sur l'arrêt *Vriend* de notre Cour, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'inconstitutionnalité d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.), selon laquelle le mot « conjoint » ne s'entendait que d'un conjoint du sexe opposé.

Enfin, dans l'arrêt *M. c. H.*, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, notre Cour a conclu à l'inconstitutionnalité de l'exclusion du conjoint de même sexe de la définition du mot « conjoint » applicable à la *Loi sur le droit de la famille*. Le juge Iacobucci a expliqué la rupture avec l'arrêt *Egan* en reprenant les motifs de la Cour d'appel, à savoir que les objectifs législatifs en cause étaient totalement différents (par. 75). C'est pour donner suite à cette décision que le gouvernement fédéral a adopté la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations*, L.C. 2000, ch. 12, modifiant notamment le *RPC*.

Il appert que dans la plupart des décisions antérieures ou postérieures à l'arrêt *Egan*, les tribunaux ont conclu que le traitement différent réservé au conjoint de même sexe était discriminatoire et ne pouvait être justifié au regard de l'article premier. Notre Cour a certes le dernier mot dans l'interprétation de la Constitution, mais j'ai peine à croire que

on the application of s. 15(1) to same-sex couples. *Egan* was decided on the basis of s. 1 arguments that were tailored to the specific legislative objectives at issue in that case. After *Egan*, it was far from clear whether its reasoning would apply outside the realm of social assistance schemes such as Old Age Security. Indeed, a number of decisions, including this Court's decision in *M. v. H.*, distinguished *Egan* on this basis. It did not stand for the application of s. 15(1) to all instances of legislative exclusions of same-sex couples. Given the *CPP*'s status as an insurance-based scheme, where contributions are paid by employers and employees, it is difficult to see how *Egan* definitely settled the issue with regard to the exclusion of same-sex couples from survivor's benefits under the *CPP*.

Furthermore, given the contradictory decisions both before and after *Egan*, the closeness of the decision in that case, and the difficult nature of the issues at stake, it is difficult to see *Egan* as definitively establishing what the Constitution required. The reality is that it was for a time unclear exactly how s. 15(1) would apply to same-sex couples. The judicial process can be slow. It took time for this Court and others to articulate the correct constitutional principles to be applied to legislative exclusions of same-sex couples. That does not mean that this Court was upsetting established law when it handed down its decision in *M. v. H.* In short, even if the existence of a substantial change in the law was an appropriate threshold criterion, no such change actually occurred in this case. We must therefore look to other reasons for denying retroactive relief.

The Correct Approach to Retroactive Remedies in This Case

It is well established in Canadian constitutional law that courts will seek to balance competing interests when devising remedies for constitutional violations (Roach, at paras. 3.680 to 3.780). The starting point is that past constitutional violations

l'arrêt *Egan* ait représenté son dernier mot — même momentanément — concernant l'application du par. 15(1) au conjoint de même sexe. Dans cet arrêt, notre Cour a statué à partir d'arguments formulés en fonction de l'article premier et des objectifs particuliers des dispositions législatives en cause. Par la suite, il était loin d'être clair que le même raisonnement valait pour d'autres contextes que les régimes d'aide sociale comme celui de la sécurité de la vieillesse. C'est d'ailleurs pourquoi une distinction avec l'arrêt *Egan* a été faite dans maintes décisions, dont l'arrêt *M. c. H.*, de notre Cour. L'arrêt *Egan* ne statuait pas sur l'application du par. 15(1) dans tous les cas d'exclusion légale du conjoint de même sexe. Le *RPC* étant un régime d'assurance auquel cotisent employeurs et employés, il est difficile de concevoir que l'arrêt *Egan* ait définitivement tranché la question de l'inadmissibilité du conjoint de même sexe à la pension de survivant du *RPC*.

157 De plus, s'agissant d'une décision serrée dans une affaire où les questions en jeu étaient complexes et vu les décisions contradictoires qui l'ont précédé ou suivi, l'arrêt *Egan* peut difficilement être considéré comme ayant établi définitivement les exigences constitutionnelles. En réalité, l'application du par. 15(1) aux conjoints de même sexe est demeurée nébuleuse pendant un certain temps. Le processus judiciaire peut être long. Les tribunaux, y compris notre Cour, ont mis du temps à formuler les principes permettant de statuer correctement sur la constitutionnalité de l'exclusion légale du conjoint de même sexe. Dans l'arrêt *M. c. H.*, notre Cour n'a pas pour autant modifié une règle de droit établie. En somme, même si l'existence d'une modification fondamentale du droit était une condition première valable, une telle modification n'a pas eu lieu en l'espèce. Le refus d'une réparation rétroactive doit donc avoir un autre fondement.

La démarche qu'il convient d'adopter en l'espèce à l'égard de la réparation rétroactive

158 Il est bien établi en droit constitutionnel canadien que pour décider de la mesure réparatrice qui s'impose par suite de la violation d'un droit constitutionnel, le tribunal s'efforce de mettre en balance les intérêts opposés (Roach, par. 3.680 à 3.780).

should be corrected. This recognizes the grave nature of constitutional infringements:

> Constitutional remedies are matters of considerable importance. Constitutional law expresses the most fundamental restraints and obligations of governments. Violations of constitutional rights are a serious matter both for those who suffer from the violation and the public in general.
>
> (Roach, at para. 1.10)

Retroactive constitutional remedies ensure that the claimants who have brought the successful action, as well as similarly situated claimants, can benefit from the judgment (Choudhry and Roach, at p. 210).

159 However, the normal retroactive effect of judgments may need to be tempered in certain circumstances in order to protect other legitimate interests (see Choudhry and Roach, at pp. 209-11). The use of transition periods and suspended declarations of invalidity are accepted ways of temporarily limiting the retroactive effect of constitutional remedies in order to prevent legal vacuums and introduce new procedural requirements. They are not evidence of the Court operating outside of the Blackstonian paradigm, but rather a recognition that in certain circumstances other legitimate interests may require retroactivity to be limited.

160 The question is what legitimate interests should be taken into account in deciding to deny a retroactive constitutional remedy. For the most part, I agree that reasonable reliance, good faith, fairness to litigants and Parliament's role are important considerations. I would simply like to add what I see as a few points of clarification.

161 First, the question of whether to deny a retroactive remedy is different from deciding whether to grant a suspended declaration of invalidity; the same considerations do not apply to both. The latter will be a valid measure when a declaration of invalidity would pose a danger to the public, threaten the rule of law or deprive deserving persons of benefits without thereby benefiting the individual whose

Fondamentalement, toute violation constitutionnelle passée doit faire l'objet d'une réparation, ce qui atteste sa gravité :

> [TRADUCTION] La réparation constitutionnelle revêt une grande importance. La loi constitutionnelle établit les obligations de faire et de ne pas faire les plus fondamentales des gouvernements. L'atteinte à un droit constitutionnel est très grave, tant pour celui qui en subit un préjudice que pour les citoyens en général.
>
> (Roach, par. 1.10)

La réparation constitutionnelle rétroactive permet à la partie qui a gain de cause et aux personnes qui sont dans la même situation qu'elle de bénéficier du jugement (Choudhry et Roach, p. 210).

Cependant, il arrive qu'il soit nécessaire de tempérer l'effet rétroactif d'un jugement pour protéger d'autres intérêts légitimes (voir Choudhry et Roach, p. 209-211). Le recours à une période de transition ou à la suspension de la déclaration d'invalidité est un moyen reconnu de limiter temporairement l'effet rétroactif d'une réparation constitutionnelle afin d'éviter le vide juridique et l'imposition d'une nouvelle exigence procédurale. Par ces mesures, notre Cour ne s'écarte pas du modèle blackstonien, mais reconnaît plutôt que dans certaines circonstances, d'autres intérêts légitimes peuvent commander la limitation de la rétroactivité.

La question est de savoir quels intérêts légitimes peuvent justifier le refus d'une réparation constitutionnelle rétroactive. De façon générale, je conviens que l'interprétation raisonnable, la bonne foi, l'équité envers les parties et le rôle du législateur sont des considérations importantes. J'apporterais seulement quelques précisions.

Premièrement, limiter la rétroactivité de la réparation et suspendre la déclaration d'invalidité ne sont pas deux mesures équivalentes. Les mêmes considérations ne s'appliquent pas. La seconde mesure est justifiée lorsqu'une déclaration d'invalidité poserait un danger pour le public, menacerait la primauté du droit ou priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne

rights had been violated (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 719). A suspended declaration of invalidity is ultimately only a temporary limit on retroactivity; it does not determine whether governments are entitled to deny retroactive relief to the claimants in acting to cure the constitutional defect. Reasonable reliance, good faith, fairness to litigants and Parliament's role will be appropriate to consider when courts are confronted with the question of what remedy the claimant is entitled to. This will occur, for example, when deciding whether a remedy of "reading in" should apply retroactively or whether a legislative provision enacted in response to a declaration of invalidity which limits retroactive relief should be read down or severed.

dont les droits ont été violés (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 719). En fin de compte, la suspension de la déclaration d'invalidité ne fait que limiter temporairement l'effet rétroactif. Elle n'est pas déterminante quant à savoir si le gouvernement peut écarter la rétroactivité de la réparation accordée pour remédier à l'inconstitutionnalité. Il convient que le tribunal tienne compte des considérations que sont l'interprétation raisonnable, la bonne foi, l'équité envers les parties et le respect du pouvoir du Parlement pour décider de la réparation à laquelle a droit le demandeur. Il doit notamment le faire lorsqu'il est appelé à décider si la solution de l'interprétation large devrait s'appliquer rétroactivement ou si celle de l'interprétation atténuée ou de la dissociation devrait être retenue à l'égard d'une disposition législative adoptée par suite d'une déclaration d'invalidité ayant limité l'effet rétroactif de la réparation.

Second, to my mind, establishing reasonable reliance will not always be necessary in order to deny retroactive relief. In this case, even on my colleagues' analysis, the government's reliance on *Egan* could not be a justification for denying relief *before Egan* was decided. Indeed, although it was not entirely clear, most of the case law before *Egan* suggested that governments could not justifiably exclude same-sex couples. Given the state of the law pre-*M. v. H.*, it would be more accurate to emphasize the fact that the government was acting in good faith in the face of jurisprudential uncertainty. Although not determinative, this should be taken into account in deciding whether to depart from the norm of retroactive relief.

162 Deuxièmement, j'estime que la preuve d'une interprétation raisonnable n'est pas toujours nécessaire pour justifier le refus d'une réparation rétroactive. En l'espèce, même si je faisais mienne l'analyse de mes collègues, le fait que le gouvernement s'est fondé sur l'arrêt *Egan* ne pourrait justifier le refus d'une réparation pour la période *antérieure* à cet arrêt. En effet, la plupart des décisions rendues jusqu'alors donnaient à penser que le gouvernement n'était pas justifié d'exclure les conjoints de même sexe, même si ce n'était pas parfaitement clair. Vu l'état du droit avant l'arrêt *M. c. H.*, il serait plus juste d'insister sur le fait que le gouvernement a agi de bonne foi dans un contexte jurisprudentiel incertain. Sans être déterminant, cet élément peut jouer dans la décision de déroger ou non à la règle de la rétroactivité de la réparation.

Finally, my colleagues seem to suggest in their discussion of this Court's recent decision of *Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)*, [2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1, that the nature of the constitutional violation is relevant to deciding whether to deny a retroactive remedy. I do not agree. A government has no more right to discriminate in the provision of benefits than it does to collect unconstitutionally levied taxes. In *Kingstreet*, there were no legitimate concerns with

163 Enfin, dans leur examen du récent arrêt *Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1, mes collègues paraissent laisser entendre que la nature de l'atteinte à la Constitution importe dans la décision de faire rétroagir ou non la réparation. Je ne partage pas leur point de vue. Un gouvernement n'est pas davantage autorisé à faire preuve de discrimination dans l'octroi de prestations qu'il ne l'est à percevoir une taxe inconstitutionnelle. Dans

applying the general rule of retroactivity. The legislature retained the ability to enact remedial legislation to cure any adverse effects (para. 25), and a purely prospective remedy would have left the claimant empty-handed.

164 These clarifications made, I am in general agreement with how my colleagues have applied the other factors to this appeal. Particularly relevant, it seems to me, is the fact that the *Modernization of Benefits and Obligations Act* was enacted in response to this Court's decision in *M. v. H.* In that case, a suspension of the declaration of invalidity was ordered so as to allow the Ontario government flexibility to cure the constitutional defect. That flexibility implicitly included the ability to limit the retroactive effect of any remedial legislation. Indeed, this is what the Ontario legislature chose to do. The remedial legislation was made prospective from November 20, 1999 (*Amendments Because of the Supreme Court of Canada Decision in M. v. H. Act, 1999*, S.O. 1999, c. 6, s. 68(2)). Similar flexibility should be accorded to the Canadian government in this case. The legislative branch is better able to deal with distributional concerns than are courts, and its choices should be respected so long as they fall within the limits of the Constitution.

Conclusion

165 For these reasons, I agree that the appeal and cross-appeal should be dismissed without costs.

Appeal and cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Department of Justice, Sainte-Foy.

l'affaire *Kingstreet*, l'application de la règle générale de la rétroactivité ne soulevait aucune crainte légitime. Le législateur conservait la possibilité d'adopter des dispositions correctives pour remédier à tout effet préjudiciable (par. 25), et une réparation pour l'avenir aurait laissé les demanderesses les mains vides.

Sous réserve de ces précisions, je suis généralement d'accord avec la façon dont mes collègues appliquent les autres éléments, notamment le fait — très important selon moi — que la *Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations* a fait suite à l'arrêt *M. c. H.* où notre Cour avait suspendu la déclaration d'invalidité afin que le gouvernement de l'Ontario jouisse d'une certaine souplesse pour remédier à l'inconstitutionnalité. Cette marge de manœuvre englobait implicitement le pouvoir de limiter l'effet rétroactif de toute disposition corrective, solution qu'a d'ailleurs retenue le législateur ontarien. La loi corrective s'est appliquée à compter du 20 novembre 1999 (*Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, L.O. 1999, ch. 6, par. 68(2)). Le gouvernement du Canada devrait bénéficier de la même latitude en l'espèce. Le législateur est mieux placé que les tribunaux pour décider de la répartition des ressources, et il convient de respecter ses choix s'ils sont conformes à la Constitution.

Conclusion

Pour ces motifs, je conviens de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident sans dépens.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés/appelants au pourvoi incident : Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener Egale Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Egale Canada Inc. : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Brandon Shane Spencer *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* SPENCER

Neutral citation: 2007 SCC 11.

File No.: 31365.

2006: October 17; 2007: March 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Confessions — Voluntariness — Accused and his girlfriend arrested — Accused confesses to robberies after requesting lenient treatment for girlfriend and being permitted to visit with her — Whether statements voluntary — Whether trial judge applied correct test in admitting statements.

S was arrested for multiple robberies and his girlfriend, H, was arrested for one of them. Following his arrest, S expressed concern for H and asked that she be kept out of it. The police told S that H would be charged with possession of a handgun and other items connected with one of the robberies. S offered to confess in exchange for lenient treatment for H. The interviewing officer denied being able to make a deal with S. S also requested a visit with H. S confessed to some of the robberies and was allowed to visit H. He then confessed to the other robberies. After a lengthy *voir dire*, the trial judge admitted S's statements into evidence and subsequently convicted him of 18 robberies. A majority of the Court of Appeal found that the trial judge had applied an incorrect test in admitting the statements as voluntary, and ordered a new trial with respect to 16 of the robberies.

Held (Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the convictions should be restored.

Per Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: S's statements to the police were properly

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Brandon Shane Spencer *Intimé*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SPENCER

Référence neutre : 2007 CSC 11.

N° du greffe : 31365.

2006 : 17 octobre; 2007 : 8 mars.

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

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Confessions — Caractère volontaire — Arrestation de l'accusé et de sa petite amie — Accusé confesse des vols qualifiés après avoir demandé un traitement clément pour son amie et avoir obtenu de la rencontrer — Les déclarations étaient-elles volontaires? — Le juge du procès a-t-il appliqué le bon critère en admettant les déclarations?

S a été arrêté en rapport avec de nombreux vols qualifiés, et sa petite amie, H, a été arrêtée en rapport avec un de ces vols. À la suite de son arrestation, S a dit s'inquiéter pour H et a demandé qu'on la laisse en dehors de ça. Le policier a mentionné à S que H serait accusée de possession d'une arme de poing et de recel d'objets reliés à un des vols. S a offert une confession en échange d'un traitement clément pour H. Le policier chargé de l'interrogatoire a nié pouvoir conclure une entente avec S. Ce dernier a aussi demandé de rencontrer H. S a fait une confession relativement à certains vols et a été autorisé à rencontrer H. Il a ensuite confessé les autres vols. Au terme d'un long voir-dire, le juge du procès a admis en preuve les déclarations de S et l'a ensuite reconnu coupable de 18 vols qualifiés. La Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès avait appliqué le mauvais critère en admettant les déclarations comme volontaires et a ordonné un nouveau procès relativement à 16 de ces vols qualifiés.

Arrêt (les juges Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies.

Les juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein : Les déclarations de S au policier ont été

admitted. At common law, statements made by an accused to a person in authority are inadmissible unless they are voluntary. Several factors are relevant to determining whether a statement is voluntary, including whether the police made any promises to or threatened the accused. A promise renders a statement involuntary only if the *quid pro quo* provides a strong enough inducement to raise a reasonable doubt about whether the will of the suspect was overborne. Accordingly, while a *quid pro quo* is an important factor in establishing the existence of a threat or promise, it is not by itself determinative. It is the strength of the inducement, having regard to the particular individual and his or her circumstances, that is to be considered in the overall contextual analysis into the voluntariness of the accused's statement. [1] [11-15]

Where a trial judge considers all the relevant circumstances and properly applies the law, deference is owed to his or her determination on the voluntariness of the statement at issue. In this case, the limited reference to *R. v. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452, was only made in relation to the question of whether any lesser inducement was sufficient to render a statement involuntary. The trial judge did not err in his contextual analysis of the voluntariness of S's statements. No offer was made to treat H leniently, and the withholding of a visit with her until a partial confession was made was not a strong enough inducement to render S's statement inadmissible. S did not lose control of the interview to the point where he was not on a level playing field with the police. The trial judge expressly and repeatedly referred to the proper standard of proof and to this Court's decision in *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, to determine the voluntariness of the accused's statements. His finding that the statements were voluntary should not have been disturbed. [17-23]

Per Fish and Abella JJ. (dissenting): The trial judge misapprehended the governing test and wrongly required that any inducement be so overbearing that S lost any meaningful, independent ability to choose to remain silent. There is no such standard for determining the voluntariness of a statement induced by promises or threats by a person in authority. The induced confessions rule presupposes that a statement given by an accused to a person in authority is the product of an operating mind. If the statement is not the product

correctement admises. En common law, les déclarations faites par un accusé à une personne en situation d'autorité sont inadmissibles à moins qu'elles ne soient faites volontairement. Plusieurs facteurs sont pertinents pour déterminer si une déclaration est faite volontairement, notamment si la police a fait des promesses ou des menaces à l'accusé. Une promesse rend une déclaration involontaire uniquement si la contrepartie offre des encouragements importants au point de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si on a subjugué la volonté du suspect. Par conséquent, bien que la contrepartie constitue un facteur important pour établir l'existence d'une menace ou d'une promesse, elle n'est pas par elle-même déterminante. C'est l'importance des encouragements offerts, eu égard à l'individu et à la situation dans laquelle il se trouve, qu'il faut prendre en considération dans l'analyse contextuelle globale du caractère volontaire de la déclaration de l'accusé. [1] [11-15]

Si un juge du procès examine toutes les circonstances pertinentes et applique correctement le droit, il y a alors lieu de faire preuve de déférence à l'égard de sa décision relative au caractère volontaire de la déclaration en litige. En l'espèce, le juge du procès n'a mentionné *R. c. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452, qu'en rapport avec la question de savoir si un encouragement de moindre importance suffisait à rendre une déclaration involontaire. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur dans son analyse contextuelle du caractère volontaire des déclarations de S. Aucune offre de traiter H avec clémence n'a été faite, et le refus de permettre une rencontre avec elle avant qu'une confession partielle soit faite ne constituait pas un encouragement assez important pour rendre les déclarations de S inadmissibles. S n'a pas perdu la maîtrise de l'entrevue au point où il n'était plus à forces égales avec le policier. Le juge du procès a expressément mentionné à plusieurs reprises la norme de preuve appropriée et la décision de cette Cour dans *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, afin de déterminer le caractère volontaire des déclarations de l'accusé. Sa conclusion selon laquelle les déclarations étaient volontaires n'aurait pas dû être modifiée. [17-23]

Les juges Fish et Abella (dissidents) : Le juge du procès s'est trompé quant au critère applicable et a exigé à tort que les encouragements aient subjugué S au point de lui faire perdre toute possibilité significative de choisir lui-même de garder le silence. Il n'existe aucune norme de ce genre pour l'appréciation du caractère volontaire d'une déclaration provoquée par des promesses ou des menaces émanant d'une personne en situation d'autorité. La règle des confessions provoquées présuppose qu'une déclaration d'un accusé faite à

of an operating mind, it will be considered involuntary on that ground. Statements may be involuntary if they were made in response to an improper inducement that caused a fear of prejudice or a hope of advantage. The threat or promise need not be aimed directly at the suspect. An offer to obtain lenient treatment for someone closely related to the person from whom the statement is sought can render it involuntary and inadmissible. Threats or promises will be fatal if the court is left with a reasonable doubt about whether, alone or in combination with other factors, they induced a statement. [24] [27-31] [35] [37]

The most important consideration is to look for a *quid pro quo*. In this case, the Court of Appeal gave appropriate weight to this consideration. The trial judge did not and thereby committed an error of law. The evidence discloses an implicit but unmistakable threat accompanied by an implicit but unmistakable promise that rendered inadmissible S's inculpatory statements to the police. The interrogating officer threatened to bring charges against H and referred to evidence implicating her in the robberies. He also indicated to S that he would recommend to the Crown that H not be charged if S confessed. There is a real likelihood that S was induced to confess by a compound *quid pro quo* because the intensity of his feelings for H provided a powerful motivation to say whatever was needed, true or false, to get H lenient treatment. S's relationship with H was strong enough to induce a false confession and his statements are therefore inadmissible. [38-41] [44] [47-50]

Cases Cited

By Deschamps J.

Explained: *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452, rev'd on other grounds, [1996] 3 S.C.R. 607; **referred to:** *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Director of Public Prosecutions v. Ping Lin*, [1976] A.C. 574.

By Fish J. (dissenting)

Ibrahim v. The King, [1914] A.C. 599; *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38; *R. v. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452, rev'd on other grounds, [1996] 3 S.C.R. 607; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286.

une personne en situation d'autorité est le fruit d'un état d'esprit conscient. Si la déclaration ne procède pas d'un état d'esprit conscient, elle est tenue pour involontaire pour ce motif. Les déclarations peuvent être involontaires si elles ont été faites en réaction à une provocation inacceptable qui a suscité la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage. Il n'est pas nécessaire que les menaces ou les promesses visent directement le suspect. Une offre d'obtenir un traitement clément pour un proche de la personne à qui on demande une déclaration peut rendre cette déclaration involontaire et inadmissible. Les menaces ou les promesses seront fatales si le tribunal peut raisonnablement se demander si, par elles-mêmes ou combinées à d'autres facteurs, elles ont amené l'intéressé à faire une déclaration. [24] [27-31] [35] [37]

La question la plus importante consiste à se demander si une contrepartie a été offerte. En l'espèce, la Cour d'appel a bien apprécié cette question. Le juge du procès ne l'a pas fait et a ainsi commis une erreur de droit. La preuve révèle une menace implicite mais évidente accompagnée d'une promesse implicite mais évidente qui ont rendu inadmissibles les déclarations inculpatoires que S a faites à la police. Le policier qui menait l'interrogatoire a menacé de porter des accusations contre H et a fait mention des éléments de preuve qui l'impliquaient dans des vols qualifiés. Il a également indiqué à S qu'il recommanderait au ministère public que H ne soit pas accusée s'il faisait une confession. Il existe une réelle probabilité que S a été amené à faire une confession par une double contrepartie parce que l'intensité de ses sentiments pour H constituait pour lui un puissant incitatif à dire ce qu'il fallait, vérité ou mensonge, pour obtenir que H soit traitée avec clémence. Le lien entre S et H était important au point de provoquer une fausse confession et ses déclarations sont donc inadmissibles. [38-41] [44] [47-50]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts expliqués : *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452, inf. pour d'autres motifs par [1996] 3 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés :** *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Director of Public Prosecutions c. Ping Lin*, [1976] A.C. 574.

Citée par le juge Fish (dissident)

Ibrahim c. The King, [1914] A.C. 599; *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38; *R. c. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452, inf. pour d'autres motifs par [1996] 3 R.C.S. 607; *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286.

Authors Cited

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.
Stuart, Don. "*Oickle*: The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation" (2001), 36 C.R. (5th) 188.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Donald and Hall JJ.A.) (2006), 223 B.C.A.C. 1, 369 W.A.C. 1, 207 C.C.C. (3d) 47, [2006] B.C.J. No. 366 (QL), 2006 BCCA 81, setting aside in part a decision of McKinnon J., [2003] B.C.J. No. 3117 (QL), 2003 BCSC 805. Appeal allowed, Fish and Abella JJ. dissenting.

Beverly A. MacLean, for the appellant.

Joseph J. Blazina, for the respondent.

The judgment of Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

DESCHAMPS J. — This appeal concerns the admissibility of statements made by the respondent to the police. I conclude that the trial judge properly applied *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38, in admitting the accused's statements. Accordingly, I am of the view that the appeal should be allowed and the convictions restored.

1. Factual Background

The respondent was charged with 18 robberies in British Columbia that had taken place between November 12, 1997 and August 29, 2001. The robbery on this last date was committed by four men, one of whom fired a handgun as they escaped.

The respondent was arrested late in the evening of September 1, 2001 while driving a vehicle associated with three of the robberies. The vehicle was registered to his girlfriend, Tanya Harrison, who was also arrested the following day in relation to one of the robberies. The execution of a search

Doctrine citée

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2005.
Stuart, Don. « *Oickle* : The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation » (2001), 36 C.R. (5th) 188.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Donald et Hall) (2006), 223 B.C.A.C. 1, 369 W.A.C. 1, 207 C.C.C. (3d) 47, [2006] B.C.J. No. 366 (QL), 2006 BCCA 81, qui a infirmé en partie une décision du juge McKinnon, [2003] B.C.J. No. 3117 (QL), 2003 BCSC 805. Pourvoi accueilli, les juges Fish et Abella sont dissidents.

Beverly A. MacLean, pour l'appelante.

Joseph J. Blazina, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Bastarache, LeBel, Deschamps, Charron et Rothstein rendu par

LA JUGE DESCHAMPS — Le présent pourvoi porte sur l'admissibilité des déclarations faites par l'intimé à un policier. Je conclus que le juge du procès a correctement appliqué l'arrêt *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38, lorsqu'il a admis les déclarations de l'accusé. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité. 1

1. Contexte factuel

L'intimé a été accusé de 18 vols qualifiés commis en Colombie-Britannique entre le 12 novembre 1997 et le 29 août 2001. Le dernier vol a été commis par quatre hommes et l'un d'eux a tiré des coups de feu au moyen d'une arme de poing pendant qu'ils prenaient la fuite. 2

En fin de soirée le 1er septembre 2001, l'intimé a été arrêté alors qu'il était au volant d'un véhicule ayant servi à commettre trois des vols. La voiture était immatriculée au nom de sa petite amie, Tanya Harrison, qui a également été arrêtée le lendemain en rapport avec l'un des vols. Plus tard dans 3

warrant later that evening at their shared residence led to the discovery of the handgun, as well as watches and jewellery, from the robbery of August 29, 2001.

4 At trial, the Crown relied on inculpatory statements that the respondent had made to Constable Parker of the RCMP while in custody after his arrest. On September 3, 2001, Constable Parker was returning the respondent to his cell when the respondent asked what was happening to Ms. Harrison. Constable Parker stated that he intended to recommend that they both be charged with possession of the handgun and jewellery found in their residence. Constable Parker testified that the respondent then insisted on making statements, which he then made. It is the admissibility of these statements that is at issue in this appeal.

5 The respondent advances two reasons why his inculpatory statements to Constable Parker should be held to be involuntary, and thus inadmissible, namely that he was induced to confess by a hope of leniency for Ms. Harrison and the promise of a visit with her. Constable Parker conducted a lengthy interview with the respondent. The interview was videotaped, and a transcript of it was filed in the record. Given the highly fact-sensitive nature of this area of the law and the duration of the interview, the precise content of the exchanges is important. Lengthy extracts, namely those portions that have been cited by the parties and in the decisions below, are reproduced in the Appendix. The interview lasted some eight or nine hours. The first relevant part of the interview reflects attempts by the respondent to obtain more lenient treatment for Ms. Harrison, if he confessed to various robberies and the denials of Constable Parker to be able to make a deal. The second part is a discussion concerning a visit with Ms. Harrison. The interview was interrupted after the respondent confessed to some of the robberies. He was then allowed a visit with Ms. Harrison, and upon returning, he confessed to the other robberies.

la soirée, l'exécution d'un mandat de perquisition dans la résidence qu'ils partageaient a permis de découvrir l'arme ayant servi lors du vol commis le 29 août 2001, ainsi que des montres et des bijoux volés à cette occasion.

Au procès, le ministère public s'est fondé sur les déclarations inculpatoires que l'intimé a faites à l'agent Parker de la GRC après son arrestation. Le 3 septembre 2001, alors que l'agent Parker conduisait l'intimé à sa cellule, ce dernier lui a demandé ce qui arrivait à M^me^ Harrison. L'agent Parker a répondu qu'il avait l'intention de recommander qu'ils soient tous les deux accusés d'avoir eu en leur possession l'arme de poing et les bijoux trouvés dans leur résidence. L'agent Parker a témoigné que l'intimé a alors insisté pour faire des déclarations, ce qu'il a alors fait. C'est l'admissibilité de ces déclarations qui est en litige dans le présent pourvoi.

L'intimé fait valoir deux raisons pour lesquelles la Cour devrait conclure que ses déclarations inculpatoires à l'agent Parker étaient involontaires et, partant, inadmissibles. Il aurait été encouragé à faire une confession par l'espoir d'obtenir la clémence pour M^me^ Harrison et par la promesse d'une rencontre avec elle. L'agent Parker a eu une longue entrevue avec l'intimé. Cette entrevue a été enregistrée sur bandes vidéo et une transcription de leurs propos a été versée au dossier. Vu le caractère hautement factuel de ce domaine du droit et la longueur de l'entrevue, la teneur des propos échangés est importante. De longs extraits sont reproduits en annexe, notamment ceux cités par les parties et dans les décisions des tribunaux inférieurs. L'entrevue a duré huit ou neuf heures. Le premier extrait pertinent rend compte des tentatives faites par l'intimé en vue d'obtenir un traitement plus clément pour M^me^ Harrison en échange d'une confession quant à divers vols, ainsi que des propos de l'agent Parker qui nie pouvoir conclure une entente. Le deuxième fait état des discussions concernant une rencontre avec M^me^ Harrison. L'entrevue a été interrompue après que l'intimé eût confessé certains vols. Ce dernier a alors pu rencontrer M^me^ Harrison, et à son retour, il a confessé les autres vols.

2. Judicial History

McKinnon J. of the Supreme Court of British Columbia, sitting without a jury, ruled after an eight-day *voir dire* that he was satisfied beyond a reasonable doubt that the respondent's statements to Constable Parker were voluntary, and therefore admissible ([2003] B.C.J. No. 751 (QL), 2003 BCSC 508). The respondent was subsequently convicted of the 18 robberies after a 20-day trial ([2003] B.C.J. No. 3117 (QL), 2003 BCSC 805).

The trial judge discussed separately the two arguments raised by the respondent. With respect to the repeated requests for leniency for Ms. Harrison, the trial judge found that "[n]owhere is there any indication of [a threat or] a *quid pro quo*" (*voir dire*, at para. 16). He concluded that "at no time did Cst. Parker ever tell Mr. Spencer that Ms. Harrison would not be charged if he provided a confession. Nor did Cst. Parker speak of lenient treatment for Ms. Harrison in exchange for a confession" (*voir dire*, at para. 15). The trial judge observed that Constable Parker had expressly disavowed his ability to make such a promise. McKinnon J. noted that Constable Parker had merely "appealed to Mr. Spencer's common sense and knowledge of the justice system" (*voir dire*, at para. 17). The trial judge also found that "[t]he interview reveals the accused's frustration with Cst. Parker's inability to offer him a deal" (*voir dire*, at para. 19).

Concerning the respondent's being allowed to visit Ms. Harrison, the trial judge found, as follows, that this "lesser inducement" did not affect the voluntariness of the statements:

Allowing Mr. Spencer to visit with his girlfriend only after he cleaned his slate is clearly an inducement. Crown has conceded as much. However, I would characterize it as a "lesser inducement" of the same type

2. Historique des procédures judiciaires

6 Au terme d'un voir-dire d'une durée de huit jours, le juge McKinnon de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, siégeant sans jury, s'est dit convaincu hors de tout doute raisonnable que les déclarations faites par l'intimé à l'agent Parker étaient volontaires et par conséquent admissibles ([2003] B.C.J. No. 751 (QL), 2003 BCSC 508). À l'issue d'un procès de 20 jours, l'intimé a été reconnu coupable des 18 vols qualifiés ([2003] B.C.J. No. 3117 (QL), 2003 BCSC 805).

7 Le juge du procès a traité séparément les deux arguments soulevés par l'intimé. Relativement aux demandes répétées de l'intimé visant à obtenir la clémence pour M^me^ Harrison, le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « [i]l n'y a nulle part une indication [d'une menace ou] d'une contrepartie » (voir-dire, par. 16). Il a conclu que [TRADUCTION] « l'agent Parker n'a jamais dit à M. Spencer qu'aucune accusation ne serait portée contre M^me^ Harrison s'il passait aux aveux. L'agent Parker n'a pas non plus parlé d'obtenir un traitement clément pour M^me^ Harrison en retour d'une confession » (voir-dire, par. 15). Le juge a fait remarquer que l'agent Parker s'était expressément défendu de pouvoir faire une telle promesse. Le juge McKinnon a signalé que l'agent Parker avait simplement [TRADUCTION] « fait appel au bon sens de M. Spencer et à sa connaissance du système de justice » (voir-dire, par. 17). Il a également conclu que [TRADUCTION] « [l'] entrevue fait ressortir la frustration de l'accusé devant l'incapacité de l'agent Parker à lui proposer une entente » (voir-dire, par. 19).

8 En ce qui concerne le fait que l'intimé a été autorisé à rencontrer M^me^ Harrison, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes selon lesquelles cet « encouragement de moindre importance » n'avait pas eu d'incidence sur le caractère volontaire des déclarations :

[TRADUCTION] Permettre à M. Spencer de rencontrer sa petite amie seulement après qu'il ait vidé son sac constitue manifestement un encouragement. Le ministère public l'a d'ailleurs admis. C'est cependant

as the psychiatric counselling discussed in *Oickle*. It is necessary to look at the entirety of the circumstances.

The question is whether the inducement, standing alone or in combination with other factors, is strong enough to raise a reasonable doubt about whether the free will of the accused was overborne.

. . .

Mr. Spencer continually attempts to extract a "deal" from Cst. Parker, a confession in exchange for a visit with his girlfriend, but Cst. Parker consistently tells him he cannot make such a deal. Some of the exchanges taken in isolation suggest the exchange of a confession for a visit but, when I look at the entirety of the interrogation, clearly Mr. Spencer is never under any illusions that such a deal has been struck. . . .

Although withholding the accused's visit with his girlfriend until he offered, at the minimum, a partial confession was clearly an inducement, his free will was not "overborne" by that action.

(*Voir dire*, at paras. 29-30 and 37-38)

9 The majority of the Court of Appeal for British Columbia allowed the respondent's appeal, finding that the trial judge had erred "in applying an incorrect test to his analysis of the evidence, and in considering irrelevant factors" ((2006), 223 B.C.A.C. 1, 2006 BCCA 81, at para. 2). Donald J.A., for the majority, held specifically that the trial judge had erred in relying on *R. v. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452 (Alta. C.A.), at p. 461, rev'd on other grounds, [1996] 3 S.C.R. 607, and in "[taking] into account irrelevant factors, namely, who proposed the deal, the appellant's attitude and demeanour, and the level playing field, when the only real question was the presence, or otherwise, of a *quid pro quo*" (para. 36). Hall J.A. dissented, stating that the trial judge "was correct in his analysis, both factually and legally, and I see no proper basis upon which to set aside his determination at trial" (para. 91).

un encouragement que je qualifierais d'« encouragement de moindre importance », du même type que l'offre d'assistance psychiatrique dont il est question dans l'arrêt *Oickle*. Il est nécessaire d'examiner l'ensemble des circonstances.

Il s'agit de déterminer si l'encouragement, à lui seul ou combiné à d'autres facteurs, est important au point de soulever un doute raisonnable quant à savoir si on a subjugué la volonté de l'accusé.

. . .

M. Spencer tente continuellement de soutirer une « entente » de l'agent Parker — une confession en échange d'une rencontre avec sa petite amie — mais ce dernier lui dit toujours qu'il ne peut pas conclure une telle entente. Certains de leurs propos, pris isolément, laissent croire qu'ils ont convenu d'échanger une confession contre une rencontre, mais lorsque j'examine l'ensemble de l'interrogatoire, il me semble évident que M. Spencer n'a jamais entretenu d'illusion quant à la conclusion d'une telle entente. . .

Même si le fait d'empêcher l'accusé de rencontrer sa petite amie jusqu'à ce qu'il ait fait, à tout le moins, une confession partielle constitue indéniablement un encouragement, cet encouragement n'a pas « subjugué » sa volonté.

(Voir-dire, par. 29-30 et 37-38)

Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont accueilli l'appel de l'intimé, concluant que le juge du procès avait commis une erreur [TRADUCTION] « en appliquant le mauvais critère dans son analyse de la preuve et en tenant compte de facteurs non pertinents » ((2006), 223 B.C.A.C. 1, 2006 BCCA 81, par. 2). Au nom de la majorité, le juge Donald a conclu expressément que le juge du procès avait eu tort de se fonder sur *R. c. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452 (C.A. Alb.), p. 461, infirmé pour d'autres motifs, [1996] 3 R.C.S. 607, et de [TRADUCTION] « tenir compte de facteurs non pertinents, à savoir la personne qui a proposé l'entente, l'attitude et le comportement de l'appelant et l'équilibre des forces, alors que la seule vraie question était celle de l'existence ou non d'une contrepartie » (par. 36). Selon le juge Hall, dissident, le juge du procès [TRADUCTION] « a analysé correctement les faits et le droit, et à mon avis, rien ne justifie que soient infirmées les conclusions tirées au terme du procès » (par. 91).

3. Analysis

With respect for my colleagues' opinion, the trial judge's findings of fact are not at issue; what is required here is not a review of the finding that Constable Parker did not promise more favourable treatment for Ms. Harrison. The issue in this case is whether the trial judge applied the proper test in admitting the respondent's statements to Constable Parker. The appellant brings this question before this Court as of right, owing to disagreement at the Court of Appeal as to whether the trial judge had applied the correct legal test in determining that the accused's statements were admissible.

3.1 *Law Governing the Voluntariness of Statements*

At common law, statements made by an accused to a person in authority are inadmissible unless they are made voluntarily. This Court set out the test for ascertaining the voluntariness of such statements in *Oickle*. That case "recast the law relating to the voluntariness of confessions. . . . It rejected resort to fixed and narrow rules": D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4th ed. 2005), at p. 290. As Iacobucci J. explained in *Oickle*, at para. 27, the rule "is concerned with voluntariness, broadly understood". He also emphasized that a contextual approach is required (at para. 47):

> The application of the rule will by necessity be contextual. Hard and fast rules simply cannot account for the variety of circumstances that vitiate the voluntariness of a confession, and would inevitably result in a rule that would be both over- and under-inclusive. A trial judge should therefore consider all the relevant factors when reviewing a confession.

In *Oickle*, the Court recognized that there are several factors to consider in determining whether there is a reasonable doubt as to the voluntariness of a statement made to a person in authority, including the making of threats or promises, oppression,

3. Analyse

Avec égards pour l'opinion de mes collègues, les conclusions de fait du juge du procès ne sont pas en litige; on ne demande pas à la Cour de réviser la conclusion selon laquelle l'agent Parker n'a pas promis un traitement plus favorable pour M^me^ Harrison. La question en l'espèce est de savoir si le juge du procès a appliqué le bon critère lorsqu'il a admis les déclarations faites par l'intimé à l'agent Parker. L'appelante soumet cette question de plein droit à la Cour en raison d'un désaccord à la Cour d'appel quant à savoir si le juge du procès a appliqué le bon critère juridique pour déterminer si les déclarations de l'accusé étaient admissibles. 10

3.1 *Le droit régissant le caractère volontaire des déclarations*

En common law, les déclarations faites par un accusé à une personne en situation d'autorité sont inadmissibles à moins qu'elles ne soient volontaires. Dans l'arrêt *Oickle*, notre Cour a énoncé le critère permettant de déterminer le caractère volontaire de telles déclarations. Cet arrêt a [TRADUCTION] « reformulé le droit relatif au caractère volontaire des confessions [. . .] Il a écarté le recours à des règles déterminées et strictes » : D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (4^e^ éd. 2005), p. 290. Comme l'a expliqué le juge Iacobucci dans *Oickle*, au par. 27, la règle « s'attache plutôt à la question du caractère volontaire, considérée au sens large ». Il a également fait ressortir la nécessité d'une analyse contextuelle (par. 47) : 11

> L'application de la règle est, par nécessité, contextuelle. Il n'y a tout simplement pas de règle simple et rigide qui permette de tenir compte des diverses circonstances susceptibles de vicier le caractère volontaire d'une confession; il en résulterait inévitablement une règle dont la portée serait à la fois trop large et trop restreinte. Par conséquent, le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents lorsqu'il examine une confession.

Dans l'arrêt *Oickle*, la Cour a reconnu qu'il faut tenir compte de plusieurs facteurs pour déterminer s'il existe un doute raisonnable quant au caractère volontaire d'une déclaration faite à une personne en situation d'autorité, y compris l'existence de 12

the operating mind doctrine and police trickery. Threats or promises, oppression and the operating mind doctrine are to be considered together and "should not be understood as a discrete inquiry completely divorced from the rest of the confessions rule" (*Oickle*, at para. 63). On the other hand, the use of "police . . . trickery" to obtain a confession "is a distinct inquiry . . . [given that] its more specific objective is maintaining the integrity of the criminal justice system" (para. 65).

13 With respect to promises, which are at issue in the present appeal, this Court has recognized that they "need not be aimed directly at the suspect . . . to have a coercive effect" (*Oickle*, at para. 51). While Iacobucci J. recognized in *Oickle* that the existence of a *quid pro quo* is the "most important consideration" when an inducement is alleged to have been offered by a person in authority, he did not hold it to be an exclusive factor, or one determinative of voluntariness. On the contrary, the test laid down in *Oickle* is "sensitive to the particularities of the individual suspect" (para. 42), and its application "will by necessity be contextual" (para. 47). Furthermore, *Oickle* does not state that any *quid pro quo* held out by a person in authority, regardless of its significance, will necessarily render a statement by an accused involuntary. For example, an offer of psychiatric or psychological assistance, although "clearly an inducement, . . . is not as strong as an offer of leniency and regard must be had to the entirety of the circumstances" (para. 50). Inducements "becom[e] improper only when . . . standing alone or in combination with other factors, [they] are strong enough to raise a reasonable doubt about whether the will of the subject has been overborne" (para. 57).

14 To the extent that any distinction in law may be asserted between the traditional "confessions rule" in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609, *per* Lord Sumner, and this Court's decision in *Oickle*, the latter must prevail. In my view, however,

menaces ou de promesses, l'oppression, la théorie de l'état d'esprit conscient et les ruses policières. Les menaces ou promesses, l'oppression et la théorie de l'état d'esprit conscient sont des éléments qui doivent être examinés globalement et ne doivent « pas être considéré[s] comme une enquête distincte, complètement dissociée du reste de la règle des confessions » (*Oickle*, par. 63). Par ailleurs, le recours par les « policiers [. . .] [à] des ruses » en vue d'obtenir une confession fait appel à « une analyse distincte [. . .] [qui] vise plus précisément à préserver l'intégrité du système de justice pénale » (par. 65).

En ce qui concerne les promesses, qui sont en cause dans le présent pourvoi, notre Cour a reconnu qu'il « n'est pas nécessaire qu['elles] [. . .] visent directement le suspect pour avoir un effet coercitif » (*Oickle*, par. 51). Même si le juge Iacobucci a reconnu dans l'arrêt *Oickle* que l'existence d'une contrepartie est la « question la plus importante » lorsqu'il est allégué que des encouragements ont été offerts par une personne en situation d'autorité, il n'a pas conclu qu'elle est un facteur exclusif ou déterminant du caractère volontaire. Au contraire, le critère élaboré dans l'arrêt *Oickle* est « attentif aux particularités du suspect en cause » (par. 42) et son application « est, par nécessité, contextuelle » (par. 47). Qui plus est, dans l'arrêt *Oickle*, la Cour ne dit pas que toute offre de contrepartie faite par une personne en situation d'autorité, peu importe son importance, rend nécessairement involontaire la déclaration d'un accusé. Par exemple, le fait d'offrir une assistance psychiatrique ou psychologique, bien « qu'il s'agisse clairement d'un encouragement, [. . .] n'a pas autant de poids qu'une offre de clémence et il faut, dans un tel cas, tenir compte de l'ensemble des circonstances » (par. 50). Les encouragements « ne devien[nen]t inacceptable[s] que lorsque [. . .] — à eux seuls ou combinés à d'autres facteurs — [ils] sont importants au point de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si on a subjugué la volonté du suspect » (par. 57).

Dans la mesure où il est possible d'affirmer qu'il existe en droit une distinction entre la « règle des confessions » dite traditionnelle établie par lord Sumner dans *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), p. 609, et la décision de notre Cour

Lord Sumner's formulation of the "narrow" rule does not mean that any *quid pro quo* will automatically render a statement involuntary. Indeed, Lord Sumner required that in order for a statement to be admissible, it must not have been "obtained from [the accused] either by fear of prejudice or hope of advantage". In the subsequent case of *Director of Public Prosecutions v. Ping Lin*, [1976] A.C. 574 (H.L.), at p. 595, Lord Morris asked: "was it as a result of something said or done by a person in authority that an accused was caused or led to make a statement".

Therefore, while a *quid pro quo* is an important factor in establishing the existence of a threat or promise, it is the strength of the inducement, having regard to the particular individual and his or her circumstances, that is to be considered in the overall contextual analysis into the voluntariness of the accused's statement.

3.2 *Standard of Appellate Review*

In *Oickle*, Iacobucci J. stated the following about the standard of appellate review of a trial judge's decision on whether a statement is voluntary (at paras. 71 and 22):

> If a trial court properly considers all the relevant circumstances, then a finding regarding voluntariness is essentially a factual one, and should only be overturned for "some palpable and overriding error which affected [the trial judge's] assessment of the facts". . . .
>
> . . .
>
> . . . a disagreement with the trial judge regarding the weight to be given various pieces of evidence is not grounds to reverse a finding on voluntariness. [Emphasis deleted.]

Where a trial judge considers all the relevant circumstances and properly applies the law, deference is owed to the judge's determination on the voluntariness of the statement at issue. Professor Stuart

dans *Oickle*, cette dernière doit prévaloir. J'estime cependant que la règle « stricte » élaborée par lord Sumner ne signifie pas que toute contrepartie rend automatiquement une déclaration involontaire. En fait, selon lord Sumner, pour qu'une déclaration soit admissible, elle ne doit pas avoir été [TRADUCTION] « obtenue de [l'accusé] par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage ». Dans la décision subséquente *Director of Public Prosecutions c. Ping Lin*, [1976] A.C. 574 (H.L.), p. 595, lord Morris a soulevé la question suivante : [TRADUCTION] « l'accusé a-t-il été incité ou amené à faire une déclaration par suite d'une chose dite ou faite par une personne en situation d'autorité ».

Par conséquent, bien que la contrepartie constitue un facteur important pour établir l'existence d'une menace ou d'une promesse, c'est l'importance des encouragements offerts, eu égard à l'individu et à la situation dans laquelle il se trouve, qu'il faut prendre en considération dans l'analyse contextuelle globale du caractère volontaire de la déclaration de l'accusé. 15

3.2 *La norme de contrôle applicable en appel*

Dans l'arrêt *Oickle*, le juge Iacobucci a énoncé ce qui suit au sujet de la norme de contrôle applicable à l'appel de la décision du juge du procès sur la question de savoir si une déclaration est volontaire (par. 71 et 22) : 16

> Si le tribunal de première instance examine comme il se doit toutes les circonstances pertinentes, une conclusion à l'égard du caractère volontaire est essentiellement de nature factuelle et ne doit être infirmée que si « le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » . . .
>
> . . .
>
> . . . un désaccord avec le juge du procès relativement au poids qu'il convient d'accorder à divers éléments de preuve n'est pas un motif justifiant d'infirmer sa conclusion à l'égard du caractère volontaire d'une confession. [Soulignement omis.]

Si un juge du procès examine toutes les circonstances pertinentes et applique correctement le droit, il y a alors lieu de faire preuve de déférence à l'égard de sa décision relative au caractère 17

argues that it is "odd to speak of deference in a case where the interrogations were videotaped": D. Stuart, "*Oickle*: The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation" (2001), 36 C.R. (5th) 188, at p. 196. This comment, however, overlooks the fact that even where the interview is videotaped, it will rarely constitute the totality of the evidence heard during the *voir dire* on admissibility. Indeed, in the instant case, the *voir dire* included testimony by Constable Parker in addition to the viewing of the videotaped interview. The testimony and cross-examination of those involved in the taking of the statement, and evidence on context, are usually important factors that the trial judge is required to weigh in the overall inquiry into voluntariness. Moreover, findings of fact are best made by trial judges who deal with such questions on a daily basis. Thus, they are in the best position to draw conclusions from the evidence both because of this expertise and because of their privileged position in assessing the evidence as a whole.

volontaire de la déclaration en litige. Le professeur Stuart fait valoir qu'il est [TRADUCTION] « étrange de parler de déférence dans un cas où les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo » : D. Stuart, « *Oickle* : The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation » (2001), 36 C.R. (5th) 188, p. 196. Ce commentaire ne tient cependant pas compte du fait que, même lorsqu'elle est enregistrée, l'entrevue représente rarement la totalité de la preuve présentée lors du voir-dire relatif à l'admissibilité. D'ailleurs en l'espèce, le voir-dire a permis au juge d'entendre le témoignage de l'agent Parker et de visionner l'enregistrement de l'entrevue. Le témoignage et le contre-interrogatoire des personnes qui ont recueilli la déclaration, ainsi que les éléments de preuve relatifs au contexte constituent généralement des facteurs importants que le juge du procès est tenu de prendre en considération dans l'analyse globale du caractère volontaire. En outre, il est préférable que les juges du procès tirent les conclusions de fait puisque cette fonction relève de leur tâche quotidienne. Ils sont donc mieux en mesure de tirer des conclusions fondées sur la preuve puisqu'ils possèdent cette expertise et qu'ils se trouvent dans une situation privilégiée pour évaluer l'ensemble de la preuve.

3.3 *Review of the Trial Judge's Ruling on Voluntariness*

3.3 *Examen de la conclusion du juge du procès relative au caractère volontaire*

18 In the case at bar, the majority of the Court of Appeal found that the trial judge had erred by applying the wrong test for voluntariness in that he had relied on *Paternak*, at p. 461, in citing the following extract (at para. 38):

> For an otherwise healthy and mature human to be deprived of an effective choice, I am inclined to the view that the influence must be so overbearing that it can be said that the detainee has lost *any* meaningfully independent ability to choose to remain silent, and has become a mere tool in the hands of the police. [Emphasis in original.]

Donald J.A. held that the trial judge had thus erred because "the *Paternak* formulation is wrong [in] that it substitutes volition as the key element when,

En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge du procès avait commis une erreur et n'avait pas appliqué le bon critère pour ce qui est du caractère volontaire parce qu'il s'était fondé sur l'arrêt *Paternak*, p. 461, dont il a cité l'extrait suivant (par. 38) :

> [TRADUCTION] Pour qu'un détenu par ailleurs mature et bien portant soit privé de sa capacité de faire un véritable choix, je suis porté à croire que l'influence qu'il a subie doit l'avoir subjugué à un point tel que l'on puisse dire qu'il a perdu *toute* possibilité significative de choisir lui-même de garder le silence, et qu'il est devenu un simple instrument dans les mains de la police. [En italique dans l'original.]

Le juge Donald de la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait ainsi commis une erreur en ce que [TRADUCTION] « le critère énoncé dans

according to *Oickle*, at 350, para. 57, it is the element of a *quid pro quo* that occupies centre stage" (para. 40). With respect, the majority of the Court of Appeal overemphasized one element of *Paternak*, as well as the trial judge's reference to that case. First, the trial judge made it very clear that there had been no promise of more favourable treatment for Ms. Harrison. He referred to *Paternak* only in relation to the "lesser inducement", which was the possibility of visiting Ms. Harrison. Second, the trial judge was correct not to attach particular importance to the respondent's possible motive.

Paternak est erroné [car] il fait de la volonté l'élément clé alors que, suivant l'arrêt *Oickle*, p. 350, par. 57, c'est la question de la contrepartie qui est au premier plan » (par. 40). En toute déférence, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accordé trop d'importance à un élément de l'arrêt *Paternak* et au fait que le juge du procès a cité cette décision. Premièrement, le juge du procès a indiqué très clairement qu'aucune promesse d'un traitement plus favorable pour M^me^ Harrison n'avait été faite. Il n'a fait mention de l'arrêt *Paternak* qu'en rapport avec « l'encouragement de moindre importance », soit la possibilité pour l'intimé de rencontrer M^me^ Harrison. Deuxièmement, le juge de première instance a eu raison de ne pas accorder une importance particulière au motif possible de l'intimé.

In fact, despite its colourful language, the impugned passage from *Paternak* focusses on whether the accused had an effective choice and whether his or her will was overborne. In this respect, this criterion has already been mentioned above and is more ably explicated in the following excerpt (*Oickle*, at para. 57):

19 En fait, malgré l'emploi de termes colorés, l'extrait contesté de l'arrêt *Paternak* insiste sur la question de savoir si l'accusé disposait d'un véritable choix et si sa volonté a été subjuguée. À cet égard, ce critère a déjà été mentionné ci-dessus et est plus amplement explicité dans l'extrait suivant (*Oickle*, par. 57) :

> In summary, courts must remember that the police may often offer some kind of inducement to the suspect to obtain a confession. Few suspects will spontaneously confess to a crime. In the vast majority of cases, the police will have to somehow convince the suspect that it is in his or her best interests to confess. This becomes improper only when the inducements, whether standing alone or in combination with other factors, are strong enough to raise a reasonable doubt about whether the will of the subject has been overborne. On this point I found the following passage from *R. v. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207 (C.A.), at p. 212, particularly apt:
>
> > Very few confessions are inspired solely by remorse. Often the motives of an accused are mixed and include a hope that an early admission may lead to an earlier release or a lighter sentence. If it were the law that the mere presence of such a motive, even if promoted by something said or done by a person in authority, led inexorably to the exclusion of a confession, nearly every confession would be rendered inadmissible. This is not the law. In some cases the hope may be self-generated. If so, it is irrelevant, even if it provides the dominant motive for making

> En résumé, les tribunaux doivent avoir à l'esprit qu'il peut souvent arriver que les policiers offrent une certaine forme d'encouragement au suspect en vue d'obtenir une confession. Peu de suspects confesseront spontanément un crime. Dans la très grande majorité des cas, les policiers devront d'une façon ou d'une autre convaincre le suspect qu'il est dans son intérêt de faire une confession. Cela ne devient inacceptable que lorsque les encouragements — à eux seuls ou combinés à d'autres facteurs — sont importants au point de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si on a subjugué la volonté du suspect. Sur ce point, j'estime particulièrement à propos le passage suivant de l'affaire *R. c. Rennie* (1981), 74 Cr. App. R. 207 (C.A.), à la p. 212 :
>
> > [TRADUCTION] Très peu de confessions sont inspirées exclusivement par le remords. Il arrive souvent qu'un accusé soit animé par divers motifs, y compris l'espoir qu'un aveu hâtif puisse se traduire par une libération anticipée ou une peine moins sévère. Si, en droit, la règle était que la seule présence d'un tel motif, même s'il découle de paroles ou d'actes d'une personne en autorité, mène inexorablement à l'exclusion d'une confession, pratiquement toutes les confessions seraient jugées inadmissibles. Cela n'est pas le droit applicable. Dans certains cas,

> the confession. In such a case the confession will not have been obtained by anything said or done by a person in authority. More commonly the presence of such a hope will, in part at least, owe its origin to something said or done by such a person. There can be few prisoners who are being firmly but fairly questioned in a police station to whom it does not occur that they might be able to bring both their interrogation and their detention to an earlier end by confession.

> il se peut que l'espoir ait pris naissance chez l'accusé lui-même. Dans ces cas, il n'est pas pertinent, même s'il constitue le motif dominant pour lequel l'accusé a confessé le crime. La confession n'aura pas été obtenue par suite de quelque acte d'une personne en situation d'autorité. Il arrive plus souvent que la présence d'un tel espoir tire son origine, du moins en partie, d'actes ou de paroles d'une telle personne. Il y a peu de prisonniers auxquels il ne vient pas à l'esprit, au cours d'un interrogatoire serré mais équitable dans un poste de police, de mettre fin rapidement à leur interrogatoire et à leur détention en faisant une confession.

Arguably, taken out of context, the impugned passage from *Paternak* appears to overstate the test in *Oickle* since it does not make reference to the *quid pro quo* or to the reasonable doubt standard. However, it is clear from reading the trial judge's reasons that he did not commit these errors, since he expressly and repeatedly referred to the proper standard of proof and to this Court's decision in *Oickle*. Furthermore, what occupies "centre stage" is not the *quid pro quo*, but voluntariness — it is the overarching subject of the inquiry, and this should not be lost in the analysis. As discussed above, while a *quid pro quo* may establish the existence of a threat or promise, it is the strength of the alleged inducement that must be considered in the overall contextual inquiry into voluntariness.

On peut soutenir que, cité hors contexte, l'extrait contesté de la décision *Paternak* semble exagérer le critère établi dans *Oickle* puisqu'on n'y mentionne pas la contrepartie ou la norme du doute raisonnable. Or, il ressort clairement des motifs du juge de première instance que ce dernier n'a pas commis ces erreurs puisqu'il a expressément mentionné, et à plusieurs reprises, la norme de preuve appropriée et la décision de cette Cour dans *Oickle*. De plus, ce n'est pas la contrepartie, mais plutôt le caractère volontaire, qui occupe le « premier plan » — c'est l'objet déterminant de l'enquête, et il ne faudrait pas l'oublier dans l'analyse. Comme je l'ai mentionné, si l'offre d'une contrepartie peut établir l'existence d'une menace ou d'une promesse, c'est l'importance accordée à ce soi-disant encouragement qu'il faut prendre en considération dans l'examen contextuel global du caractère volontaire.

20 In my view, the trial judge made no error of law in concluding that no offer of leniency was made in respect of Ms. Harrison and that the withholding of a visit to her until at least a partial confession was made was an inducement that was not strong enough to render the accused's statements inadmissible. It was a relevant factor that the accused had not "lost control of the interview to the point where he and Cst. Parker [were] no longer playing on a level field" (*voir dire*, at para. 35). In *Oickle*, at para. 87, Iacobucci J. explicitly recognized that "[t]he absence of oppression is important not only in its own right, but also because it affects the overall voluntariness analysis."

À mon avis, le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en concluant qu'aucune offre de clémence n'a été faite à l'égard de M^me^ Harrison et que le refus de permettre une rencontre avec elle avant qu'une confession au moins partielle soit faite ne constituait pas un encouragement assez important pour rendre les déclarations de l'accusé inadmissibles. Le fait que l'accusé n'ait pas [TRADUCTION] « perdu la maîtrise de l'entrevue au point où l'agent Parker et lui n'étaient plus à forces égales » (voir-dire, par. 35) constituait un facteur pertinent. Dans *Oickle*, par. 87, le juge Iacobucci a expressément reconnu que « [l]'absence d'oppression est importante non seulement en soi, mais également parce qu'elle a une incidence sur toute l'analyse du caractère volontaire. »

It was also relevant to the particularities of the respondent that, according to the trial judge, he was aggressive and a "mature and savvy participant", and that he unsuccessfully attempted many times to secure "deals" with the police. While none of these factors are determinative, it was not an error for the trial judge to consider them in his contextual analysis.

Therefore, both the grounds given by the majority of the Court of Appeal are insufficient to warrant intervention in the trial judge's ruling that the respondent's statements were voluntary, and thus admissible.

4. Conclusion

The trial judge correctly relied on *Oickle* and had the advantage of an eight-day *voir dire* on the admissibility of the respondent's statements, at which a nine-hour videotape of the interviews in question was viewed. His finding that the respondent's statements were voluntary is entitled to deference and should not have been disturbed on appeal. For these reasons, I would allow the appeal and restore the convictions.

The reasons of Fish and Abella JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

This appeal turns on whether the trial judge misapprehended the governing test in determining that statements given by the respondent to his police interrogator were "voluntary" within the meaning of *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), and *R. v. Oickle*, [2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38. In my respectful view, he did.

Essentially, as we shall see, the trial judge admitted the respondent's statements because he

Était aussi pertinent pour la question des particularités de l'intimé le fait que, selon le juge du procès, l'intimé s'était montré insistant et était un « participant mature et perspicace », et qu'il avait maintes fois tenté sans succès de conclure des « ententes » avec le policier. Bien qu'aucun de ces facteurs ne soit déterminant, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en les prenant en considération dans son analyse contextuelle. 21

Par conséquent, aucun des deux motifs donnés par les juges majoritaires de la Cour d'appel ne suffit à justifier une modification de la décision du juge de première instance portant que les déclarations de l'intimé étaient volontaires et, par conséquent, admissibles. 22

4. Conclusion

Le juge du procès s'est à juste titre fondé sur l'arrêt *Oickle* et a eu l'avantage de présider un voir-dire de huit jours sur l'admissibilité des déclarations de l'intimé, au cours duquel il a visionné un enregistrement de neuf heures des entrevues en question. Il faut faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de sa conclusion selon laquelle les déclarations de l'intimé étaient volontaires, et cette conclusion n'aurait pas dû être modifiée en appel. Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les déclarations de culpabilité. 23

Version française des motifs des juges Fish et Abella rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

Dans ce pourvoi, il faut déterminer si le juge du procès s'est trompé quant au critère applicable lorsqu'il a décidé que les déclarations de l'intimé à la police étaient « volontaires » au sens des arrêts *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), et *R. c. Oickle*, [2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38. Je suis d'avis qu'il a commis une erreur. 24

Essentiellement, comme on le verra, le juge du procès a admis les déclarations de l'intimé parce 25

was satisfied that "any influences that played upon [the respondent] fell well short of the requirements the Alberta Court of Appeal felt were necessary in [*R. v. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452]" (Ruling on *voir dire*, [2003] B.C.J. No. 751 (QL), 2003 BCSC 508, at para. 35).

26 In this regard, the trial judge (at para. 27) cited these "requirements" from *Paternak* (which, unlike this case, related to exclusion of a statement under the "operating mind doctrine"):

> For an otherwise healthy and mature human to be deprived of an effective choice, I am inclined to the view that the influence must be so overbearing that it can be said that the detainee has lost any meaningfu[l] independent ability to choose to remain silent, and has become a mere tool in the hands of the police.

(*Paternak*, at p. 461 (emphasis deleted))

27 Reading these passages together and in context, it seems plain to me from the judge's own reasons that he applied the wrong legal standard: In deciding that the free will of the respondent was not *overborne*, within the meaning of *Oickle*, he evidently understood that the influence of any inducement held out by the officer "must be so overbearing that it can be said that the detainee has lost any meaningfu[l] independent ability to choose to remain silent, and has become a mere tool in the hands of the police" (the emphasis throughout is mine).

28 *Ibrahim* established no such standard for determining the voluntariness of a statement given by the accused as a result of threats or promises made or held out by a person in authority. Neither did *Oickle*.

29 I agree with Justice Deschamps that, if there is "any distinction in law . . . between the traditional 'confessions rule' in *Ibrahim* . . . and this Court's decision in *Oickle*, the latter must prevail" (para. 14). But *Oickle* in fact *reaffirms* the core

qu'il était convaincu que [TRADUCTION] « l'influence exercée sur [l'intimé] allait bien en deçà des conditions dont la présence avait été jugée nécessaire par la Cour d'appel de l'Alberta dans [*R. c. Paternak* (1995), 101 C.C.C. (3d) 452] » (décision relative au voir-dire, [2003] B.C.J. No. 751 (QL), 2003 BCSC 508, par. 35).

À cet égard, le juge du procès a cité (au par. 27) ces « conditions » de l'arrêt *Paternak* (lequel, contrairement à la présente espèce, portait sur l'exclusion d'une déclaration en application de la « règle de l'état d'esprit conscient ») :

> [TRADUCTION] Pour qu'un détenu par ailleurs mature et bien portant soit privé de sa capacité de faire un véritable choix, je suis porté à croire que l'influence qu'il a subie doit l'avoir subjugué à un point tel que l'on puisse dire qu'il a perdu toute possibilité significative de choisir lui-même de garder le silence, et qu'il est devenu un simple instrument dans les mains de la police.

(*Paternak*, p. 461 (italique omis))

À la lecture de ces extraits ensemble dans leur contexte, il m'apparaît évident aux motifs du juge que celui-ci n'a pas appliqué la bonne norme juridique. En concluant que la volonté de l'intimé n'avait pas été *subjuguée* au sens de l'arrêt *Oickle*, il a évidemment tenu pour acquis que l'influence exercée au moyen des encouragements proposés par le policier « doit l'avoir subjugué à un point tel que l'on puisse dire qu'il a perdu toute possibilité significative de choisir lui-même de garder le silence, et qu'il est devenu un simple instrument dans les mains de la police » (dans les présents motifs, c'est moi qui souligne).

L'arrêt *Ibrahim* n'a pas établi une telle norme pour l'appréciation du caractère volontaire d'une déclaration faite par un accusé par suite de menaces ou promesses émanant d'une personne en situation d'autorité. L'arrêt *Oickle* non plus.

Je suis d'accord avec la juge Deschamps pour dire que, s'il « existe en droit une distinction entre la 'règle des confessions' dite traditionnelle établie [. . .] dans *Ibrahim* [. . .] et la décision de notre Cour dans *Oickle*, cette dernière doit prévaloir » (par.

of the "induced" confessions rule laid down in *Ibrahim*:

> As indicated by McLachlin J. (as she then was), in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, there are two main strands to this Court's jurisprudence under the confessions rule. One approach is narrow, excluding statements only where the police held out explicit threats or promises to the accused. The definitive statement of this approach came in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609:
>
> > It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.
>
> This Court adopted the "*Ibrahim* rule" in *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226, and subsequently applied it in cases like *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, *Fitton*, *supra*, *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640.
>
> The *Ibrahim* rule gives the accused only "a negative right — the right not to be tortured or coerced into making a statement by threats or promises held out by a person who is and whom he subjectively believes to be a person in authority": *Hebert*, *supra*, at p. 165. However, *Hebert* also recognized a second, "much broader" approach, according to which "[t]he absence of violence, threats and promises by the authorities does not necessarily mean that the resulting statement is voluntary, if the necessary mental element of deciding between alternatives is absent" (p. 166). [paras. 24-25]

Nothing in *Oickle* has narrowed the scope of this rule, which *presupposes* that a statement given by the accused to a person in authority was the product of an operating mind. If the statement is *not* the product of an operating mind, it will be considered involuntary *on that ground.*

The *Ibrahim* rule, explained and reaffirmed in *Oickle*, is concerned instead, as we have just seen,

14). Mais *Oickle réaffirme* en fait l'essentiel de la règle formulée dans *Ibrahim* au sujet des confessions « provoquées de façon inacceptable » :

> Comme l'a indiqué le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada), dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, deux courants principaux se dégagent de la jurisprudence de notre Cour en ce qui concerne la règle des confessions. Selon l'approche étroite, une déclaration n'est écartée que dans les cas où les autorités policières ont explicitement fait des menaces ou des promesses à l'accusé. L'énoncé classique de cette approche a été formulé dans *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), à la p. 609 :
>
> > [TRADUCTION] C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne en situation d'autorité.
>
> Notre Cour a adopté la « règle de l'arrêt *Ibrahim* » dans *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226, puis l'a appliquée par la suite dans des affaires telles *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, *Fitton*, précitée, *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, et *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640.
>
> La règle de l'arrêt *Ibrahim* ne confère à la personne accusée qu'« un droit négatif — le droit de ne pas être torturée ni forcée de faire une déclaration sous l'effet de menaces ou de promesses d'une personne qui est et que l'auteur de la déclaration croit subjectivement être une personne en autorité » : *Hebert*, précité, à la p. 165. Cependant, cet arrêt reconnaît également une approche « beaucoup plus large », suivant laquelle : « [l]'absence de violence, de menaces et de promesses de la part des autorités ne signifie pas nécessairement que la déclaration qui résulte est volontaire si l'élément psychologique nécessaire de la décision entre des options est absent » (p. 166). [par. 24-25]

30 L'arrêt *Oickle* n'a d'aucune façon restreint la portée de cette règle, laquelle *présuppose* qu'une déclaration d'un accusé faite à une personne en situation d'autorité est le fruit d'un état d'esprit conscient. Si la déclaration *ne* procède *pas* d'un état d'esprit conscient, elle est tenue pour involontaire *pour ce motif.*

31 La règle de l'arrêt *Ibrahim*, explicitée et confirmée dans *Oickle*, concerne plutôt, comme on vient

with the admissibility of statements "obtained from [the accused] either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority" (p. 609). These statements are considered involuntary because they would not have been made *but for an improper inducement* and have been proven by experience to be unreliable for that reason.

32 In such cases, the will of the detainee has not been "overborne" in the sense that he or she "has lost any meaningfu[l] independent ability to choose to remain silent" (*Paternak*, at p. 461); rather, the will of the detainee is said to have been "overborne" only in the sense that he or she would not otherwise have given a statement but was persuaded to do so in order to achieve an expected result — to avoid threatened pain or achieve promised gain. A statement thus given is the result of a calculated decision by an operating mind; it is nonetheless considered "involuntary" for the reasons set out in both *Ibrahim* and *Oickle*.

33 Far from narrowing this rule set out in *Ibrahim*, the Court in *Oickle* adopted a *broader* approach to voluntariness. Iacobucci J., speaking for the majority, traced the recent development of the *Ibrahim* rule in Canada and concluded (at para. 27):

> Clearly, the confessions rule embraces more than the narrow *Ibrahim* formulation; instead, it is concerned with voluntariness, broadly understood.

34 And Iacobucci J. quoted with approval this passage from the reasons of Rand J. in *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, at p. 962:

> The strength of mind and will of the accused, the influence of custody or its surroundings, the effect of questions or of conversation, all call for delicacy in appreciation of the part they have played behind the admission, and to enable a Court to decide whether what was said was freely and voluntarily said, that is, was free from the influence of hope or fear aroused by them. [para. 42]

Later, Justice Iacobucci stated:

> As noted above, in *Ibrahim* the Privy Council ruled that statements would be inadmissible if they were the

de le voir, l'admissibilité d'une déclaration « obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité » (p. 609). Une telle déclaration est réputée involontaire parce qu'elle n'aurait pas été faite *n'eût été d'une provocation inacceptable* et que l'expérience a démontré que, pour cette raison, il est impossible de s'y fier.

Dans pareils cas, la volonté du détenu n'a pas été « subjuguée » au sens où il « a perdu toute possibilité significative de choisir lui-même de garder le silence » (*Paternak*, p. 461). On considère plutôt que sa volonté a été « subjuguée » uniquement au sens où il n'aurait pas, autrement, fait une déclaration, mais a été persuadé de la faire car il en escomptait un résultat, à savoir échapper à une menace ou obtenir un avantage promis. Une déclaration faite dans de telles conditions est le fruit d'une décision calculée prise par un esprit conscient, mais elle est quand même considérée comme « involontaire » pour les raisons énoncées dans *Ibrahim* et *Oickle*.

Loin de restreindre cette règle énoncée dans *Ibrahim*, la Cour dans *Oickle* a *élargi* la notion de caractère volontaire. S'exprimant au nom de la Cour à la majorité, le juge Iacobucci, après avoir esquissé l'évolution récente de la règle de l'arrêt *Ibrahim* au Canada, a formulé la conclusion qui suit (par. 27) :

> Il est clair que la règle des confessions vise davantage que le principe étroit formulé dans l'arrêt *Ibrahim*; elle s'attache plutôt à la question du caractère volontaire, considérée au sens large.

Puis il a cité, en l'approuvant, le passage suivant des motifs du juge Rand dans *R. c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, p. 962 :

> [TRADUCTION] La force d'esprit et la volonté de l'accusé, l'effet de la détention, de l'environnement, la portée des questions ou de la conversation, tout cela exige une analyse minutieuse de leur rôle dans l'aveu et sert à la Cour pour déterminer si la déclaration a été libre et volontaire, c'est-à-dire exempte de l'influence d'un espoir ou d'une crainte qu'ils auraient pu susciter. [par. 42]

Plus loin, le juge Iacobucci affirme ce qui suit :

> Comme il a été souligné plus tôt, le Conseil privé a jugé, dans *Ibrahim*, que des déclarations sont

result of "fear of prejudice or hope of advantage". The classic "hope of advantage" is the prospect of leniency from the courts. It is improper for a person in authority to suggest to a suspect that he or she will take steps to procure a reduced charge or sentence if the suspect confesses. . . . Intuitively implausible as it may seem, both judicial precedent and academic authority confirm that the pressure of intense and prolonged questioning may convince a suspect that no one will believe his or her protestations of innocence, and that a conviction is inevitable. In these circumstances, holding out the possibility of a reduced charge or sentence in exchange for a confession would raise a reasonable doubt as to the voluntariness of any ensuing confession. An explicit offer by the police to procure lenient treatment in return for a confession is clearly a very strong inducement, and will warrant exclusion in all but exceptional circumstances. [para. 49]

inadmissibles si elles ont été obtenues « par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage ». L'exemple classique d'« espoir d'un avantage » est la perspective de clémence de la part du tribunal. Il est inacceptable qu'une personne en situation d'autorité laisse entendre à un suspect qu'elle fera des démarches pour obtenir une réduction de l'accusation ou de la peine si le suspect fait une confession. [. . .] Aussi peu plausible que cela puisse intuitivement sembler, tant la jurisprudence que la doctrine confirment que la pression découlant d'un interrogatoire intense et prolongé peut convaincre un suspect que personne ne croira ses protestations d'innocence et qu'il sera inévitablement déclaré coupable. Dans de telles circonstances, faire miroiter à un suspect la possibilité d'une réduction de l'accusation ou de la peine en échange d'une confession soulèverait un doute raisonnable quant au caractère volontaire de l'aveu qui s'ensuivrait. Le fait pour les policiers d'offrir explicitement au suspect de lui obtenir un traitement clément en retour d'une confession est manifestement un encouragement très puissant et justifiera l'exclusion de la confession, sauf dans des circonstances exceptionnelles. [par. 49]

To warrant exclusion, moreover, "[t]hreats or promises need not be aimed directly at the suspect for them to have a coercive effect" (*Oickle*, at para. 51); thus, for example, an offer by the police to obtain lenient treatment for someone closely related to the person from whom a statement is sought can render it involuntary, and therefore inadmissible. An example of this sort of improper inducement would be "telling a mother that her daughter would not be charged with shoplifting if the mother confessed to a similar offence" (*Oickle*, at para. 52).

35 De plus, « [i]l n'est pas nécessaire que les menaces ou les promesses visent directement le suspect pour avoir un effet coercitif » (*Oickle*, par. 51) et justifier l'exclusion de la déclaration. Ainsi, une offre que fait la police d'obtenir un traitement clément pour un proche de la personne à qui on demande une déclaration peut rendre cette déclaration involontaire et, par conséquent, inadmissible. Le fait de « dire à une mère que sa fille ne serait pas accusée de vol à l'étalage si la mère avouait avoir commis une infraction similaire » (*Oickle*, par. 52) constituerait un exemple de ce type d'encouragement inacceptable.

As we shall see, this aspect of the rule is of particular relevance here.

36 Comme on le verra, cet aspect de la règle revêt une importance particulière en l'espèce.

Threats or promises, explicit or implicit (*Oickle*, at para. 55), will be fatal when made by a person in authority if the court is left with a reasonable doubt whether, alone or in combination with other factors, they induced the making or giving of a statement.

37 Les menaces ou les promesses, explicites ou implicites (*Oickle*, par. 55), seront fatales lorsqu'elles émanent d'une personne en situation d'autorité si le tribunal peut raisonnablement se demander si, par elles-mêmes ou combinées à d'autres facteurs, elles ont amené l'intéressé à faire une déclaration.

Finally, in determining whether a statement has been obtained by an improper inducement and should be excluded on that ground, the Court in *Oickle* stated (at para. 57):

38 Enfin, en déterminant si une déclaration a été obtenue par suite d'un encouragement inacceptable et doit être exclue pour cette raison, notre Cour a affirmé ce qui suit dans *Oickle* (par. 57) :

The most important consideration in all cases is to look for a *quid pro quo* offer by interrogators, regardless of whether it comes in the form of a threat or a promise.

39 Unlike Justice Deschamps, I find that the British Columbia Court of Appeal gave appropriate weight to this "most important consideration". The trial judge, unfortunately, did not. And, in my respectful view, his error resulted from a misapprehension of the applicable test of voluntariness. An error of this sort is an *error of law* — and not an error of fact, or of mixed law and fact: *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286.

40 Moreover, nothing in the trial judge's reasons persuades me that he erroneously applied *Paternak* only to the "lesser inducement" as suggested by Justice Deschamps (at para. 18), and not to the stronger inducements established by the uncontradicted evidence, to which I now turn.

II

41 The uncontradicted evidence on the *voir dire* discloses what I would characterize as a compound *quid pro quo* — an implicit but unmistakable threat accompanied by an implicit but unmistakable promise that rendered inadmissible the respondent's inculpatory statements to the police. At the very least, they raise a reasonable doubt whether the statements were improperly induced and therefore involuntary under both *Ibrahim* and *Oickle*.

42 The threat and the promise were both directed at the respondent's girlfriend and it appears plain from the record that their relationship was "strong enough to raise a reasonable doubt about whether the will of the [respondent] ha[d] been overborne" (*Oickle*, at para. 57).

43 In *Oickle*, the relationship between the accused and his girlfriend was said to be strong enough, potentially, to induce a false confession were she threatened with harm. This Court found, however,

Dans tous les cas, la question la plus importante consiste à se demander si les interrogateurs ont offert une contrepartie, que ce soit sous forme de menaces ou de promesses.

Contrairement à la juge Deschamps, j'estime que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a bien apprécié cette « question la plus importante », ce que le juge du procès n'a pas fait. Et à mon avis, son erreur découle d'une mauvaise compréhension du critère applicable en matière de caractère volontaire. Une erreur de cette sorte constitue une *erreur de droit* — et non une erreur de fait, ou une erreur mixte de droit et de fait : *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286.

En outre, rien dans les motifs du juge du procès ne me convainc qu'il a commis une erreur en appliquant l'arrêt *Paternak* uniquement à l'« encouragement de moindre importance » comme la juge Deschamps le laisse entendre (au par. 18), et non aux provocations plus importantes établies par la preuve non contredite, que je vais examiner ci-après.

II

La preuve non contredite présentée lors du voir-dire révèle ce que je qualifierais de contrepartie double — une menace tant implicite qu'évidente accompagnée d'une promesse également implicite et non moins évidente rendant inadmissibles les déclarations inculpatoires faites à la police par l'intimé. À tout le moins, elles soulèvent un doute raisonnable quant à savoir si les déclarations ont été provoquées de façon inacceptable et sont par conséquent involontaires au sens des arrêts *Ibrahim* et *Oickle*.

La promesse et la menace visaient toutes deux la petite amie de l'intimé, et il ressort clairement du dossier que leur lien était « important au point de soulever un doute raisonnable quant à la question de savoir si on a[vait] subjugué la volonté » de l'intimé (*Oickle*, par. 57).

Dans *Oickle*, le lien entre l'accusé et sa petite amie a été considéré suffisamment fort pour inciter l'accusé à faire une fausse confession si son amie était menacée de subir un préjudice. Mais notre Cour a

that no such threat had been made. There were no pending charges against her that the police were offering to drop; they never threatened to bring charges against her; indeed, they never suggested that she was a suspect. Moreover, the timing of the comments regarding the accused's girlfriend suggested that there was no causal connection between the alleged inducements and the subsequent confession. The accused confessed approximately two hours after he thought the police were already speaking to his girlfriend (*Oickle*, at paras. 83-84).

conclu qu'aucune menace de cette sorte n'avait été faite. Il ne pesait contre l'amie aucune accusation que les policiers offraient de laisser tomber; ils n'ont jamais menacé de porter des accusations contre elle et de fait, ils n'ont jamais laissé entendre qu'elle était un suspect. En outre, le moment où les remarques concernant la petite amie de l'accusé avaient été faites ne donnait pas à penser qu'il y avait un lien de causalité entre les prétendus encouragements et la confession subséquente. L'intimé a fait sa confession environ deux heures après avoir commencé à croire que les policiers s'entretenaient déjà avec sa petite amie (*Oickle*, par. 83-84).

In the present case, the respondent's relationship with his girlfriend, Tanya, was likewise strong enough to induce a false confession were she threatened with harm. And unlike *Oickle*, there *was* such a threat — accompanied, as I have mentioned, by Constable Parker's promise of advantageous intervention with the Crown and with other police officers on Tanya's behalf.

44 En l'espèce, le lien de l'intimé avec sa petite amie, Tanya, était lui aussi suffisamment fort pour qu'une menace d'un préjudice visant cette dernière incite l'intimé à faire une fausse confession. Et, à la différence de l'affaire *Oickle*, il y *a eu* une telle menace — accompagnée, comme on l'a vu, de la promesse formulée par l'agent Parker d'une intervention en faveur de Tanya auprès du ministère public et d'autres policiers.

The depth of the respondent's concern with Tanya's welfare and his determination to save her from being charged were apparent throughout his interrogation. He referred repeatedly to his wish that Tanya be "kept out of it"; he inquired about the potential consequences for Tanya's child if Tanya were charged; he offered to confess to 30-40 robberies if Tanya were "ke[pt] . . . out of everything".

45 Il était manifeste tout au long de l'interrogatoire de l'intimé que celui-ci se souciait grandement du bien-être de Tanya et qu'il était résolu à la soustraire à toute accusation. Il a maintes fois répété qu'il voulait qu'on la [TRADUCTION] « laisse en dehors de ça »; il a cherché à savoir ce qui pourrait arriver à l'enfant de Tanya si cette dernière était accusée; il a offert une confession relative à 30 ou 40 vols qualifiés si on [TRADUCTION] « laiss[ait Tanya] en dehors de tout ça ».

Constable Parker himself acknowledged the respondent's vulnerability with regard to Tanya, as well as the strength of their relationship. "Tanya's the center of your world", he asked the respondent rhetorically, "is [that] what you're telling me?"

46 L'agent Parker lui-même a reconnu la vulnérabilité de l'intimé par rapport à Tanya ainsi que la force de leur lien. [TRADUCTION] « Tanya est au cœur de ton univers » a-t-il demandé, pour la forme, à l'intimé, « c'est ce que tu es en train de me dire? »

Constable Parker clearly indicated to the respondent that he would recommend to the Crown that Tanya not be charged if the respondent confessed:

47 L'agent Parker a clairement indiqué à l'intimé qu'il recommanderait au ministère public que Tanya ne soit pas accusée s'il faisait une confession :

[Constable Parker]: . . . But it doesn't take a rocket scientist to figure out, if you're right here in the middle

[TRADUCTION]

[Agent Parker] : . . . Mais il ne faut pas être un génie pour comprendre que si tu es en plein dedans et que

and you're the main player, and you're the one going in doing the robberies, and you're . . . you're the guy that's involved and she's simply the driver, it doesn't take [a] Rhodes Scholar to figure out the likelihood of where the charges are gonna fall at the end of the day. Unfortunately, I . . . I'm not in a position to . . . to make that deal with you, but I know that Crown is. All I can do is give the information to Crown with my recommendation. . . .

. . .

[Constable Parker]: . . . We have some input and some say . . .

. . .

[Constable Parker]: . . . When I put my report . . . or the reports go forward to Crown Counsel, you . . . you probably know where the charges are gonna lie.

. . .

[Constable Parker]: . . . But I wanna know what your involvement was; bearing in mind at this point, Brandon, she hasn't said anything to incriminate herself, and bearing in mind that I can talk to other Police on their investigations.

(Appellant's Record, at pp. 710, 711, 714 and 721)

No less subtly, Constable Parker threatened that Tanya would be charged *unless* the respondent confessed:

[Constable Parker]: Listen, hear me out, Brandon.

[Spencer]: No, just take me to my cell.

[Constable Parker]: Well, then what's gonna happen is this. Tanya's gonna be coming down and she'll be charged with robberies because those investigations will proceed further and she will be identified, trust me, out of photo line-ups from the witnesses in Victoria, in Abbotsford, and possibly South Surrey – although I haven't looked deeply into that file yet, that's why I need to hear from you. I can talk to other Police investigators, Brandon, and I can talk to Crown.

(Appellant's Record, at p. 716)

tu es le principal acteur, et que c'est toi qui entres commettre les vols et tu . . . c'est toi qui es impliqué et elle n'est que la conductrice, ça ne prend pas un diplôme pour savoir qui sera accusé au bout du compte. Malheureusement, je . . . je ne suis pas en mesure de . . . conclure cette entente avec toi, mais je sais que la Couronne peut le faire. Tout ce que je peux faire, c'est transmettre les renseignements à la Couronne avec mes recommandations. . .

. . .

[Agent Parker] : . . . On a notre mot à dire . . .

. . .

[Agent Parker] : . . . Lorsque je présenterai mon rapport . . . ou quand les rapports seront remis au procureur de la Couronne, tu . . . tu sais probablement contre qui seront portées les accusations.

. . .

[Agent Parker] : . . . Je veux savoir quel a été ton rôle; et n'oublie pas, Brandon, qu'à l'heure où on se parle elle n'a rien dit d'incriminant pour elle et n'oublie pas que je peux parler à d'autres policiers qui enquêtent.

(Dossier de l'appelante, p. 710, 711, 714 et 721)

Avec tout autant de subtilité, l'agent Parker a laissé planer la menace que Tanya soit accusée, *à moins que* l'intimé ne fasse une confession :

[TRADUCTION]

[Agent Parker] : Écoute, comprends-moi bien, Brandon.

[Spencer] : Non, ramène-moi simplement à ma cellule.

[Agent Parker] : Bien, alors, voici ce qui va arriver. On va finir par faire parler Tanya et elle sera accusée de vols qualifiés parce que ces enquêtes vont aller plus loin et, crois-moi, elle sera identifiée lors des séances de photos par des témoins de Victoria, de Abbotsford, et peut-être de South Surrey – même si je n'ai pas encore examiné ce dossier en profondeur, c'est pourquoi j'ai besoin de t'entendre. Je peux parler aux autres enquêteurs, Brandon, et je peux parler aux procureurs de la Couronne.

(Dossier de l'appelante, p. 716)

In short, unlike *Oickle*, the interrogating officer in this case did threaten to bring charges against the respondent's girlfriend and, to lend added weight to the threat, referred to the evidence implicating her as the driver of the getaway car used in the robberies. Constable Parker suggested that she was more than a mere suspect. And, again unlike *Oickle*, the respondent confessed *immediately after being told once more that Tanya would be charged unless he confessed.*

Bref, à la différence de l'affaire *Oickle*, le policier qui menait l'interrogatoire en l'espèce a bien menacé de porter des accusations contre la petite amie de l'intimé et, pour donner plus de poids à la menace, il a fait mention des éléments de preuve qui l'impliquaient comme conductrice du véhicule utilisé lors des vols. Suivant le propos de l'agent Parker, elle était plus qu'un simple suspect. Et, à la différence de l'affaire *Oickle* encore, l'intimé est passé aux aveux *immédiatement après s'être fait dire une fois de plus que Tanya serait accusée s'il ne faisait pas une confession.* 48

At the end of his interrogation, Constable Parker asked the respondent why he had confessed. The respondent's spontaneous reply was short and eloquent: "For my girl", he said. This confirms to me that, on the uncontradicted evidence before us, there is a real likelihood that the respondent was induced to confess by the compound *quid pro quo* held out to him by Constable Parker.

À la fin de l'interrogatoire, l'agent Parker a demandé à l'intimé pourquoi il avait fait une confession. Ce dernier lui a répondu spontanément, avec concision et éloquence [TRADUCTION] « [p]our ma blonde ». J'y vois la confirmation que, compte tenu de la preuve non contredite qui nous a été présentée, il existe une réelle probabilité que l'intimé a été amené à faire une confession par la double contrepartie proposée par l'agent Parker. 49

In conclusion on this point, I agree with the Court of Appeal that "[t]he intensity of the [respondent's] feelings for Tanya, evident in the transcript, would provide a powerful motivation to say whatever was needed, true or false, to get Tanya lenient treatment" (para. 50).

Pour conclure sur ce point, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel que [TRADUCTION] « [l]'intensité des sentiments que l'[intimé] portait à Tanya — qui ressort clairement de la transcription de l'interrogatoire — serait un puissant incitatif à dire ce qu'il fallait, vérité ou mensonge, pour obtenir que Tanya soit traitée avec clémence » (par. 50). 50

III

III

For all of these reasons, I would dismiss the Crown's appeal and affirm in all respects the order made in the Court of Appeal.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public et de maintenir à tous égards l'ordonnance rendue par la Cour d'appel. 51

APPENDIX

ANNEXE

The following passages are excerpts from the interview between Constable Parker and the respondent:

Les passages suivants sont tirés de l'entrevue de l'agent Parker avec l'intimé :

[Cst. Parker]: So what I'm saying here is there is some middle ground here. You're gonna achieve your goal of keeping her out of the shit and I'm going to achieve my goal and do my job and find out the details of . . .

[TRADUCTION]

[Agent Parker] : Ce que je dis, c'est qu'il y a un certain terrain d'entente. Tu vas atteindre ton but qui est de la tenir à l'écart des problèmes et je vais atteindre le mien, faire mon boulot et découvrir les détails de . . .

[Spencer]: I'll give you the ones that she's involved in; if you keep her out of it.

[Cst. Parker]: You know what? And again I keep saying this; I can't make you a promise. But I'm asking you to think logically here. When I put my report . . . or the reports go forward to Crown Counsel you . . . you probably know where the charges are gonna lie . . .

. . .

[Cst. Parker]: I can't make promises to you in exchange for information, because the courts, unfortunately can interpret that as being an inducement to obtain a statement.

[Spencer]: There's no inducement.

. . .

[Cst. Parker]: Okay. Now you have to understand, Brandon uh . . . and hear me out here, okay, because this is important, and uh it's how things work, and unfortunately I cannot change that. The way the law is, I can't promise you anything or make any deals in here, uh . . . in exchange for you giving me your involvement in crime. Uh . . . because as I said earlier, that can be interpreted when this goes to court, it can be interpreted by courts as being an inducement to obtain a statement from you. Do you understand?

[Spencer]: Uh huh

[Cst. Parker]: I can't do that, I can't promise you anything or try and induce a statement. It has to be your free will, right.

[Spencer]: I know.

. . .

[Cst. Parker]: . . . obviously I can't right here, right now start making deals with you. That's . . . that's not my position and that . . . that just can't happen.

[Spencer]: Well when can you?

[Cst. Parker]: What I'm wanting you to listen here to is . . . when that charge gets forwarded to Crown Counsel, they're the ones that are in position to do any deal makings . . .

[Spencer]: Yeh that's great.

[Cst. Parker]: . . . between you . . .

[Spencer] : Je vais vous donner ceux dans lesquels elle est impliquée; si vous la laissez en dehors de ça.

[Agent Parker] : Tu sais quoi? Et j'arrête pas de le dire; je ne peux pas te faire de promesses. Mais je te demande de réfléchir logiquement. Lorsque je présenterai mon rapport . . . ou quand les rapports seront remis au procureur de la Couronne, tu . . . tu sais probablement contre qui seront portées les accusations . . .

. . .

[Agent Parker] : Je ne peux pas t'échanger des promesses contre des renseignements parce que, malheureusement, les tribunaux peuvent interpréter ça comme un encouragement pour obtenir une déclaration.

[Spencer] : Il n'y a aucun encouragement.

. . .

[Agent Parker] : D'accord. Maintenant il faut que tu comprennes, Brandon eh . . . et écoute-moi bien, d'accord, parce que c'est important, et, eh, c'est la façon de faire et malheureusement, je ne peux rien y changer. Selon la loi, je ne peux pas te promettre rien ni conclure d'entente ici, eh . . . en échange de ton récit de ta participation au crime. Eh . . . parce que, comme je l'ai déjà dit, ça pourrait être interprété, lorsque cette affaire sera devant le tribunal, ça pourrait être interprété par les tribunaux comme un encouragement pour obtenir une déclaration de ta part. Comprends-tu?

[Spencer] : Eh hum

[Agent Parker] : Je ne peux pas faire ça, je ne peux rien te promettre ni essayer de t'encourager à faire une déclaration. Tu dois le faire de ton plein gré, ça va?

[Spencer] : Je sais.

. . .

[Agent Parker] : . . . de toute évidence, je ne peux pas juste ici, maintenant, conclure d'entente avec toi. Je . . . je ne suis pas en mesure et c'est . . . c'est tout simplement impossible.

[Spencer] : Bon, quand est-ce que tu pourras?

[Agent Parker] : Ce que je veux que tu comprennes, c'est . . . lorsque cette accusation sera transmise aux avocats de la Couronne, ce sont eux qui peuvent conclure une entente . . .

[Spencer] : Oui, c'est sûr.

[Agent Parker] : . . . entre toi . . .

[Spencer]: And they're in a position to say "Fuck you too"

. . .

[Cst. Parker]: You're the guy that's involved and she's simply the driver, it doesn't take a Rhodes Scholar to figure out the likelihood of where the charges are gonna fall at the end of the day. Unfortunately I . . . I'm not in a position to . . . to make that deal with you, but I know that Crown is. All I can do is give the information to Crown with my recommendation. And then Crown . . .

[Spencer]: So I get no guarantees.

. . .

[Cst. Parker]: You want guarantees from me, but I . . . I can't give you any guarantees at this point. . . .

[Spencer]: Then take me back to my cell.

[Cst. Parker]: When we're done . . .

[Spencer]: Take me back to my cell then.

[Cst. Parker]: Listen, hear me out, Brandon.

[Spencer]: No, just take me back to my cell.

[Cst. Parker]: Well, then what's gonna happen is this. Tanya's gonna be coming down and she'll be charged with robberies because those investigations will proceed further and she will be identified, trust me, out of photo line-ups from the witnesses in Victoria, in Abbotsford, and possibly South Surrey – although I haven't looked deeply into that file yet, that's why I need to hear from you. I can talk to other Police investigators, Brandon, and I can talk to Crown.

[Spencer]: Well, do it then.

[Cst. Parker]: But I need to hear your story first.

(Ruling on *voir dire*, at paras. 16 and 19; Respondent's Factum, p. 7)

[Cst. Parker]: No, it isn't, Brandon, because listen. If you went down and talked to her right now you and I know that you simply wanna talk to her, probably to tell her that you love her and that you're doing the right thing, and you're keeping her out of the shit. Correct? Exactly. You know that, I know that. And you know that

[Spencer] : Et ils peuvent me dire « va te faire foutre »

. . .

[Agent Parker] : C'est toi qui es impliqué et elle n'est que la conductrice, ça ne prend pas un diplôme pour savoir qui sera accusé au bout du compte. Malheureusement, je . . . je ne suis pas en mesure de . . . conclure cette entente avec toi, mais je sais que la Couronne peut le faire. Tout ce que je peux faire, c'est transmettre les renseignements à la Couronne avec mes recommandations. Et ensuite, la Couronne . . .

[Spencer] : Donc, je n'ai aucune garantie.

. . .

[Agent Parker] : Tu veux que je te donne des garanties, mais je . . . je ne peux pas te donner de garantie pour l'instant. . .

[Spencer] : Alors, ramène-moi à ma cellule.

[Agent Parker] : Quand nous aurons fini . . .

[Spencer] : Ramène-moi à ma cellule, alors.

[Agent Parker] : Écoute, comprends-moi bien, Brandon.

[Spencer] : Non, ramène-moi simplement à ma cellule.

[Agent Parker] : Bien, alors, voici ce qui va arriver. On va finir par faire parler Tanya et elle sera accusée de vols qualifiés parce que ces enquêtes vont aller plus loin et, crois-moi, elle sera identifiée lors de séances de photos par des témoins de Victoria, de Abbotsford, et peut-être de South Surrey – même si je n'ai pas encore examiné ce dossier en profondeur, c'est pourquoi j'ai besoin de t'entendre. Je peux parler aux autres enquêteurs, Brandon, et je peux parler aux procureurs de la Couronne.

[Spencer] : Bien, fais-le alors.

[Agent Parker] : Mais je dois d'abord entendre ton histoire.

(Décision relative au voir-dire, par. 16 et 19; mémoire de l'intimé, p. 7)

[TRADUCTION]

[Agent Parker] : Non, ce n'est pas ça Brandon, parce que, écoute-moi. Si tu descendais lui parler dès maintenant, et je sais comme toi que tu veux simplement lui parler, probablement lui dire que tu l'aimes et que tu fais ce qu'il faut, et que tu la tiens à l'écart des problèmes. Vrai? Exactement. Tu le sais et je le sais. Et tu sais que

it's not a promise that I'm making to you, or a guarantee in order . . . like an exchange to get information here that you're gonna talk about. But unfortunately, it's a tough issue because the courts could possibly see that as an inducement to get your statement, an incriminating statement. Now you know as well as I do that that's horse shit, but unfortunately that's what we're dealing with. Now what I'm telling you, and I'll stress again, is you will have an opportunity to talk to her. If at the end of this process, the end of our discussion I'm satisfied you've been up front, you've cleaned your slate, I will give you that opportunity, I'm promising you that as my word. And I've been honest with you from the get go here. But I can't do it now until some 'a this stuff is on the table. . . .

. . .

[Spencer]: So what do you want in order for me to talk to her?

[Cst. Parker]: I wanna know exactly what your involvement was in the Tillicum Mall robbery, and . . .

[Spencer]: And you'll let me talk to her?

[Cst. Parker]: And I wanna know exactly what your involvement was in the uh . . . Safeway Robbery at Ocean Park. I wanna know everything . . .

. . .

[Cst. Parker]: . . . I can't take your information and statement on these other robberies you're involved in, if later down the road it's only gonna be useless in court because it's interpreted that I gave you an inducement by promising you a conversation with Tanya. It just can't work that way legally, it's a problem, I'm telling you that. I've been down this road before, where people wanna speak to their . . . significant other in cells.

[Spencer]: How about I give you one?

[Cst. Parker]: Well it's a start?

[Spencer]: Then do I get to see her?

[Cst. Parker]: But I need to clear the slate, that's what I'm saying. You told me earlier that the plan was gonna be that you clear all these robberies . . .

(Ruling on *voir dire*, at paras. 23-25)

[Cst. Parker]: . . . but I just need to know one thing Brandon, it's kind of important to me to know you

ce n'est pas une promesse que je te fais, ou une garantie que je te donne pour . . . comme un échange pour obtenir les renseignements que tu vas me donner. Mais malheureusement, c'est une question difficile parce que les tribunaux pourraient peut-être interpréter ça comme un encouragement à faire une déclaration, une déclaration incriminante. Tu sais aussi bien que moi que c'est faux, mais malheureusement, c'est de ça qu'il s'agit. Maintenant, ce que je te dis, et j'insiste encore, c'est que tu vas avoir l'occasion de lui parler. Si à la fin de ce processus, à la fin de notre entretien, je suis convaincu que tu as été franc, que tu as vidé ton sac, je vais te donner cette chance, je t'en fais la promesse. Et j'ai été honnête avec toi jusqu'à présent. Mais je ne peux pas le faire avant que tu m'aies fourni certains renseignements. . .

. . .

[Spencer] : Qu'est-ce que tu veux savoir pour que je puisse lui parler?

[Agent Parker] : Je veux savoir exactement quel a été ton rôle dans le vol de Tillicum Mall, et . . .

[Spencer] : Et tu vas me laisser lui parler?

[Agent Parker] : Et je veux connaître exactement ton rôle dans le eh . . . vol de Safeway à Ocean Park. Je veux tout savoir . . .

. . .

[Agent Parker] : Mais je ne peux pas recueillir ta déclaration au sujet des autres vols auxquels tu as participé, si plus tard elle ne peut pas servir en cour parce l'on considère que je t'ai encouragé à la faire contre la promesse d'une conversation avec Tanya. Ce n'est tout simplement pas légal, cela pose un problème, je te le dis. J'ai déjà vu ça avant, quand les gens veulent parler à leurs . . . proches qui sont en prison.

[Spencer] : Si je t'en avoue un?

[Agent Parker] : C'est un début.

[Spencer] : Alors est-ce que je pourrai la voir?

[Agent Parker] : Mais j'ai besoin que tu dises tout, c'est ce que je te dis. Tu m'as dit plus tôt que tu voulais tout raconter au sujet de ces vols . . .

(Décision relative au voir-dire, par. 23-25)

[TRADUCTION]

[Agent Parker] : . . . mais j'ai juste besoin de savoir une chose, Brandon, c'est assez important pour moi de

know with a . . . we . . . we've talked a lot I feel like I've gotten to know you like . . . like a brother really, over the last however many hours I've been speaking to you. I just wanna know . . . like we've talked a lot you've . . . you've unloaded a lot of shit on me in the last however many hours from last night when we talked. And I just wanna know why, why ah . . . why did you decide to talk to me about all these things and clear your slate here with me? What's your motivation?

[Spencer]: My girl.

[Cst. Parker]: What's that?

[Spencer]: For my girl.

[Cst. Parker]: For your girl. For Tanya.

[Spencer]: Yeah.

[Cst. Parker]: Okay. All for her, not for yourself as well? No.

[Spencer]: Somewhat, mostly for her.

[Cst. Parker]: Mostly for her, okay, fair enough Brandon. You know what I admire that cause that's . . . Tanya's important to you, you told before she's . . . she's everything to you. You love her to death, she's the centre of your universe. And I know what that feels like I mean so. You know again . . . big step on your part. So what I'm gonna do Brandon is I'm gonna take you back downstairs.

. . .

[Cst. Parker]: You know, do you feel better?

[Spencer]: Uh uhm.

[Cst. Parker]: Good to get it off your chest, at least somewhat?

[Spencer]: Yeah.

[Cst. Parker]: Okay. And what I hope to do Brandon tomorrow is . . . is talk to you further, and even down the road I'd like to keep up and see how you make out. You know you're . . . you're quite right tomorrow courts a new thing . . . courts a different thing you're gonna . . . in all likelihood end up over at Pre-Trial. But that's just next door to us.

[Spencer]: Yep.

(Appellant's Record, at pp. 1063-65)

savoir, tu sais, avec un . . . on . . . on a beaucoup parlé, j'ai l'impression que je te connais mieux comme . . . comme un frère en fait, depuis les dernières je ne sais combien d'heures que je te parle. Je veux juste savoir . . . bien on a beaucoup parlé, tu . . . tu m'en as raconté beaucoup ces dernières je ne sais combien d'heures depuis hier soir. Et je voudrais juste savoir pourquoi, pourquoi eh . . . pourquoi tu as décidé de me raconter tout ça et de vider ton sac ici, avec moi? Qu'est-ce qui t'a poussé à le faire?

[Spencer] : Ma blonde.

[Agent Parker] : C'est quoi?

[Spencer] : Pour ma blonde.

[Agent Parker] : Pour ta blonde. Pour Tanya.

[Spencer] : Oui.

[Agent Parker] : O.K. Tout pour elle, pas pour toi aussi? Non?

[Spencer] : Un peu, surtout pour elle.

[Agent Parker] : Surtout pour elle, O.K., c'est bien correct Brandon. Tu sais, ce que j'admire dans cette affaire, c'est . . . Tanya compte beaucoup pour toi, tu l'as dit plus tôt, elle . . . elle est tout pour toi. Tu l'aimes à mourir, elle est au cœur de ton univers. Et je sais ce que tu ressens, vraiment. Je te le dis encore . . . tu as fait beaucoup de chemin. Alors ce que je vais faire Brandon, je vais te ramener en bas.

. . .

[Agent Parker] : Tu sais, est-ce que tu te sens mieux?

[Spencer] : Eh hum.

[Agent Parker] : C'est bon de se vider le cœur, au moins un peu?

[Spencer] : Oui.

[Agent Parker] : O.K. Et ce que j'espère faire demain Brandon, c'est . . . c'est te parler encore, et même plus tard, j'aimerais garder le contact et voir comment tu te débrouilles. Tu sais, tu . . . tu as bien raison, demain le tribunal, c'est du nouveau . . . le tribunal, c'est une autre affaire, tu vas . . . probablement te retrouver en détention avant procès. Mais c'est juste ici à côté.

[Spencer] : Oui.

(Dossier de l'appelante, p. 1063-1065)

Appeal allowed, FISH *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McCullough Parsons Blazina, Victoria.

Pourvoi accueilli, les juges FISH *et* ABELLA *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : McCullough Parsons Blazina, Victoria.

Paul Charles Bryan *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Canadian Broadcasting Corporation, CTV Inc., TVA Group Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limited, Sun Media Corporation, Sun Media (Toronto) Corporation, Canadian Press, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc., Canoe Inc. and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* BRYAN

Neutral citation: 2007 SCC 12.

File No.: 31052.

2006: October 16; 2007: March 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Federal elections — Premature transmission of results — Federal elections legislation prohibiting dissemination of election results from one electoral district to another if polling stations in that other district still open — Whether temporary ban on publication of election results infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, s. 329.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limit — Sufficiency of evidence adduced by government to justify infringement of constitutional right — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.

Paul Charles Bryan *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine et procureur général du Canada *Intimés*

et

Société Radio-Canada, CTV Inc., Groupe TVA Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limitée, Corporation Sun Media, Sun Media (Toronto) Corporation, Presse canadienne, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc., Canoe Inc. et Association canadienne des libertés civiles *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* BRYAN

Référence neutre : 2007 CSC 12.

N° du greffe : 31052.

2006 : 16 octobre; 2007 : 15 mars.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Élections fédérales — Transmission prématurée des résultats — Législation sur les élections fédérales interdisant la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts — L'interdiction temporaire de publier des résultats électoraux porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 329.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limite raisonnable — Caractère suffisant de la preuve présentée par le gouvernement pour justifier l'atteinte à un droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.

During the 2000 federal election, B transmitted the election results from 32 ridings in Atlantic Canada while polling stations remained open elsewhere in Canada, by posting the information on a website. He was charged with contravening s. 329 of the *Canada Elections Act*, which prohibits the transmission of election results in one electoral district to another electoral district before the close of all polling stations in that other district. B's application for a declaration that s. 329 was unconstitutional for unjustifiably infringing his freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was dismissed, and B was convicted of the offence. The summary conviction appeal judge declared the provision unconstitutional on the ground that it infringed the *Charter* right and was not saved by s. 1, and overturned B's conviction. The Court of Appeal held that s. 329 was a justified limit on freedom of expression and restored the conviction.

Held (McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Bastarache J.: Although s. 329 of the *Canada Elections Act* infringes freedom of expression, this infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. The true objective of the *Canada Elections Act* in the context of the provisions under scrutiny is to ensure informational equality by adopting reasonable measures to deal with the perception of unfairness created when some voters have general access to information that is denied to others, and the further possibility that access to that information will affect voter participation or choices. In determining the nature and sufficiency of the evidence required to justify an infringement of s. 2(*b*) of the *Charter*, s. 329 must be viewed in its context. Here, given that the harm associated with the loss of public confidence in the electoral process or with a breach of the principle of informational equality is difficult to measure, logic and reason assisted by some social science evidence could constitute sufficient proof of the harm. Furthermore, the subjective perceptions of Canadian voters that the electoral system is fair is a vital element in the integrity of the electoral system. Since prevention of Canadians' subjective fears and apprehension of harm is a goal of s. 329, evidence of those subjective fears must be taken as important. As for the nature of the infringed activity, while political expression lies at the core of the guarantee of free expression, the right at issue is the putative right to receive election results before the polls close; restricting access to such information before polls close

Lors des élections fédérales de 2000, B a transmis les résultats électoraux pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique en les affichant sur un site Web, alors que des bureaux de scrutin restaient ouverts dans d'autres régions du Canada. Il a été accusé d'avoir enfreint l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada*, lequel interdit la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts. La demande de B visant à faire déclarer inconstitutionnel l'art. 329 au motif qu'il porte atteinte de façon injustifiée à sa liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* a été rejetée, et B a été déclaré coupable de l'infraction. Le juge d'appel des poursuites sommaires a déclaré inconstitutionnelle la disposition au motif qu'elle porte atteinte au droit garanti par la *Charte* et ne peut être justifiée au sens de l'article premier, et il a annulé la déclaration de culpabilité de B. La Cour d'appel a conclu que l'art. 329 constitue une limite justifiée à la liberté d'expression et a rétabli la déclaration de culpabilité.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Le juge Bastarache : Bien que l'article 329 de la *Loi électorale du Canada* porte atteinte à la liberté d'expression, cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Le véritable objectif de la *Loi électorale du Canada* dans le contexte des dispositions en cause est de garantir l'égalité informationnelle par l'adoption de mesures raisonnables pour remédier à la perception d'injustice créée par le fait que certains électeurs ont un accès général à des informations dont ne disposent pas d'autres électeurs et aussi pour éviter que l'accès à ces informations puisse influer sur la participation ou les choix des électeurs. Dans la détermination de la nature et du caractère suffisant de la preuve requise pour justifier une violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*, il faut interpréter l'art. 329 dans son contexte. En l'espèce, étant donné qu'il est difficile de mesurer le préjudice causé par la perte de confiance du public dans le système électoral ou par la violation du principe de l'égalité informationnelle, la logique et la raison conjuguées à certains éléments de preuve relevant des sciences sociales pourraient constituer une preuve suffisante du préjudice. De plus, la perception subjective des électeurs canadiens que le système électoral est juste joue un rôle vital dans l'intégrité du système électoral. Comme l'art. 329 vise à épargner aux Canadiens les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice, il faut considérer comme importante la preuve de ces craintes subjectives. Quant à la nature de l'activité protégée, même si l'expression politique se trouve au cœur

carries less weight than after they close. [10] [14] [16] [19] [23] [25] [27] [30]

Section 329, by virtue of its objective of ensuring informational equality among voters, is a reasonable limit on s. 2(*b*) of the *Charter*. Under the first branch of the s. 1 analysis, the government has established that ensuring informational equality is a pressing and substantial objective on the basis of logic and reason applied to the evidence brought by the Attorney General. Further, the Court has already determined in a previous decision that the objective of maintaining public confidence in the fairness of the electoral system is a pressing and substantial one. [35] [37] [53]

Under the second branch of the s. 1 analysis, the government has also demonstrated that the s. 329 ban meets the proportionality test. Logic and reason, combined with the Lortie Commission's report and the 2005 poll produced as fresh evidence sufficiently establish that s. 329 is rationally connected to the objective of maintaining public confidence in the electoral system. To allow some voters to access the results of voting in other districts would patently violate that objective. The suggestion that such information could be available to voters in spite of the ban, through private communications, does not detract from this conclusion. With respect to minimal impairment, the Lortie Commission's report also supports the view that maintaining public confidence in the electoral system requires some method of restraining publication of election results until most or all Canadians have voted. Staggered hours cannot alone perfectly address the problem of voter confidence. Parliament debated the advantages and disadvantages of various approaches to the problem, including the alternative options proposed by the Lortie Commission, and determined the s. 329 scheme to be the most effective and least intrusive. There is also sufficient evidence in the particular context of this case showing that Parliament's policy choice in adopting s. 329 is a rational and justifiable solution to the problem of informational imbalance. Finally, the salutary effects of s. 329 outweigh the deleterious effects. The salutary effects of s. 329 are clear. Of primary importance is the fact that s. 329 maintains the integrity of the principle of informational equality, and is the only effective legislative response available to Parliament to address that objective. Secondarily, logic and reason suggest that, given that 70 percent of Canadians surveyed in the 2005 poll believe in the importance of

de la garantie de la libre expression, le droit en cause est le droit présumé de recevoir des résultats électoraux avant la fermeture des bureaux de scrutin; la restriction de l'accès à ces informations avant la fermeture de ces bureaux a moins de poids qu'après leur fermeture. [10] [14] [16] [19] [23] [25] [27] [30]

L'article 329, en raison de son objectif de veiller à ce que les électeurs jouissent de l'égalité informationnelle, constitue une limite raisonnable à la liberté garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Selon le premier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement a établi que le fait de veiller à l'égalité informationnelle est un objectif réel et urgent du fait de la logique et de la raison applicable à la preuve présentée par le procureur général. Par ailleurs, dans un arrêt antérieur, la Cour a déjà reconnu que le maintien de la confiance du public dans le système électoral constitue un objectif urgent et réel. [35] [37] [53]

Selon le deuxième volet de l'analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement a aussi démontré que l'interdiction prévue à l'art. 329 répondait au critère de la proportionnalité. La logique et la raison, combinées avec le rapport de la Commission Lortie et les résultats du sondage de 2005 présentés à titre de preuve nouvelle permettent d'établir qu'il existe un lien rationnel entre l'art. 329 et l'objectif de maintenir la confiance du public dans le système électoral. Donner à certains électeurs l'accès aux résultats électoraux pour d'autres circonscriptions irait manifestement à l'encontre de cet objectif. Affirmer que les électeurs peuvent, malgré l'interdiction, obtenir ces informations par des communications privées ne change rien à cette conclusion. Pour ce qui est de l'atteinte minimale, le rapport de la Commission Lortie appuie aussi l'argument que, pour maintenir la confiance du public dans le système électoral, il faut prendre des mesures visant à retenir la publication des résultats électoraux jusqu'à ce que tous ou presque tous les Canadiens aient voté. Le décalage des heures de scrutin ne peut à lui seul résoudre parfaitement le problème de la confiance des électeurs. Le Parlement a débattu les avantages et inconvénients des diverses façons d'aborder le problème, y compris les autres options proposées par la Commission Lortie et a déterminé que le régime établi par l'art. 329 est le plus efficace et le moins attentatoire. Il y a aussi suffisamment d'éléments de preuve dans le contexte de l'espèce indiquant que le choix de principe du Parlement — l'adoption de l'art. 329 — est une solution rationnelle et justifiable au problème du déséquilibre informationnel. Enfin, les effets bénéfiques de l'art. 329 l'emportent sur ses effets préjudiciables. Ils sont clairs. Est d'une importance capitale le fait que cette disposition préserve l'intégrité du principe de l'égalité informationnelle et qu'il est le seul moyen efficace dont

informational equality in elections, s. 329 contributes to the maintenance of public confidence in the electoral system. These salutary effects are real, not merely potential. Moreover, s. 329 contributes in a positive way to the fairness and reputation of the electoral system as a whole. Regarding deleterious effects, there is no evidence that s. 329 harms the electoral process or the general right of Canadians to be informed that is manifestly superior to the evidence of its salutary effects in promoting electoral fairness. The s. 329 ban is only operative for a matter of two to three hours, only on election day, and it is only the late voters who will be affected. While the ban may be inconvenient for the media, this argument cannot be allowed to override as important a goal as the protection of Canada's electoral democracy. [40-41] [45-52]

Per Fish J.: Section 329 of the *Canada Elections Act* is but one element of a comprehensive, elaborate electoral system that temporarily restricts various forms of expression. Care must be taken not to usurp Parliament's role in determining the rules of the electoral game most appropriate for Canada as a whole. The role of the courts is simply to decide whether Parliament's impugned preference passes constitutional muster. Here, the government has discharged its burden under s. 1 of the *Charter*. The object of s. 329, which is to avoid or restrict the information imbalance that would otherwise result, relates to a pressing and substantial concern. Without the limit imposed by s. 329, voters in Central and Western Canada would have access to the results from the Atlantic provinces before casting their ballots, while voters in the Atlantic provinces would lack similar information. The s. 329 ban also meets the proportionality test. There is a rational connection between the objective and the limitation, and the limitation minimally impairs the affected *Charter* right. The deleterious effects of the limitation are also outweighed by its salutary effects. The justification invoked by the government must be assessed in light of the inherent resistance of the relevant harm to precise measurement. In this regard, the Lortie Commission's report and the 2005 poll provide a sound basis for concluding that the information imbalance is a real and significant harm and that Canadians value the principle of information equality. Further, they support the government's assertion that the information imbalance alone creates a perception of unfairness in the electoral system, which is itself a harm that Parliament may

le législateur dispose pour atteindre cet objectif. De façon secondaire, la logique et la raison tendent à indiquer que, comme 70 pour 100 des Canadiens interrogés lors du sondage de 2005 estiment que l'égalité informationnelle joue un rôle important dans les élections, l'art. 329 contribue à maintenir la confiance du public dans le système électoral. Ces effets bénéfiques sont réels, non une simple possibilité. De plus, l'art. 329 contribue de manière positive à l'équité et à la bonne réputation du système électoral dans son ensemble. Pour ce qui est des effets préjudiciables, la preuve que l'art. 329 cause un préjudice au processus électoral ou porte atteinte au droit général des Canadiens d'être informés n'est manifestement pas supérieure à la preuve que la promotion de l'équité électorale comporte des effets bénéfiques. L'interdiction prévue à l'art. 329 ne porte que sur deux ou trois heures, et uniquement le jour du scrutin, et ce sont seulement les électeurs tardifs qui seront touchés. Il est possible que l'interdiction cause des inconvénients aux médias, mais cet argument ne saurait l'emporter sur un objectif aussi important que la protection de la démocratie électorale canadienne. [40-41] [45-52]

Le juge Fish : L'article 329 de la *Loi électorale du Canada* n'est qu'un élément d'un système électoral global complexe qui restreint temporairement diverses formes d'expression. Il faut veiller à ne pas usurper le rôle du législateur quand il s'agit d'établir des règles du jeu électoral les plus appropriées pour l'ensemble du Canada. Le rôle des tribunaux consiste simplement à décider si le choix qu'a privilégié le législateur et qui est contesté respecte les prescriptions de la Constitution. En l'espèce, le gouvernement s'est acquitté du fardeau que lui impose l'article premier de la *Charte*. L'objet de l'art. 329 — éliminer ou atténuer le déséquilibre informationnel qui existerait en son absence — répond à une préoccupation urgente et réelle. Sans la restriction imposée par l'art. 329, les électeurs du Centre et de l'Ouest du Canada auraient accès, avant d'aller voter, aux résultats électoraux pour les provinces de l'Atlantique alors que les électeurs de ces provinces ne disposeraient pas d'une telle information. L'interdiction prévue par l'art. 329 répond également au critère de la proportionnalité. Il existe un lien rationnel entre l'objectif et la restriction, et celle-ci porte atteinte de façon minimale au droit en cause garanti par la *Charte*. De plus, les effets bénéfiques de la restriction dépassent ses effets préjudiciables. Il faut apprécier la justification invoquée par le gouvernement en tenant compte du fait que le préjudice en question s'oppose intrinsèquement à toute mesure précise de ses effets. À cet égard, le rapport de la Commission Lortie et les résultats du sondage de 2005 constituent une assise solide permettant de conclure que le déséquilibre informationnel crée un préjudice réel et important et que les Canadiens tiennent

address. While modern communications technology diminishes the delay's effectiveness, and thereby its salutary effects, s. 329 does curb widespread dissemination of this information and thus contributes materially to its objective of information equality between voters in different parts of the country. The deleterious effects of the delay, in contrast, are minimal. The s. 329 limitation on freedom of expression involves no suppression of any information at all, but only a brief delay in its communication to voters who have not yet cast their ballots. Lastly, while political expression is at the core of the s. 2(*b*) guarantee, restricting the publication of election results in other provinces before all votes have been cast carries less weight than would a similar restriction after the close of polls. As most voters have no access to electoral results until after the close of polls, these results, before one has cast one's own ballot, cannot form an important part of the political discourse. [58-62] [68] [71] [78-81]

Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: The analytical approaches adopted and the result reached by Bastarache and Fish JJ. were agreed with. The appeal is resolved at the proportionality stage of the *Oakes* test, and in this regard, their reasons are complementary. [83]

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella JJ. (dissenting): The s. 329 publication ban is an excessive response to an insufficiently proven harm and a violation of s. 2(*b*) of the *Charter* that cannot be justified under s. 1. The government's s. 1 justification falters fatally in its submission that the benefits of the limitation on the freedom of expression are proportional to its harmful effects. While the government may not be required to demonstrate that its policy judgment is justified with evidence that is amenable to precise measurement, the social science evidence supported by reason and logic must convincingly establish the consequences of imposing or failing to impose the limit. Here, when the harm at which the blackout period in s. 329 is aimed is considered in the context of staggered hours, there is only speculative and unpersuasive evidence to support the government's claim that the information imbalance is of sufficient harm to voter behaviour or perceptions of electoral unfairness that it outweighs any damage

au principe de l'égalité informationnelle. De plus, ils appuient l'argument du gouvernement que le déséquilibre informationnel crée à lui seul une perception d'injustice du système électoral, situation qui constitue en soi un préjudice que le législateur peut corriger. Certes, les techniques de communication modernes réduisent l'efficacité du délai d'attente et, par voie de conséquence, ses effets bénéfiques, mais l'art. 329 freine la diffusion générale de cette information et contribuent ainsi de façon appréciable à la réalisation de son objectif, à savoir l'égalité informationnelle pour les électeurs des différentes régions du pays. Par contre, les effets préjudiciables du délai d'attente sont minimes. La restriction de la liberté d'expression imposée par l'art. 329 n'implique aucune suppression de l'information, mais seulement un court délai d'attente avant sa communication aux électeurs qui n'ont pas encore voté. Enfin, bien que l'expression politique soit un aspect fondamental de la garantie énoncée à l'al. 2*b*), le fait d'interdire la publication des résultats électoraux pour les autres provinces jusqu'à la fermeture de tous les bureaux de scrutin a un caractère moins restrictif que si une telle interdiction s'appliquait après la fermeture de ces bureaux. Étant donné que la plupart des électeurs n'ont accès aux résultats qu'après la fermeture des bureaux de scrutin, ces résultats ne peuvent constituer, avant l'exercice par un électeur de son droit de vote, un élément important du discours politique. [58-62] [68] [71] [78-81]

Les juges Deschamps, Charron et Rothstein : Les analyses et les conclusions des juges Bastarache et Fish sont acceptées. Le pourvoi est tranché à l'étape de l'analyse de la proportionnalité dans le cadre du critère *Oakes* et, à cet égard, leurs motifs sont complémentaires. [83]

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Abella (dissidents) : L'interdiction de publication prévue par l'art. 329 est une réponse excessive à un préjudice dont l'existence n'a pas été établie par une preuve suffisante et une violation de l'al. 2*b*) de la *Charte* qui ne peut se justifier au sens de l'article premier. La justification invoquée par le gouvernement au regard de l'article premier comporte un vice fatal, à savoir l'affirmation que les effets bénéfiques de la limite imposée à la liberté d'expression sont proportionnels à ses effets préjudiciables. Même s'il est possible que le gouvernement ne soit pas tenu de justifier ses décisions de principe par des preuves se prêtant à une mesure précise, il faut que la preuve relevant des sciences sociales appuyée par la logique et la raison établisse de façon convaincante les conséquences découlant de la restriction imposée ou de l'absence de restriction. En l'espèce, si l'on considère dans le contexte du décalage des heures de scrutin le préjudice auquel l'embargo

done to a fundamental and constitutionally protected right. [103] [106] [108] [110] [133]

At issue are the core democratic rights of the media to publish and of Canadians to receive election results in a timely fashion. The possibility that some Western voters might be influenced by results from Atlantic Canada cannot be completely discounted, but the question is whether the impact will be a harmful one. The inference that the information imbalance created by lifting the ban in s. 329 would have a harmful impact of any kind on voter turnout, choice or perception is highly theoretical and unsubstantiated by cogent evidence. The evidence of the expert witness at trial indicates that there is no impact on voter turnout unless the outcome of the election is known or knowable, something that cannot realistically occur based on knowing the results from 32 ridings. Moreover, the evidence from the Lortie Commission suggests that there is no harm to public perception from knowing the results from the 32 ridings in Atlantic Canada. The real harm perceived by the Commission — the influence on voter perception generated by knowing the Ontario and Quebec results, since these two provinces have the potential to determine who will form the government — is alleviated by staggered hours. Further, any potential benefits of the publication ban are diminished by the reality that it has been rendered obsolete by telecommunications technology. [110] [117] [120-126]

The evidence adduced by the government fails to demonstrate either that the ban in s. 329, in the context of staggered hours, promotes public confidence in the fairness of elections or that harm will occur in the absence of the limitation. On the other hand, the s. 329 ban impairs the right both to disseminate and receive election results at a crucial time in the electoral process. To suggest that the limitation at issue involves only a delay, not the suppression of information, unduly minimizes the significance both of the information and of the delay. Canadians are entitled to know, as soon as possible, who their elected representatives are. [127-129] [131]

prévu à l'art. 329 vise à remédier, il existe seulement des preuves hypothétiques et non convaincantes à l'appui de l'argument du gouvernement que le déséquilibre informationnel, en raison de ses effets sur le comportement des électeurs et leur perception d'iniquité électorale, est suffisamment préjudiciable pour dépasser tout préjudice engendré par l'atteinte à un droit fondamental protégé par la Constitution. [103] [106] [108] [110] [133]

Les droits en cause sont les droits démocratiques fondamentaux des médias de publier et des Canadiens de recevoir en temps utile les résultats électoraux. On ne peut pas écarter complètement la possibilité que des électeurs de l'Ouest du pays puissent être influencés par les résultats pour le Canada atlantique, mais il s'agit de savoir si l'incidence est préjudiciable. L'inférence que le déséquilibre informationnel créé par la levée de l'interdiction prévue à l'art. 329 aurait un effet préjudiciable quelconque sur la participation, le choix ou la perception des électeurs est hautement théorique et ne repose pas sur une preuve convaincante. Selon le témoignage de l'expert, il n'y a aucune incidence sur la participation électorale à moins que l'issue des élections soit connue ou puisse être connue, ce qui, de façon réaliste, ne peut se produire avec la connaissance des résultats pour 32 circonscriptions. De plus, d'après la Commission Lortie, la connaissance des résultats pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique n'a aucun effet préjudiciable sur la perception du public. Le véritable préjudice perçu par la Commission — l'influence sur la perception des électeurs due à la connaissance des résultats pour l'Ontario et le Québec parce que ces deux provinces peuvent déterminer qui formera le gouvernement — est atténué par le décalage des heures de scrutin. Par ailleurs, tout effet bénéfique que pourrait présenter l'interdiction de publication se trouve amoindri par la réalité selon laquelle celle-ci est aujourd'hui désuète à cause des techniques de télécommunications. [110] [117] [120-126]

La preuve présentée par le gouvernement ne démontre pas que l'interdiction prévue par l'art. 329, dans le contexte du décalage des heures de scrutin, renforce la confiance du public dans l'équité des élections ou que le préjudice pourrait survenir sans cette restriction. De plus, l'interdiction prévue par l'art. 329 porte atteinte au droit de diffuser et à celui de recevoir les résultats des élections à un moment crucial du processus électoral. Affirmer qu'il s'agit seulement de retarder la communication des informations et non de les supprimer minimise indûment l'importance à la fois des informations et du retard. Les Canadiens ont le droit de connaître, aussitôt que possible, ceux qui ont été élus pour les représenter. [127-129] [131]

Furthermore, the media's role in disseminating election information to the public is critical. The technical challenges they face when implementing the ban are considerable, and mean that individuals in certain areas may not receive radio or television election coverage even though the polls have closed in their area of the country. All of this harm to the *Charter* right is demonstrable; the benefits of the ban are not. [130-131]

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; **referred to:** *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74.

By Fish J.

Referred to: *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877.

By Deschamps, Charron and Rothstein JJ.

Referred to: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Abella J. (dissenting)

Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General), [1998] 1 S.C.R. 877; *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835.

Par ailleurs, les médias jouent un rôle crucial dans la diffusion des résultats électoraux au public. Les difficultés techniques qu'ils rencontrent dans la mise en œuvre de l'interdiction sont considérables et signifient qu'il se peut que les gens de certaines régions ne reçoivent pas la couverture des élections par radio ou télévision même si leurs bureaux de scrutin ont déjà fermé. Tout ce préjudice causé à un droit garanti par la *Charte* peut se démontrer; ce n'est pas le cas des effets bénéfiques de l'interdiction. [130-131]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué : *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; **arrêts mentionnés :** *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877.

Citée par les juges Deschamps, Charron et Rothstein

Arrêt mentionné : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 877; *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Canada Elections Act, the Parliament of Canada Act and the Referendum Act, S.C. 1996, c. 35, s. 44.1.
Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, ss. 128, 323, 328, 329, 495(4), 500(4).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), (*d*).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 813.
Dominion Elections Act, 1938, S.C. 1938, c. 46, s. 107.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., November 26, 1996, p. 6723.
Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. Final Report. *Reforming Electoral Democracy*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1991.
Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
Decima Research/Carleton University, School of Journalism and Communication. "Most Canadians Prefer Election Night Results Blackout", 2006.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C., Rowles and Saunders JJ.A.) (2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 213 B.C.A.C. 52, 352 W.A.C. 52, 196 C.C.C. (3d) 369, 130 C.R.R. (2d) 348, [2005] B.C.J. No. 1130 (QL), 2005 BCCA 285, reversing a decision of Kelleher J. (2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 112 C.R.R. (2d) 189, [2003] B.C.J. No. 2479 (QL), 2003 BCSC 1499. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella JJ. dissenting.

Donald J. Jordan, Q.C., and *Rodney W. Sieg*, for the appellant.

Andrew I. Nathanson and *Brook Greenberg*, for the respondent Her Majesty the Queen.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), *d*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 813.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi des élections fédérales, 1938, S.C. 1938, ch. 46, art. 107.
Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 128, 323, 328, 329, 495(4), 500(4).
Loi modifiant la Loi électorale du Canada, la Loi sur le Parlement du Canada et la Loi référendaire, L.C. 1996, ch. 35, art. 44.1.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 26 novembre 1996, p. 6723.
Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. Rapport final. *Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 2. Ottawa : La Commission, 1991.
Centre de recherche Décima/Carleton University, School of Journalism and Communication. « La majorité des Canadiens appuient l'interdiction de diffusion des résultats le soir des élections », 2006.
Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Rowles et Saunders) (2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 213 B.C.A.C. 52, 352 W.A.C. 52, 196 C.C.C. (3d) 369, 130 C.R.R. (2d) 348, [2005] B.C.J. No. 1130 (QL), 2005 BCCA 285, qui a infirmé une décision du juge Kelleher (2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 112 C.R.R. (2d) 189, [2003] B.C.J. No. 2479 (QL), 2003 BCSC 1499. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel et Abella sont dissidents.

Donald J. Jordan, c.r., et *Rodney W. Sieg*, pour l'appelant.

Andrew I. Nathanson et *Brook Greenberg*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

Graham Garton, Q.C., and *Sean Gaudet*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Joseph J. Arvay, Q.C., *Brent Olthuis* and *Daniel Henry*, for the interveners Canadian Broadcasting Corporation, CTV Inc., TVA Group Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limited, Sun Media Corporation, Sun Media (Toronto) Corporation, Canadian Press, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc. and Canoe Inc.

Mahmud Jamal and *Colin Feasby*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

The sole issue on this appeal is whether s. 329 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, which prohibits the broadcasting of election results on election day until polling stations are closed in all parts of Canada, constitutes a violation of the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that cannot be justified under s. 1. As such, this case is a direct application of this Court's decision in *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33.

II. Facts and Judicial History

During the federal general election of November 27, 2000, the appellant transmitted the election results from Atlantic Canada while polling stations remained open in other parts of Canada by posting the results on a website. The results were therefore available to the public in every electoral district in Canada. The appellant had made his intention to do so public before the election, and the Commissioner of Canada Elections had warned him that such publication would be contrary to s. 329 of the *Canada Elections Act*.

Graham Garton, c.r., et *Sean Gaudet*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Joseph J. Arvay, c.r., *Brent Olthuis* et *Daniel Henry*, pour les intervenantes Société Radio-Canada, CTV Inc., Groupe TVA Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limitée, Corporation Sun Media, Sun Media (Toronto) Corporation, Presse canadienne, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc. et Canoe Inc.

Mahmud Jamal et *Colin Feasby*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

La seule question à trancher en l'espèce consiste à savoir si l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 (la « Loi »), lequel interdit la diffusion des résultats électoraux le jour des élections avant la fermeture des bureaux de scrutin de toutes les régions du Canada, constitue une atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui ne saurait être justifiée selon l'article premier. En ce sens, il s'agit ici d'une application directe de l'arrêt *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33. 1

II. Faits et historique des procédures judiciaires

Lors des élections générales fédérales du 27 novembre 2000, l'appelant a diffusé les résultats électoraux pour le Canada atlantique en les affichant sur un site Web, alors que des bureaux de scrutin étaient encore ouverts dans d'autres régions du Canada. Les résultats étaient donc à la disposition du public dans toutes les circonscriptions au Canada. L'appelant avait déjà révélé publiquement son intention à cet égard avant les élections et le commissaire aux élections fédérales l'avait prévenu qu'une telle publication serait contraire à l'art. 329 de la Loi. 2

3 The appellant was charged under s. 329 of the Act. The appellant brought an application in the Provincial Court of British Columbia challenging the constitutional validity of ss. 329, 495(4) and 500(4) of the Act on the basis that the provisions infringed ss. 2(*b*) and 2(*d*) of the *Charter*, and that they were not saved by s. 1 of the *Charter*. The Commissioner of Canada Elections, who was the respondent to the appellant's application, took no position on the application, but the Attorney General of Canada appeared before the Provincial Court as an intervener to defend the constitutionality of s. 329.

4 Judge Smith of the B.C. Provincial Court held, in two separate judgments ([2003] B.C.J. No. 542 (QL), 2003 BCPC 65, and (2003), 104 C.R.R. (2d) 364, 2003 BCPC 39), that s. 329 infringed s. 2(*b*) of the *Charter*, but that the Attorney General had established that it was a demonstrable limit on s. 2(*b*) and so was justified under s. 1. The trial judge based this second conclusion on two pieces of evidence. One was a government report, *Reforming Electoral Democracy* (1991), the Report of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the "Lortie Report"), and the other was the report and evidence of Dr. Robert MacDermid, a professor of political science at York University. Dr. MacDermid was qualified as an expert witness; this qualification was not challenged by the appellant. It is also important to note that the appellant brought no evidence of his own. The Lortie Report and the evidence of Dr. MacDermid remained essentially the only evidence in this case until I granted leave to adduce new evidence to the group of media organizations which intervened before this Court and subsequently to the Attorney General by Orders dated March 22, 2006 and July 25, 2006 respectively. I will refer to the evidence in some detail in my analysis below.

5 The appellant's constitutional application having been dismissed, a summary conviction trial took place on the basis of an agreed statement of facts. The appellant admitted to having committed the

L'appelant a été inculpé en vertu de l'art. 329 de la Loi. Il a saisi la Cour provinciale de la Colombie-Britannique d'une demande visant à contester la constitutionnalité de l'art. 329 et des par. 495(4) et 500(4) de la Loi au motif qu'ils enfreignent les al. 2*b*) et *d*) de la *Charte* et ne sont pas justifiés selon l'article premier de la *Charte*. Le commissaire aux élections fédérales, intimé dans la demande de l'appelant, ne s'est pas prononcé au sujet de la demande, mais le procureur général du Canada a comparu devant la Cour provinciale en qualité d'intervenant pour défendre la constitutionnalité de l'art. 329.

Le juge Smith, de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, a conclu, dans deux jugements distincts ([2003] B.C.J. No. 542 (QL), 2003 BCPC 65, et (2003), 104 C.R.R. (2d) 364, 2003 BCPC 39), que l'art. 329 contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que le procureur général avait établi qu'il s'agissait d'une limite dont la justification peut se démontrer selon l'article premier. Il a fondé cette seconde conclusion sur deux éléments de preuve. Le premier, un rapport gouvernemental intitulé *Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991), rapport de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (le « rapport Lortie »), et l'autre, les rapport et témoignage de M. Robert MacDermid, professeur de science politique à l'Université York. Le professeur MacDermid a été reconnu comme témoin expert sans que l'appelant s'y oppose. Il importe également de souligner que l'appelant n'a produit aucun élément de preuve. Les seuls éléments de preuve en l'espèce sont essentiellement le rapport Lortie et le témoignage du professeur MacDermid jusqu'à ce que j'autorise le groupe des médias qui sont intervenus devant la Cour et ensuite le procureur général à produire de nouveaux éléments de preuve, par ordonnances du 22 mars et du 25 juillet 2006, respectivement. J'examinerai la preuve plus en détail dans mon analyse exposée ci-après.

Après le rejet de sa contestation constitutionnelle, l'appelant a fait l'objet d'un procès pour infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire sur le fondement d'un exposé

elements of the offence. He was convicted of the offence and fined $1,000.

Pursuant to s. 813 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the appellant appealed the summary conviction on the basis that the trial judge erred in dismissing the constitutional challenge. That appeal was allowed by Kelleher J. of the B.C. Supreme Court on the basis that the evidence before the trial judge did not support the conclusion that s. 329 was supported by a pressing and substantial objective ((2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 2003 BCSC 1499). Kelleher J. also held that, if his conclusion regarding a pressing and substantial objective was incorrect, the Attorney General had failed to meet its burden of establishing minimal impairment and proportionality. By judgment dated October 23, 2003, the conviction was overturned and the appellant was acquitted.

On May 18, 2004, this Court released its judgment in *Harper*. In light of this Court's ruling in that case that the *Canada Elections Act*'s third party advertising limits were constitutional, the Attorney General sought, and received, leave to appeal the decision of Kelleher J.

The British Columbia Court of Appeal unanimously agreed that s. 329 of the Act violated s. 2(*b*) of the *Charter* and that the only real issue was whether s. 329 could be justified under s. 1 ((2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285). A majority of the Court of Appeal held that the Attorney General had met its burden under s. 1 and that s. 329 was a justified limit on freedom of expression. The conviction ordered at trial was restored.

III. Analysis

This Court's decision in *Harper* contains two important principles that are applicable to this case. First, it establishes that courts ought to take a natural attitude of deference toward Parliament when

conjoint des faits. Il a reconnu avoir commis les éléments constitutifs de l'infraction. Il a été déclaré coupable de l'infraction reprochée et condamné à une amende de 1 000 $.

6 En vertu de l'art. 813 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, l'appelant a interjeté appel de la déclaration de culpabilité par procédure sommaire au motif que le juge du procès avait eu tort de rejeter sa contestation constitutionnelle. Le juge Kelleher, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, a accueilli l'appel au motif que la preuve produite en première instance n'appuyait pas la conclusion que l'art. 329 repose sur un objectif urgent et réel ((2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 2003 BCSC 1499). Il a également statué que, même si sa conclusion à l'égard de l'objectif urgent et réel était erronée, le procureur général ne s'était pas déchargé de son fardeau d'établir l'atteinte minimale et la proportionnalité. Par jugement du 23 octobre 2003, la déclaration de culpabilité a été infirmée et l'appelant acquitté.

7 Le 18 mai 2004, la Cour a rendu l'arrêt *Harper*. À la suite de cet arrêt, où la Cour a reconnu la constitutionnalité des plafonds prescrits par la Loi à l'égard des dépenses de publicité des tiers, le procureur général a demandé et obtenu l'autorisation d'interjeter appel de la décision du juge Kelleher.

8 La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué à l'unanimité que l'art. 329 de la Loi viole l'al. 2*b*) de la *Charte* et que la seule véritable question qui se pose est de savoir si l'art. 329 peut être justifié au sens de l'article premier ((2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285). La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que le procureur général s'est acquitté du fardeau imposé par l'article premier et que l'art. 329 constitue une limite justifiée à la liberté d'expression. La déclaration de culpabilité prononcée en première instance a été rétablie.

III. Analyse

9 L'arrêt *Harper* rendu par la Cour contient deux principes importants qui s'appliquent à l'espèce. Premièrement, il établit que les tribunaux doivent naturellement faire preuve de déférence envers le

dealing with election laws: "Given the right of Parliament to choose Canada's electoral model and the nuances inherent in implementing this model, the Court must approach the justification analysis with deference" (*Harper*, at para. 87).

10 Second, it reaffirms that, in determining the nature and sufficiency of evidence required for the Attorney General to establish that a violation of s. 2(*b*) is saved by s. 1, the impugned provision must be viewed in its context: see *Harper*, at paras. 75-76, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 88. This context can be best established by reference to the four factors which this Court set out in *Thomson Newspapers* and *Harper*: (i) the nature of the harm and the inability to measure it, (ii) the vulnerability of the group protected, (iii) subjective fears and apprehension of harm, and (iv) the nature of the infringed activity.

11 However, the contextual factors must be understood as being *about the provision*. As this Court noted at para. 87 of *Thomson Newspapers*:

> The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right. [Emphasis added.]

I take this passage to mean that only once the objectives of the impugned provision are stated can we turn to an examination of the context of those objectives to determine the nature and sufficiency of the evidence required under s. 1.

Parlement lorsqu'il est question des lois électorales : « Étant donné que c'est au Parlement qu'il appartient de choisir le modèle électoral applicable au Canada et vu les nuances que requiert intrinsèquement la mise en œuvre de ce modèle, la Cour doit entreprendre l'analyse de la justification avec toute la déférence qui s'impose » (*Harper*, par. 87).

Deuxièmement, il confirme que, pour définir la nature et le caractère suffisant de la preuve que le procureur général doit présenter afin d'établir qu'une violation de l'al. 2*b*) est justifiée selon l'article premier, il faut interpréter dans son contexte la disposition contestée : voir *Harper*, par. 75-76, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 88. La meilleure façon de cerner le contexte est de se reporter aux quatre facteurs que la Cour a énoncés dans *Thomson Newspapers* et *Harper* : (i) la nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur, (ii) la vulnérabilité du groupe protégé, (iii) les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice, et (iv) la nature de l'activité protégée.

Toutefois, les facteurs contextuels doivent être interprétés *en fonction de la disposition*. Voici ce qu'a souligné la Cour dans *Thomson Newspapers* :

> L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*. [Je souligne; par. 87.]

À mon sens, ce passage signifie que ce n'est qu'après avoir énoncé les objectifs de la disposition contestée que nous pouvons examiner leur contexte de façon à définir la nature et le caractère suffisant de la preuve que requiert l'article premier.

The Attorney General has asserted two distinct but related objectives of s. 329. First, the Attorney General claims that s. 329 is directed at ensuring informational equality among voters. The Attorney General's expert witness in this case, Dr. MacDermid, refers to informational equality as "a central assumption of electoral democracy". The Attorney General has presented the promotion of informational equality as an *inherently* worthy goal; by this he means that *the mere fact* that one voter could have general access to information about election results that another voter does not have is *in and of itself problematic.* The Attorney General's second proposed objective is, as I said, related to the first: the Attorney General asserts that s. 329 promotes public confidence in the electoral system, and a principal reason that it does so is because such public confidence depends on the public's belief that the principle of informational equality is maintained by the electoral system.

Le procureur général affirme que l'art. 329 comporte deux objectifs distincts mais connexes. Premièrement, il allègue que l'art. 329 vise à garantir aux électeurs l'égalité informationnelle. Son témoin expert en l'espèce, le professeur MacDermid, qualifie l'égalité informationnelle de [TRADUCTION] « postulat essentiel de la démocratie électorale ». Le procureur général a présenté la promotion de cette égalité comme un objectif louable *en soi*; il entend par là que *le simple fait* qu'un électeur a un accès général à des informations sur les résultats électoraux dont ne dispose pas un autre électeur pose *en soi un problème.* Le second objectif que propose le procureur général est, comme je l'ai mentionné, relié au premier : le procureur général affirme que l'art. 329 favorise la confiance du public dans le système électoral, essentiellement du fait que celle-ci est tributaire de la croyance du public que le système électoral respecte le principe de l'égalité informationnelle. 12

The Attorney General argues that these two objectives, while causally quite closely linked, are in fact different in nature. The first objective, ensuring informational equality, is presented as an inherently important goal: as such its existence and importance are to some degree conceptual matters, and evidence to establish them will be hard to come by. The second objective, on the other hand, is presented as based on actual sociological fact: the Attorney General claims that confidence in the electoral system will (or would) actually decrease if some voters were to have general access to information about the results of the election that other voters cannot have. As this second objective is framed in terms of a sociological argument about the link between informational equality and voter confidence, it is the kind of objective for which the Attorney General should be expected to lead some evidence establishing the claimed link.

Le procureur général soutient que ces deux objectifs, tout en ayant un lien de cause à effet fort étroit, sont en fait de nature différente. Le premier objectif — la garantie de l'égalité informationnelle — est présenté comme un but important en soi : de ce point de vue, son existence et son importance sont dans une certaine mesure de nature conceptuelle et il sera difficile d'en faire la preuve. En revanche, le second est présenté comme un objectif fondé sur un fait sociologique réel : selon le procureur général, la confiance dans le système électoral diminuera (ou diminuerait) si des électeurs devaient avoir un accès général à des informations sur les résultats électoraux dont ne disposent pas d'autres électeurs. Étant donné que ce second objectif est formulé comme un argument sociologique portant sur le lien entre l'égalité informationnelle et la confiance de l'électorat, c'est le genre d'objectif pour lequel le procureur général devrait présenter des éléments de preuve pour établir le lien invoqué. 13

As I see it, the true objective of the *Canada Elections Act* in the context of the provisions under scrutiny is to ensure informational equality by

Autant que je puisse en juger, le véritable objectif de la Loi dans le contexte des dispositions en cause est de garantir l'égalité informationnelle par 14

adopting reasonable measures to deal with the perception of unfairness created when some voters have general access to information that is denied to others, and the further possibility that access to that information will affect voter participation or choices. In *Harper*, this Court unanimously held that "ensuring that all voters receive the same information where possible", was an important objective: see para. 47, *per* McLachlin C.J. and Major J. and para. 133, *per* Bastarache J. This objective is measurable to some degree, as we shall see.

15 With this understanding of the objective of s. 329, I now turn to a consideration of the four contextual factors from *Harper* and *Thomson Newspapers* to the facts of this case.

A. *Contextual Factors*

1. The Nature of the Harm and the Inability to Measure It

(a) *Maintaining Public Confidence in the Electoral System*

16 In *Harper*, this Court held, at para. 77, that when social science evidence of a harm is conflicting or inconclusive, "the court may rely on a reasoned apprehension of . . . harm". I noted in that case that, absent determinative social science evidence, logic and common sense could be relied upon to assist in the s. 1 analysis. In *Thomson Newspapers*, I relied on logic and common sense as an aid to interpretation of the uncertain social science evidence about the influence of polls on voters, and held that the possibility of such influence was a matter that the government was legitimately concerned to remedy: see paras. 104-7. Similarly in *Harper*, I noted that the presence of several factors, such as the subtle influence of advertising on individual decision makers, the presence of other influencing factors and the complexity of electoral decisions, meant that the harm at issue there was difficult, if not impossible to measure and so concluded that "logic and reason assisted by some social science

l'adoption de mesures raisonnables pour remédier à la perception d'injustice créée par le fait que certains électeurs ont un accès général à des informations dont ne disposent pas d'autres électeurs et aussi pour éviter que l'accès à ces informations puisse influer sur la participation ou les choix des électeurs. Dans *Harper*, la Cour a statué à l'unanimité que « [le] souci de mettre les mêmes renseignements à la disposition de tous les électeurs, lorsque la chose est possible » est un objectif important : voir par. 47, la juge en chef McLachlin et le juge Major, et par. 133, le juge Bastarache. Cet objectif est mesurable jusqu'à un certain point, comme nous allons le voir.

Après avoir ainsi exposé l'objectif de l'art. 329, j'aborde maintenant la question de l'application aux faits de l'espèce des quatre facteurs contextuels énoncés dans *Harper* et *Thomson Newspapers*.

A. *Les facteurs contextuels*

1. La nature du préjudice et l'incapacité d'en mesurer l'ampleur

a) *Maintenir la confiance du public dans le système électoral*

Dans *Harper*, par. 77, la Cour a statué que, dans les cas où le préjudice est établi au moyen de preuves relevant des sciences sociales qui sont contradictoires ou non concluantes, « [l]es tribunaux peuvent se fonder sur une crainte raisonnée du préjudice ». J'ai souligné dans cette affaire que, en l'absence de preuves déterminantes relevant des sciences sociales, les tribunaux peuvent faire appel à la logique et au bon sens pour réaliser l'analyse fondée sur l'article premier. Dans *Thomson Newspapers*, j'ai eu recours à la logique et au bon sens pour guider mon interprétation des éléments de preuve incertains fondés sur les sciences sociales quant à l'influence des sondages sur les électeurs et j'ai conclu que la possibilité d'une telle influence était une préoccupation à laquelle le gouvernement voulait légitimement remédier : voir les par. 104-107. De même, dans *Harper*, j'ai indiqué qu'en raison de plusieurs facteurs, par exemple l'influence subtile qu'exerce la publicité sur les décideurs, l'influence d'autres

evidence [were] sufficient proof of the harm": see para. 79.

The situation with respect to the maintenance of public confidence in the electoral system is no less complicated. Public confidence is important for instrumental reasons. As this Court noted at para. 82 of *Harper*:

> Perception is of utmost importance in preserving and promoting the electoral regime in Canada. Professor Aucoin emphasized that "[p]ublic *perceptions* are critical precisely because the legitimacy of the election regime depends upon how citizens assess the extent to which the regime advances the values of their electoral democracy" (emphasis in original). Electoral fairness is key. Where Canadians perceive elections to be unfair, voter apathy follows shortly thereafter.

The Attorney General, following the Court's logic in *Harper*, asserts that public confidence in the electoral system is important because, if public confidence is lost, voting patterns could change, and, ultimately, the outcomes of elections could be affected.

The Attorney General did provide some evidence on this point. Dr. MacDermid's testimony was as follows:

> . . . I think, based on the evidence in the States, based on some partial aspects about Canada that the — that the result would be the same as we've seen in the United States, and that's most — most clearly a decline in — in participation, a decline in voting rates. Also — it may also affect, differentially, partisans of different parties. And while these would not be enormous, as they are not in the United States, I think it's important to note that we are talking about effects from one to five percent. That is certainly an ample number to change — to have a very important effect in close races, which can never be predicted from one election to another. [Emphasis added.]

facteurs et la complexité des décisions électorales, il était difficile, voire impossible, de mesurer le préjudice visé dans cette affaire, et j'ai conclu que « la logique et la raison, conjuguées à certains éléments de preuve relevant des sciences sociales, démontrent de façon suffisante l'existence du préjudice » : voir par. 79.

17 La situation concernant le maintien de la confiance du public dans le système électoral est tout aussi complexe. La confiance du public est importante pour des raisons pratiques. Comme l'a souligné la Cour dans *Harper*, au par. 82 :

> La perception du public est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit de préserver et de soutenir le régime électoral au Canada. Le professeur Aucoin a souligné que [TRADUCTION] « [l]a *perception* du public est cruciale, précisément parce que la légitimité du régime électoral est tributaire de la mesure dans laquelle les citoyens considèrent que celui-ci soutient les valeurs de leur démocratie électorale » (en italique dans l'original). L'équité électorale est l'élément clé. Lorsque les Canadiens ont le sentiment que les élections sont inéquitables, l'apathie des électeurs s'ensuit peu de temps après.

Le procureur général, suivant le raisonnement de la Cour dans *Harper*, affirme que la confiance du public dans le système électoral est importante, car la perte de cette confiance pourrait changer les habitudes de vote, ce qui pourrait ultimement influer sur l'issue des élections.

18 Le procureur général a fourni quelques éléments de preuve sur ce point. Le professeur MacDermid a témoigné en ce sens :

> [TRADUCTION] . . . j'estime, d'après la preuve aux États-Unis, d'après certains aspects de la question au Canada, que le — que le résultat serait le même qu'aux États-Unis : il ne fait aucun — aucun doute qu'il y a une baisse de — de la participation, une baisse du taux de participation. Aussi, cette baisse peut toucher de manière différente les partisans des différents partis. Et, bien qu'elle ne soit pas énorme, puisqu'elle ne se produit pas aux États-Unis, je crois qu'il est important de souligner qu'elle varie entre un et cinq pour cent. C'est certainement une perte difficile à rattraper — qui a une incidence très importante dans une course serrée —, situation qu'on ne peut pas prédire d'une élection à l'autre. [Je souligne.]

Similarly, the Lortie Report based some of its recommendations on the "perception that elections are decided before [Western] voters have even finished voting" (Lortie Report, vol. 2, at p. 83).

19 The somewhat speculative nature of this evidence is not unexpected, as some form of the s. 329 ban has been in place since 1938. Thus, the effect of the s. 329 ban on voting patterns and election results is almost impossible to measure. I am therefore forced to resort to logic and common sense applied to the Attorney General's evidence as proof of the harm of loss of public confidence in the electoral system as a result of premature release of results.

(b) *Ensuring Informational Equality*

20 In a series of cases on freedom of expression, this Court gradually reached the recognition that the paucity of social science evidence in some cases required that a reasonable apprehension of harm could be sufficient as a grounding to a s. 1 argument: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 776; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 137; *Thomson Newspapers*, at paras. 104-7. In *Harper*, the Court extended this line of reasoning to the realization that some harms are "difficult, if not impossible, to measure scientifically" (at para. 79), and that in such cases logic and common sense become all the more important. At least one commentator has suggested that the impetus for this move lies in the origins of the *Oakes* test itself (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), in that the test was formulated without explicit contemplation of situations such as those discussed above, in which "cogent and persuasive" evidence does not exist: see S. Choudhry, "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

De même, certaines des recommandations du rapport Lortie étaient motivées par « l'impression que les jeux sont faits avant même que les électeurs et électrices [des provinces de l'Ouest] aient fini de voter » (rapport Lortie, vol. 2, p. 89).

La nature quelque peu hypothétique de cette preuve n'est pas surprenante puisque l'interdiction prévue à l'art. 329 existe d'une certaine manière depuis 1938. C'est pourquoi il est presque impossible de mesurer les effets de cette interdiction sur les habitudes de vote et les résultats des élections. Il me faut donc faire appel à la logique et au bon sens qui ressortent de la preuve du procureur général pour établir le préjudice causé par la perte de confiance du public dans le système électoral par suite de la diffusion prématurée des résultats.

b) *Garantir l'égalité informationnelle*

Dans une série d'affaires de liberté d'expression, la Cour est graduellement venue à reconnaître que, dans certains cas, en raison du manque de preuve concluante relevant des sciences sociales, il suffit de démontrer une appréhension raisonnable de préjudice pour étayer un argument fondé sur l'article premier : voir *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 768 et 776; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137; *Thomson Newspapers*, par. 104-107. Dans *Harper*, la Cour a appliqué ce raisonnement en allant jusqu'à dire qu'il est « difficile, voire impossible, de mesurer scientifiquement » certains préjudices (par. 79) et que, dans de tels cas, la logique et le bon sens prennent encore plus d'importance. Au moins un commentateur a laissé entendre que cette prise de position puise son origine dans la genèse du critère *Oakes* lui-même (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103), en ce sens que celui-ci a été formulé sans que soient expressément prévues les situations semblables à celles susmentionnées, où il n'existe pas de preuve « forte et persuasive » : voir S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

Section 1 analysis must always be done in a manner consistent with the warning set out by Dickson C.J. in *Oakes*, at p. 136:

> A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

In some cases, the objective asserted by the government will be largely a matter of the "values and principles essential to a free and democratic society". In such cases it may not be appropriate to require proof according to the usual civil requirements. I believe that this is such a case. The Attorney General submits that informational equality is important in particular because democracy requires that no individual should have a general access to information, unavailable to others, that can play a role in the exercise of his own right to vote. It is thus a logically direct result of the requirement that elections be fair.

In *Harper*, this Court unanimously held that "ensuring that all voters receive the same information where possible" was an important objective: see para. 47, *per* McLachlin C.J. and Major J. in dissent, but not on this issue, and para. 133, *per* Bastarache J. The harm associated with a breach of

L'analyse fondée sur l'article premier doit toujours tenir compte de la mise en garde du juge en chef Dickson dans *Oakes*, p. 136 : 21

> Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression « société libre et démocratique ». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution : la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

Dans certains cas, l'objectif invoqué par le gouvernement portera essentiellement sur « des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique ». Il est possible que de tels cas ne se prêtent pas aux exigences de preuve auxquelles il faut normalement satisfaire en matière civile. Je crois que nous sommes en présence d'un tel cas en l'espèce. Selon le procureur général, l'égalité informationnelle est d'autant plus importante que la démocratie exige que personne ne devrait avoir un accès général aux informations qui ne sont pas à la disposition des autres et qui peuvent influer sur la façon dont le droit de vote est exercé. Elle est donc le résultat logique qui procède directement de l'exigence d'équité électorale. 22

Dans *Harper*, la Cour a statué à l'unanimité que « [le] souci de mettre les mêmes renseignements à la disposition de tous les électeurs, lorsque la chose est possible » est un objectif important : voir par. 47, la juge en chef McLachlin et le juge Major, dissidents mais pas sur cette question, et par. 133, le juge 23

that principle is not of the class of harms which are easily measured.

2. The Vulnerability of the Group Protected

24 Section 329 is broadly addressed at protecting the Canadian electoral system, which suggests that the group protected is Canadian voters taken as a whole. The Attorney General also claims that Western voters in particular are protected, for it is Western voters who could be most directly influenced by the release of election results from the Atlantic provinces. But, as we noted in *Thomson Newspapers*, Canadian voters "must be presumed to have a certain degree of maturity and intelligence" (para. 101). The expression at issue in this case does not seek to influence voters as did the advertising in *Harper*.

3. Subjective Fears and Apprehension of Harm

25 As noted above, the subjective perceptions of Canadian voters that the electoral system is fair is a vital element in the value of the system. The Attorney General, with leave, provided fresh evidence before this Court, in the form of a 2005 Decima Research/Carleton University Poll, which supports the view that Canadians subjectively believe that informational equality is an important aspect of the electoral system: 70 percent of Canadians surveyed "thought people should not be able to know election results from other provinces before their polls close". Moreover, the Lortie Report stated that "western Canadian voters generally may feel that their vote counts for less if the election outcome has been determined before their votes are cast, and some may have decided not to vote for that reason": vol. 2, at p. 83. This evidence regarding the subjective views of Canadians must be taken as doubly important in a case such as this, where the harm that the

Bastarache. Le préjudice associé à la violation de ce principe n'appartient pas à la catégorie des préjudices facilement mesurables.

2. La vulnérabilité du groupe protégé

L'article 329 vise de façon générale à protéger le système électoral canadien, ce qui signifie que l'ensemble de l'électorat canadien constitue le groupe protégé. Le procureur général soutient également que les électeurs de l'Ouest du pays sont particulièrement visés par la protection puisque ce sont eux qui sont susceptibles d'être le plus directement influencés par la diffusion des résultats électoraux pour les provinces de l'Atlantique. Toutefois, comme nous l'avons souligné dans *Thomson Newspapers*, « [i]l faut présumer aux électeurs canadiens un certain degré de maturité et d'intelligence » (par. 101). La forme d'expression en cause en l'espèce ne cherche pas à influencer les électeurs, comme c'est le cas de la publicité dans *Harper*.

3. Les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice

Comme je l'ai mentionné plus haut, la perception subjective des électeurs canadiens que le système électoral est juste joue un rôle vital dans la valeur du système. Le procureur général, avec l'autorisation de la Cour, nous a présenté un nouvel élément de preuve, à savoir un sondage mené en 2005 par le Centre de recherche Décima et l'Université Carleton (« sondage Décima »), qui appuie l'opinion selon laquelle les Canadiens croient subjectivement que l'égalité informationnelle constitue un aspect important du système électoral : 70 pour 100 des Canadiens interrogés « croient que personne ne devrait connaître les résultats des autres provinces avant la fermeture des bureaux de scrutin de [sa] circonscription ». En outre, le rapport Lortie indique que « [les gens de l'Ouest] peuvent avoir l'impression que leur vote a moins d'importance lorsque le résultat est connu avant qu'ils n'aient voté, et certains s'abstiennent peut-être de voter pour cette raison » : vol. 2, p. 89. Il faut considérer cette preuve

law is seeking to address is itself about those very same subjective views.

4. Nature of the Infringed Activity: Political Expression

This Court has held that "there can be no question that opinion surveys regarding political candidates or electoral issues are part of the political process and, thus, at the core of expression guaranteed by the *Charter*": *Thomson Newspapers*, at para. 92. The same logic can be applied in this case: election results are of fundamental importance in a free and democratic society.

At the same time, to suggest that election results are an important political form of expression *in the hands of those still to vote* is to prejudge the entire s. 1 inquiry. Whether the s. 2(*b*) interest in *receiving* or disseminating political information, or both, is at the centre of this case, it is not at all clear that that interest can supersede the value of the countervailing principle that no voter should have general access to information about the results of the election unavailable to others. As we noted with respect to restrictions on referendum spending in *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 61:

> Thus, while the impugned provisions do in a way restrict one of the most basic forms of expression, namely political expression, the legislature must be accorded a certain deference to enable it to arbitrate between the democratic values of freedom of expression and referendum fairness. The latter is related to the very values the Canadian *Charter* seeks to protect, in particular the political equality of citizens that is at the heart of a free and democratic society. [Emphasis added.]

The same may be said of the restrictions in this case.

concernant l'opinion subjective des Canadiens comme doublement importante dans une affaire comme celle de l'espèce, où le préjudice auquel la loi cherche à remédier est exactement de la même nature que ces opinions subjectives.

4. La nature de l'activité protégée : l'expression politique

26 La Cour a statué qu'« il ne fait aucun doute que les sondages concernant les candidats ou les enjeux électoraux font partie du processus politique et sont, de ce fait, au cœur de la liberté d'expression garantie par la *Charte* » : *Thomson Newspapers*, par. 92. On peut tenir le même raisonnement en l'espèce : les résultats des élections revêtent une importance fondamentale dans une société libre et démocratique.

27 Par la même occasion, laisser entendre que les résultats des élections sont une importante forme d'expression politique *entre les mains des électeurs qui n'ont pas encore voté* équivaut à préjuger de l'analyse fondée sur l'article premier. Que le droit garanti par l'al. 2*b*) *de recevoir* ou de diffuser des informations politiques, ou les deux, soit ou non au cœur de la présente affaire, il n'est pas du tout certain que ce droit puisse avoir une valeur supérieure au principe opposé, selon lequel aucun électeur ne devrait avoir un accès général aux informations sur les résultats électoraux dont ne disposent pas les autres électeurs. Rappelons ce que nous avons souligné au sujet des restrictions imposées aux dépenses référendaires dans *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 61 :

> Ainsi, bien que les dispositions contestées restreignent d'une certaine façon l'une des formes les plus fondamentales d'expression, soit l'expression politique, une certaine déférence doit être accordée au législateur pour lui permettre d'arbitrer entre les valeurs démocratiques que constituent la liberté d'expression et l'équité référendaire. Cette dernière se rattache en effet aux valeurs mêmes que cherche à protéger la *Charte* canadienne, en particulier l'égalité politique des citoyens qui est au cœur d'une société libre et démocratique. [Je souligne.]

Cela vaut également pour les restrictions en l'espèce.

5. Summary on Contextual Factors

28 In *Harper*, I referred to the contextual factors as favouring a "deferential approach to Parliament": see para. 88. However, in my view the concept of deference is in this context best understood as being about "the nature and sufficiency of the evidence required for the Attorney General to demonstrate that the limits imposed on freedom of expression are reasonable and justifiable in a free and democratic society": *Harper*, at para. 75 (emphasis added). What is referred to in *Harper* and *Thomson Newspapers* as a "deferential approach" is best seen as an approach which accepts that traditional forms of evidence (or ideas about their sufficiency) may be unavailable in a given case and that to require such evidence in those circumstances would be inappropriate.

29 As Professor Choudhry aptly notes, at p. 524 of his paper:

> Public policy is often based on approximations and extrapolations from the available evidence, inferences from comparative data, and, on occasion, even educated guesses. Absent a large-scale policy experiment, this is all the evidence that is likely to be available. Justice La Forest offered an observation in [*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 304] which rings true: "[d]ecisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society".

I agree with this assessment. The contextual factors are essentially directed at determining to what extent the case before the court is a case where the evidence will rightly consist of "approximations and extrapolations" as opposed to more traditional forms of social science proof, and therefore to what extent arguments based on logic and reason will be accepted as a foundational part of the s. 1 case.

5. Le résumé des facteurs contextuels

Dans *Harper*, j'ai indiqué que les facteurs contextuels militent en faveur d'une « attitude empreinte de déférence envers le Parlement » : voir par. 88. Toutefois, j'estime que l'on comprend mieux le concept de déférence dans ce contexte en se reportant à « la nature et [au] caractère suffisant de la preuve que doit présenter le procureur général pour établir que les limites à la liberté d'expression sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique » : *Harper*, par. 75 (je souligne). Il est préférable de considérer « l'attitude empreinte de déférence » dont il est question dans *Harper* et *Thomson Newspapers* comme étant une attitude qui reconnaît que, dans certaines affaires, les formes de preuve (ou idées concernant leur caractère suffisant) traditionnelles peuvent ne pas être disponibles et qu'il est inopportun d'exiger une telle preuve dans ces circonstances.

Voici ce qu'a souligné avec justesse le professeur Choudhry dans son article (p. 524) :

> [TRADUCTION] Les politiques gouvernementales sont souvent élaborées à partir d'approximations et d'extrapolations découlant de la preuve disponible, d'inférences tirées de données comparatives et même, à l'occasion, d'hypothèses émises en connaissance de cause. En l'absence de recherches politiques de grande envergure, cette preuve est vraisemblablement la seule dont on peut disposer. Dans [*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304-305], le juge La Forest a fait une observation très juste : « [d]ans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ».

Je partage cet avis. Les facteurs contextuels visent essentiellement à déterminer la mesure dans laquelle l'affaire dont le tribunal est saisi justifie une preuve consistant en des « approximations et extrapolations », par opposition à des formes plus traditionnelles de preuve relevant des sciences sociales et, par conséquent, la mesure dans laquelle les arguments fondés sur la logique et la raison peuvent être considérés comme une partie essentielle de la preuve fondée sur l'article premier.

Turning to a weighing of the factors in this case, I note that vulnerability does not play a major part in the analysis, but in light of the fact that prevention of Canadians' subjective fears and apprehension of harm is a goal of s. 329, evidence of those subjective fears must be taken as important. While political expression is undoubtedly important, the right at issue is the putative right to receive election results before the polls close; restricting access to such information before polls close carries less weight than after they close. Furthermore, it has not been established that a right to such information, which is at the periphery of the s. 2(*b*) guarantee, has been breached. In my view, that is the very question at issue.

B. *The Section 1 Analysis*

The s. 329 limit is clearly a limit prescribed by law; this was not disputed before us. I turn now to a consideration of the *Oakes* factors.

1. Pressing and Substantial Objective

The law is clear that the first stage of the s. 1 analysis is not an evidentiary contest. As my colleagues recognized in *Harper*, "the proper question at this stage of the analysis is whether the Attorney General *has asserted* a pressing and substantial objective": *Harper*, at para. 25, *per* McLachlin C.J. and Major J. (emphasis in original). McLachlin C.J. and Major J. went on to note that "[a] theoretical objective asserted as pressing and substantial is sufficient for purposes of the s. 1 justification analysis": see para. 26. They based this assumption on several cases decided by this Court. A brief review of those cases is instructive at this point.

In *Thomson Newspapers*, the Court accepted as "clearly pressing and substantial" the goals of s. 322.1 of the *Canada Elections Act* on the basis that they were "directed to the realisation of the important collective goal of safeguarding the integrity of

30 En ce qui concerne la pondération des facteurs en l'espèce, je souligne que la vulnérabilité ne joue pas un rôle majeur dans l'analyse. Toutefois, comme l'art. 329 vise à épargner aux Canadiens les craintes subjectives et l'appréhension du préjudice, la preuve de ces craintes subjectives est importante. Certes, on ne saurait douter de l'importance de l'expression politique, mais le droit en cause est le droit présumé de recevoir des résultats électoraux avant la fermeture des bureaux de scrutin; la restriction de l'accès à ces informations avant la fermeture de ces bureaux a moins de poids qu'après leur fermeture. De plus, il n'a pas été établi qu'il y a eu atteinte au droit à de telles informations — lequel se situe à la limite des droits garantis par l'al. 2*b*). À mon avis, c'est précisément la question qui se pose.

B. *L'analyse fondée sur l'article premier*

31 La limite prévue à l'art. 329 est manifestement prescrite par une règle de droit; il n'y a pas eu de contestation à cet égard devant nous. J'examine maintenant les facteurs énoncés dans *Oakes*.

1. L'objectif urgent et réel

32 Il est clairement établi en droit que la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier n'est pas un concours de preuve. Comme l'ont reconnu mes collègues dans *Harper*, « la bonne question à cette étape de l'analyse consiste plutôt à décider si le procureur général *a invoqué* un objectif urgent et réel » : *Harper*, par. 25, motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Major (souligné dans l'original). La Juge en chef et le juge Major ont ensuite fait remarquer qu'« [u]n objectif théorique présenté comme urgent et réel suffit pour les besoins de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier » : voir par. 26. Ils se sont fondés sur plusieurs arrêts de la Cour pour faire cette affirmation. Un bref examen de cette jurisprudence est instructif à la présente étape.

33 Dans *Thomson Newspapers*, la Cour a reconnu que les objectifs visés par l'art. 322.1 de la Loi étaient « clairement urgent[s] et réel[s] » parce qu'ils « tend[ent] à la réalisation d'un but collectif important — savoir la sauvegarde de l'intégrité du

the electoral process" (para. 38 (emphasis added)). In *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, this Court held that maintaining and enhancing the integrity of the electoral process was without doubt "always of pressing and substantial concern in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society" (para. 38 (emphasis added)). In *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, Iacobucci J. (for the majority on the s. 1 issue) based his analysis on "the fundamental importance of the legislative objective as stated" (p. 259). Similarly, the Court in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, accepted the asserted objectives as valid on the basis that they were "admirable aim[s]" (p. 281). Finally, in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, this Court accepted that protection of individual privacy was a pressing and substantial objective on the basis that our society has "cherished and given protection to" it, and on the basis of the Court's own previous statements regarding the importance of privacy: see pp. 1343-45.

34 In each of these cases the Court recognized that some objectives, once asserted, can be simply accepted by the Court as *always* pressing and substantial in any society that purports to operate in accordance with the tenets of a free and democratic society.

35 The Attorney General claims that informational equality is a fundamental principle of electoral democracy, as does its expert witness Dr. MacDermid. It is a centrally important element of the concept of electoral fairness, and one which this Court has held to be "a laudable objective that will necessarily involve certain restrictions on freedom of expression", and "a pressing and substantial objective in our liberal democracy, even in the absence of evidence that past elections have been unfair": see *Libman*, at para. 84 (emphasis deleted), and *Harper*, at para. 26 (*per* McLachlin C.J. and Major J.). I accept that it is pressing and substantial on the basis of logic and reason applied to the evidence brought by the Attorney General.

processus électoral » (par. 38 (je souligne)). Dans *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, la Cour a statué que le but de maintenir et de renforcer l'intégrité du processus électoral est sans aucun doute « toujours une préoccupation urgente et réelle de toute société qui prétend suivre les préceptes d'une société libre et démocratique » (par. 38 (je souligne)). Dans *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, le juge Iacobucci (au nom de la majorité pour la question traitant de l'article premier) a fondé son analyse sur « l'importance fondamentale de l'objectif du législateur » (p. 259). De même, dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, la Cour a reconnu la validité des objectifs invoqués parce qu'il s'agissait d'« objectif[s] admirable[s] » (p. 281). Enfin, dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, se fondant sur le fait que notre société « valorise la vie privée et lui accorde protection » et sur ses déclarations antérieures concernant l'importance de la vie privée, la Cour a reconnu que la protection de la vie privée des particuliers constitue un objectif urgent et réel : voir p. 1343-1345.

Dans chacun de ces arrêts, la Cour a reconnu qu'elle peut simplement considérer que certains objectifs, dès lors qu'ils sont invoqués, constituent *toujours* des préoccupations urgentes et réelles de toute société qui vise à suivre les préceptes d'une société libre et démocratique.

Le procureur général soutient, tout comme son témoin expert le professeur MacDermid, que l'égalité informationnelle est un principe fondamental de la démocratie électorale. C'est un élément central du concept d'équité électorale, et la Cour a jugé qu'il s'agissait d'« un objectif louable qui impliquera nécessairement certaines restrictions à la liberté d'expression » et d'« un objectif urgent et réel dans notre démocratie libérale, même en l'absence de preuve montrant que les élections antérieures ont été inéquitables » : voir *Libman*, par. 84 (soulignement supprimé), et *Harper*, par. 26 (motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Major). Je reconnais qu'il est urgent et réel du fait de la logique et la raison applicable à la preuve présentée par le procureur général.

As well, the Lortie Report suggests that Canadians "feel very strongly about premature release of election results" in general, and not just because the outcome of the election might be known in the West before voting closes there (vol. 2, at p. 84). Moreover, in some elections, such as the one which took place in 1993, the outcome was in fact seen to be predictable on the basis of Atlantic results alone. Public confidence, as I have mentioned, is a complicated phenomenon which cannot easily be linked to any single cause, but the link between confidence and information imbalances is clear.

Most importantly, at this stage of the *Oakes* analysis, the inquiry is still into whether or not a pressing and substantial objective has been *asserted* by the Attorney General. In *Harper*, the Court accepted that maintenance of public confidence in the electoral system was a pressing and substantial objective:

> Maintaining confidence in the electoral process is essential to preserve the integrity of the electoral system which is the cornerstone of Canadian democracy. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, Dickson C.J. concluded that faith in social and political institutions, which enhance the participation of individuals and groups in society, is of central importance in a free and democratic society. If Canadians lack confidence in the electoral system, they will be discouraged from participating in a meaningful way in the electoral process. More importantly, they will lack faith in their elected representatives. Confidence in the electoral process is, therefore, a pressing and substantial objective. [para. 103]

I see no reason to resile from that position. I therefore accept the objective of the provision as pressing and substantial.

2. Proportionality

The inquiry into proportionality which consists in the final three stages of the *Oakes* test requires the Attorney General to provide more than the assertions which were acceptable at the first stage. Instead, the inquiry is led into questions of causation and may require more in the way of proof.

Par ailleurs, le rapport Lortie affirme que les Canadiens en général « sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats », et ce n'est pas uniquement parce que les électeurs de l'Ouest du pays peuvent connaître l'issue des élections avant la fermeture de leurs bureaux de scrutin (vol. 2, p. 90). En outre, lors de certaines élections (comme celle de 1993), il a semblé possible de prédire l'issue uniquement d'après les résultats pour la région de l'Atlantique. La confiance du public, comme je l'ai mentionné, est un phénomène complexe qui ne saurait facilement se rattacher à une seule cause, mais le lien entre la confiance et le déséquilibre informationnel est clair. 36

Chose très importante : à cette étape de l'analyse fondée sur l'arrêt *Oakes*, il faut encore se demander si le procureur général a *invoqué* un objectif urgent et réel. Dans *Harper*, la Cour a reconnu que le maintien de la confiance du public dans le système électoral constitue un objectif urgent et réel : 37

> Le maintien de la confiance dans le processus électoral est essentiel pour préserver l'intégrité du système électoral, qui est la pierre angulaire de la démocratie au Canada. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, le juge en chef Dickson a conclu que la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société revêt une importance capitale dans une société libre et démocratique. Si les Canadiens ne croient pas en leur système électoral, ils seront dissuadés de participer utilement au processus électoral. Facteur plus important encore, ils ne feront plus confiance aux députés qu'ils ont élus. La confiance dans le processus électoral constitue donc un objectif urgent et réel. [par. 103]

Je ne vois aucune raison de revenir sur cette position. C'est pourquoi je reconnais que les objectifs des dispositions en cause sont urgents et réels.

2. La proportionnalité

L'examen de la proportionnalité, lequel comporte les trois dernières étapes du critère *Oakes*, exige du procureur général davantage que le simple énoncé des objectifs jugés acceptables à la première étape. L'examen est plutôt orienté vers des questions de causalité et peut rehausser l'exigence de preuve. 38

(a) *Rational Connection*

39 The rational connection stage of the test requires the Attorney General to "show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic": see *RJR-MacDonald*, at para. 153, and *Harper*, at para. 104. It is clear that logic and reason may play a large role in establishing such a causal connection. Such a connection is "often a difficult matter to establish by evidence, and the Supreme Court of Canada has not always insisted on direct proof of the causal relationship": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 35-31, cited with approval in *Thomson Newspapers*, at para. 39.

40 In this case, the causal connection is eminently clear: allowing some voters to access the results of voting in other districts would patently violate the objective. The suggestion that such information could be available to voters in spite of the ban, through private communications, does not detract from this conclusion, for at least three reasons. First, at least 75 percent of Canadians surveyed for the Decima Research/Carleton University Poll mentioned above said that they would be unlikely or not at all likely to seek out such information in spite of the ban. Second, perfect enforcement is not a requirement of a law's validity: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at paras. 177-78. Finally, such an argument ignores the fundamental qualitative difference between, on the one hand, a small number (less than 25 percent) of voters seeking out information privately, and, on the other hand, a national broadcast of election results from Atlantic Canada which would be difficult to ignore for those who did not wish to see it, and would tend to cause a much more significant violation of the principle of information equality.

41 The Attorney General has provided some evidence that public confidence depends on a perception that all Canadians have equal access to information before voting, and thus on the

a) *Le lien rationnel*

L'étape qui consiste à déterminer l'existence d'un lien rationnel commande au procureur général d'« établir un lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l'avantage recherché » : voir *RJR-MacDonald*, par. 153, et *Harper*, par. 104. Il est évident que la logique et la raison peuvent jouer un rôle important dans l'établissement de ce lien causal. Celui-ci est [TRADUCTION] « souvent difficile à établir en preuve, et la Cour suprême du Canada n'a pas toujours insisté pour qu'on en fasse la preuve directe » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 35-31, cité avec approbation dans *Thomson Newspapers*, par. 39.

En l'espèce, le lien causal est éminemment clair : donner à certains électeurs l'accès aux résultats électoraux pour d'autres circonscriptions irait manifestement à l'encontre de l'objectif. Affirmer que les électeurs peuvent, malgré l'interdiction, obtenir ces informations par des communications privées ne change rien à cette conclusion, et ce, pour au moins trois raisons. Premièrement, au moins 75 pour 100 des Canadiens interrogés dans le cadre du sondage Décima mentionné précédemment ont indiqué qu'ils ne chercheraient probablement pas ou absolument pas à obtenir ces informations malgré l'interdiction. Deuxièmement, le parfait respect de la loi n'est pas une condition essentielle à la validité de la mesure législative : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 177-178. Enfin, cet argument ne tient pas compte de la différence qualitative fondamentale entre, d'une part, le petit nombre d'électeurs (moins de 25 pour 100) qui cherchent en privé à obtenir des informations et, d'autre part, la diffusion, à l'échelle nationale, des résultats électoraux pour la région de l'Atlantique dont pourraient difficilement faire abstraction ceux qui ne veulent pas en prendre connaissance et qui entraînerait une atteinte beaucoup plus considérable au principe de l'égalité informationnelle.

Le procureur général a fourni des éléments de preuve établissant que la confiance du public repose sur la perception que tous les Canadiens ont un accès égal aux informations avant d'aller voter et, donc,

presence of the s. 329 ban. This evidence includes the Lortie Report, which found that "Canadians feel very strongly about premature release of election results" (vol. 2, at p. 84), and the Decima Research/Carleton University Poll, which found that 70 percent of those surveyed believed in the principle of informational equality, suggesting that a failure to adhere to this principle would harm their view of the electoral system. Clearly this evidence is not conclusive, but the Attorney General is not required to demonstrate an "empirical connection" between the objective and the provision: *Harper*, at para. 104. Logic and reason, combined with the evidence that is available, establish that s. 329 is rationally connected to maintaining public confidence in the electoral system.

sur l'existence de l'interdiction prévue à l'art. 329. La preuve comporte notamment le rapport Lortie, d'après lequel « les Canadiens et Canadiennes sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats [électoraux] » (vol. 2, p. 90), et le sondage Décima, selon lequel 70 pour 100 des personnes interrogées croient au principe de l'égalité informationnelle, ce qui tend à indiquer que le non-respect de ce principe bousculerait leur opinion à l'égard du système électoral. Il ne s'agit manifestement pas d'une preuve concluante, mais le procureur général n'est pas tenu d'établir un « lien empirique » entre l'objectif et la disposition : *Harper*, par. 104. La logique et la raison, combinées avec la preuve disponible, permettent d'établir qu'il existe un lien rationnel entre l'art. 329 et le maintien de la confiance du public dans le système électoral.

(b) *Minimal Impairment*

b) *L'atteinte minimale*

The standard for this stage of the analysis is still best encapsulated by the well-known passage from *RJR-MacDonald*, at para. 160:

Le passage bien connu de *RJR-MacDonald*, par. 160, est toujours celui qui résume le mieux la norme à suivre à cette étape de l'analyse : 42

> The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . .

> La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation . . .

Of course, as this Court unanimously recognized in *Harper*, the minimal impairment analysis may be the stage of the *Oakes* test in which context is most important: see paras. 33 and 110.

Naturellement, comme l'a reconnu à l'unanimité la Cour dans *Harper*, l'analyse de l'atteinte minimale est sans doute l'étape du critère *Oakes* où le contexte est particulièrement important : voir par. 33 et 110.

In *Harper*, I suggested at para. 111 that "the contextual factors indicate that the Court should afford deference to the balance Parliament has struck between political expression and meaningful participation in the electoral process". As noted above, deference in this context does not mean that Parliament's decisions will be approved by this Court without scrutiny; rather, the contextual

Dans *Harper*, j'ai affirmé qu'« il ressort des facteurs contextuels que la Cour doit témoigner de la déférence à l'égard de l'équilibre établi par le Parlement entre l'expression politique et la participation utile au processus électoral » (par. 111). Or, je le répète, la déférence dans ce contexte ne signifie pas que la Cour accepte les décisions du Parlement sans examiner attentivement la preuve; 43

approach to s. 1 suggests that in some cases logic and reason will constitute appropriate supplements to what evidence there is.

44 The most important evidence at this stage of the analysis is the Lortie Report and its recommendations. As noted above, the Lortie Report contained clear support for the proposition that information imbalances were considered problematic by Canadians:

> Our research indicated that Canadians feel very strongly about premature release of election results and favour changes in voting hours to eliminate the problem. [Emphasis added; vol. 2, at p. 84.]

45 The Lortie Report, therefore, supports the proposition that maintaining public confidence in the electoral system requires some method of restraining publication of election results until most or all Canadians have voted. The proposition that one effective way of achieving this objective is the staggered voting hours system (which was instituted by Parliament, even though it differs from the recommendation of the Lortie Report) is part of the Lortie Report's recommendations. The Commission itself considered alternative recommendations, its goal being to prevent the release of election results before the close of polls. It looked at uniform voting hours throughout the country, delaying the vote count and extending the voting period to two days, but found these possibilities to be "too disruptive for voters or election workers" (vol. 2, at p. 85). The Commission settled on partially staggered hours. In proposing this compromise solution, it concluded that "the release of some election results before polls close in the West — specifically, results from the 32 seats in Atlantic Canada — would not constitute a major problem so long as other results from eastern Canada were not available until after the polls closed in the West" (p. 85). Parliament debated the alternatives, the advantages and disadvantages of various approaches to the problem; it then devised its own solution.

l'interprétation contextuelle de l'article premier tend plutôt à démontrer que, dans certains cas, la logique et la raison suffisent pour compléter la preuve.

Le rapport Lortie et ses recommandations constituent la preuve la plus importante à cette étape de l'analyse. Comme je l'ai fait observer précédemment, le rapport Lortie appuie clairement la thèse selon laquelle les Canadiens considèrent que les déséquilibres informationnels posent des problèmes :

> D'après nos études, les Canadiens et Canadiennes sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats et souhaitent que ce problème soit résolu en modifiant les heures du scrutin. [Je souligne; vol. 2, p. 90.]

Il appuie donc l'argument qu'il faut prendre des mesures visant à retenir la publication des résultats électoraux jusqu'à ce que tous ou presque tous les Canadiens aient voté, si l'on veut que le public continue d'avoir confiance dans le système électoral. La thèse que l'un des moyens efficaces d'atteindre cet objectif est de décaler les heures de scrutin (mesure qui a été adoptée par le Parlement, mais qui diffère de la recommandation du rapport Lortie) fait partie des recommandations du rapport Lortie. La Commission elle-même a examiné d'autres recommandations, son objectif étant d'empêcher la diffusion des résultats électoraux avant la fermeture des bureaux de scrutin. Elle a examiné plusieurs possibilités, par exemple, uniformiser les heures de scrutin dans tout le pays, retarder le dépouillement du scrutin et étaler la période du scrutin sur deux jours, mais a jugé qu'elles perturberaient trop l'électorat et le personnel électoral (vol. 2, p. 91). Elle a plutôt recommandé un décalage partiel des heures de scrutin. En proposant cette solution de compromis, elle a conclu que « la divulgation de quelques résultats — en l'occurrence ceux des 32 sièges des provinces de l'Atlantique — serait acceptable, à condition que les autres résultats de l'Est ne soient rendus publics qu'après la clôture du scrutin dans l'Ouest » (p. 91). Le Parlement a débattu les options, les avantages et inconvénients des diverses façons d'aborder le problème; il a ensuite mis au point sa propre solution.

Public confidence in the electoral system is dependent not only on the belief of Canadians that the election is fair in that the premature availability of returns does not affect the *outcome* of the election, but also on the belief in that the principle of information equality is upheld. The Attorney General's expert spoke of outcomes in this fashion: "[F]or there to be an effect on people, to depress turnout, there must be some knowledge of a different outcome for the election than they expected." He had also suggested that a media call was required to affect voter behaviour, but explained on re-examination that voters might well draw the same conclusion on their own. Similarly, the Lortie Report concluded that "the basic problem is ensuring that voters in western Canada do not know who will form the government before the polls close there" (vol. 2, at p. 85). This is not to say that Canadians will consider that the process is seen as perfectly fair unless the early release of electoral results in Eastern Canada is such that Western voters are convinced that the outcome of the election is all but certain.

46 La confiance du public dans le système électoral repose non seulement sur la croyance des Canadiens que les élections sont justes, à savoir que la diffusion prématurée n'a aucune incidence sur l'*issue* de l'élection, mais également sur la croyance que le principe de l'égalité informationnelle est respecté. L'expert du procureur général a parlé des conséquences en ces termes : [TRADUCTION] « [P]our qu'il y ait un effet sur la population, par exemple une chute du taux de participation, il faut que les gens en viennent à se dire que l'issue des élections est différente de celle qu'ils avaient escomptée. » Il a aussi indiqué que l'effet sur le comportement des électeurs nécessite les prédictions des médias, mais il a expliqué en réinterrogatoire qu'il se peut bien que les électeurs tirent la même conclusion d'eux-mêmes. Par ailleurs, le rapport Lortie a conclu que « [l]'objectif fondamental [. . .] est de veiller à ce que les électeurs et électrices des provinces de l'Ouest ne sachent pas avant la fermeture de leurs bureaux de vote qui formera le prochain gouvernement » (vol. 2, p. 91). Cela ne veut pas dire que, selon les Canadiens, le processus semble parfaitement équitable sauf si la divulgation prématurée des résultats électoraux pour l'Est du Canada est telle que les électeurs de l'Ouest du pays sont convaincus que l'issue des élections est pour ainsi dire connue.

Public confidence depends on several factors. The staggered hours solution addresses imperfectly, as noted, one of these factors — the "basic problem" of Western voters knowing who will form the government — but does not address the impact on confidence of the public in light of its knowledge that the principle of information equality is not being respected. Thus, staggered hours, even if more extensive, as proposed in the Lortie Report, cannot alone perfectly address the problem of voter confidence. Informational imbalance remains if s. 329 of the Act is not retained. Restricting all publication of Atlantic results for a very short period is thus a reasonable way of trying to protect that public confidence, as agreed by Parliamentarians themselves. Parliament considered the alternative options proposed in the Lortie Report and determined the s. 329 scheme to be the most effective

47 La confiance du public est fonction de plusieurs facteurs. La solution du décalage des heures de scrutin satisfait, quoique de manière imparfaite, à l'un de ces facteurs — l'« objectif fondamental » de veiller à ce que les électeurs des provinces de l'Ouest ne sachent pas qui formera le prochain gouvernement —, mais ne remédie pas à la perte de confiance du public, car celui-ci sait que le principe de l'égalité informationnelle n'est pas respecté. C'est pourquoi le décalage des heures de scrutin, même plus grand, comme le propose le rapport Lortie, ne peut à lui seul résoudre parfaitement le problème de la confiance des électeurs. Le déséquilibre informationnel demeure si l'on ne maintient pas l'art. 329 de la Loi. Restreindre la publication des résultats pour la région de l'Atlantique pendant une très courte période constitue ainsi une tentative raisonnable de protéger cette confiance du public,

and least intrusive; there is sufficient evidence in the particular context of this case showing that the policy choice of Parliament is a rational and justifiable solution to the problem of informational imbalance.

comme l'ont eux-mêmes convenu les parlementaires. Le Parlement a examiné les autres options proposées dans le rapport Lortie et a déterminé que le régime établi par l'art. 329 est le plus efficace et le moins attentatoire; dans le contexte de l'espèce, il y a suffisamment d'éléments de preuve indiquant que le choix de principe du Parlement est une solution rationnelle et justifiable au problème du déséquilibre informationnel.

(c) *Salutary and Deleterious Effects*

c) *Les effets bénéfiques et préjudiciables*

48 The final stage of the *Oakes* analysis requires a balancing between the salutary and deleterious effects of the legislation. At this stage, it is important to note that it is inappropriate to require a greater standard of proof for the existence of the salutary effects of the legislation than for the deleterious effects.

La dernière étape de l'analyse fondée sur *Oakes* exige la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la mesure législative. Il importe à cette étape-ci de souligner que les effets bénéfiques ne commandent pas une norme de preuve plus élevée que celle des effets préjudiciables.

49 The salutary effects of s. 329 are clear. Of primary importance is the fact that s. 329 maintains the integrity of the principle of informational equality, and is the only *effective* legislative response available to Parliament to address that objective. Fully staggered hours were found to be unrealistic; the more extensive staggering proposed by the Lortie Commission was found to be inappropriate after a full review of the matter before a Parliamentary committee. Secondarily, logic and reason suggest that, given that 70 percent of Canadians believe in the importance of informational equality in elections, s. 329 contributes to the maintenance of public confidence in the electoral system. These salutary effects are real, not merely potential, as was the case in *Thomson Newspapers* (see para. 94). The effect of the s. 329 ban is to actually protect the principle of informational equality, and to actually maintain public confidence in the electoral system. In addition, it is certainly plausible that s. 329 has the effect of preventing some voters from actually relying on prematurely released results and thus changing voting patterns in undesirable ways: the Attorney General's expert suggested from one to five percent of voters could decide not to vote at all based on these results.

Les effets bénéfiques de l'art. 329 sont clairs. Est d'une importance capitale le fait que l'art. 329 préserve l'intégrité du principe de l'égalité informationnelle et qu'il est le seul moyen *efficace* dont le législateur dispose pour atteindre cet objectif. On a jugé irréaliste le décalage total des heures de scrutin; on n'a pas retenu le décalage plus grand proposé par la Commission Lortie, après examen approfondi de la question devant un comité parlementaire. De façon secondaire, la logique et la raison tendent à indiquer que l'art. 329 contribue à maintenir la confiance du public dans le système électoral, car 70 pour 100 des Canadiens estiment que l'égalité informationnelle joue un rôle important dans les élections. Ces effets bénéfiques sont réels, non une simple possibilité, comme c'est le cas dans *Thomson Newspapers* (voir par. 94). L'interdiction prévue à l'art. 329 a vraiment pour effet de protéger le principe de l'égalité informationnelle et de maintenir la confiance du public dans le système électoral. En outre, il est certainement possible que l'art. 329 a pour effet d'empêcher certains électeurs de se fier à des résultats divulgués de façon prématurée et, de ce fait, d'empêcher un changement indésirable des habitudes de vote : selon le témoin expert du procureur général, 1 à 5 pour 100 des électeurs pourraient décider de ne pas voter en apprenant ces résultats.

Finally, s. 329 contributes in a positive way to the fairness and reputation of the electoral system as a whole, a pillar of the Canadian democracy. *Harper* established that s. 350 of the *Canada Elections Act* constitutionally limits third party election advertising spending to promote electoral fairness. Moreover, electoral fairness takes on a special degree of importance on election day. The *Canada Elections Act* bans the publication of election day polls (s. 328), including exit polls, and bans the transmission of election advertising on polling day before the closing of all the polling stations in the electoral district (s. 323). The s. 329 ban of premature disclosure of election results illustrates Parliament's consistent efforts to particularly promote electoral fairness and minimize information imbalances on election day, an objective that is supported by the public at large (Decima Research/ Carleton University Poll). In my view, lifting the publication ban clearly impacts detrimentally on the pressing and substantial objective accepted in *Harper*, that of informational equality. I would therefore question the proportionality analysis of Abella J. because she ignores the stated objective she has herself accepted and seems to ignore yet again the contextual and deferential approach contemplated in the recent jurisprudence of this Court, with which she has agreed. To advance that Canadians have the right to know the election results as soon as possible (reasons of Abella J., at para. 129) begs the question. The issue is whether the immediate publication of results is mandated, whether such a right trumps any other right or goal in light of the nature and quality of the information and its importance in the electoral context.

Enfin, l'art. 329 contribue de manière positive à l'équité et à la bonne réputation du système électoral dans son ensemble, pilier de notre démocratie canadienne. L'arrêt *Harper* a établi que l'art. 350 de la Loi limite, sur le plan constitutionnel, les dépenses de publicité électorale des tiers afin de favoriser l'équité électorale. Par ailleurs, l'équité électorale revêt une importance particulière le jour du scrutin. La Loi interdit la publication des résultats d'un sondage électoral le jour du scrutin (art. 328), y compris les sondages à la sortie des urnes, ainsi que la diffusion de la publicité électorale dans une circonscription le jour du scrutin, avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin de celle-ci (art. 323). L'interdiction de diffuser prématurément les résultats électoraux prévue à l'art. 329 illustre les efforts soutenus que déploie le Parlement en particulier pour favoriser l'équité électorale et minimiser les déséquilibres informationnels le jour du scrutin, objectif qui a la faveur du grand public (sondage Décima). J'estime que la levée de l'interdiction de publication compromettrait sérieusement la réalisation de l'objectif urgent et réel reconnu dans *Harper*, à savoir celui de l'égalité informationnelle. Je ne souscris donc pas à l'analyse de la proportionnalité que propose la juge Abella parce qu'elle ne prend pas en considération l'objectif déclaré — qu'elle a elle-même reconnu —, et semble ne pas tenir compte, là encore, de l'analyse contextuelle et de l'attitude de déférence adoptées dans la jurisprudence récente de la Cour, qu'elle a par ailleurs approuvées. Affirmer que les Canadiens ont le droit de connaître les résultats des élections le plus tôt possible (motifs de la juge Abella, par. 129) élude la question. Il faut se demander si la publication immédiate des résultats est justifiée, si ce droit l'emporte sur un autre droit ou objectif compte tenu de la nature et de la qualité de l'information ainsi que de son importance dans le contexte électoral. 50

Regarding the existence of the deleterious effects of s. 329, there is no evidence of harm to the electoral process or to the general right of Canadians to be informed that is of a quality or character manifestly superior to the evidence of the existence of salutary effects in promoting electoral fairness. The s. 329 ban is only operative for a matter of two

Pour ce qui est de l'existence des effets préjudiciables de l'art. 329, la preuve concernant le préjudice causé au processus électoral ou l'atteinte au droit général des Canadiens d'être informés n'est pas de qualité ou nature manifestement supérieure par rapport à la preuve que la promotion de l'équité électorale comporte des effets bénéfiques. 51

to three hours, and only on election day; it is only the late voters in fact that will be affected. The magnitude of the ban, it must be noted, is extremely small. The nature of the information has already been discussed. The submission of the media interveners that the ban may be ineffective and that it is very inconvenient for them (as it requires them to modify their broadcasting practices) cannot be allowed to override as important a goal as the protection of Canada's electoral democracy.

52 Thus the salutary effects of s. 329 outweigh the deleterious effects.

IV. Conclusion

53 Section 329, by virtue of its objective of ensuring informational equality among voters, is a reasonable limit on s. 2(*b*) of the *Charter*. I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

54 Parliament has adopted two measures that together aim to ensure, insofar as reasonably possible, that electors across the country will cast their ballots without knowing how others have voted before them.

55 First, the voting hours have been staggered to reduce the impact of the way the world turns — and the resulting division of Canada into six separate time zones; second, election results anywhere in Canada cannot be published in an electoral district in which the polls have not yet closed.

56 This appeal concerns the second of these complementary measures, which necessarily delays for

L'interdiction prévue à l'art. 329 ne porte que sur deux ou trois heures, et uniquement le jour du scrutin; ce sont en fait seulement les électeurs tardifs qui seront touchés. L'interdiction, notons-le, a une portée extrêmement faible. Nous avons déjà parlé de la nature de l'information. La prétention des médias qui sont intervenus en l'espèce, selon laquelle l'interdiction peut être inutile et leur cause de nombreux inconvénients (ils sont obligés de modifier leurs pratiques de diffusion), ne saurait l'emporter sur un objectif aussi important que la protection de notre démocratie électorale canadienne.

Les effets bénéfiques de l'art. 329 l'emportent donc sur ses effets préjudiciables.

IV. Conclusion

L'article 329, en raison de son objectif de veiller à ce que les électeurs jouissent de l'égalité informationnelle, constitue une limite raisonnable à la liberté garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

Le législateur fédéral a adopté deux mesures qui, ensemble, visent à faire en sorte, autant que faire se peut, que les électeurs d'une région donnée du pays puissent voter sans savoir pour qui ont voté les électeurs des autres régions qui sont allés aux urnes avant eux.

Premièrement, les heures de scrutin ont été décalées pour réduire l'incidence du fait que la terre tourne — et qu'en conséquence le Canada est divisé en six fuseaux horaires; deuxièmement, il a été interdit de rendre publics, dans une circonscription où les bureaux de scrutin ne sont pas encore fermés, les résultats électoraux déjà connus de toute autre région du Canada.

Le présent pourvoi porte sur la deuxième de ces mesures complémentaires, laquelle a forcément

no more than three hours the publication of results in the Atlantic provinces. In Quebec, Ontario, the Prairie provinces, Alberta and a small part of British Columbia, publication of the results from the Maritime provinces is delayed by two hours. Elsewhere in British Columbia, the delay is two and a half hours. And in both instances, results from Newfoundland are delayed a half hour longer.

pour effet de retarder — mais pendant au plus trois heures — la publication des résultats électoraux dans les provinces de l'Atlantique. Au Québec, en Ontario, dans les provinces des Prairies, en Alberta et dans une petite partie de la Colombie-Britannique, la publication des résultats des provinces Maritimes est retardée de deux heures. Dans le reste de la Colombie-Britannique, le délai d'attente est de deux heures et demie. Et dans les deux cas, la publication des résultats électoraux de Terre-Neuve est retardée pendant une demi-heure supplémentaire.

It is conceded that this delay, though of short duration, limits the freedom of expression protected by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The decisive issue is whether this limit is constitutionally sanctioned by s. 1 of the *Charter*.

57 Il est admis que, bien qu'il soit de courte durée, le délai d'attente restreint la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La question décisive est de savoir si cette restriction est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

In addressing this issue, I find it important to bear in mind from the outset that we are dealing here with one element of a comprehensive electoral system that temporarily restricts various forms of expression, including exit polls and the ban on election day advertising upheld unanimously by the Court only recently in *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33. In this context, we must be particularly careful not to usurp Parliament's role in determining the rules of the electoral game most appropriate for Canada as a whole. And we must avoid any temptation driven by mere preference, even for objective reasons carefully explained, to tamper with those rules unless they run afoul of Canada's constitutional requirements.

58 Dans l'examen de cette question, j'estime important de rappeler d'entrée de jeu que nous sommes en présence d'un élément d'un système électoral global qui restreint temporairement diverses formes d'expression, notamment les sondages à la sortie des bureaux de scrutin et la publicité le jour du scrutin, mesure dont la Cour a unanimement confirmé la validité tout récemment dans l'arrêt *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33. Dans ce contexte, nous devons faire particulièrement attention de ne pas usurper le rôle du législateur dans l'établissement des règles du jeu électoral les plus appropriées pour l'ensemble du Canada. De plus, nous devons résister à toute tentation qui reposerait sur de simples préférences, même fondées sur des raisons objectives soigneusement expliquées, de toucher à ces règles, sauf si celles-ci violent les exigences de la Constitution du Canada.

For electoral arrangements of this kind, when Parliament prefers, the courts defer — except where the Constitution otherwise dictates. Judicial deference, however, should not be mistaken for diminished constitutional vigilance, still less for judicial approval or entrenchment. Our role is simply to decide whether Parliament's impugned preference passes constitutional muster. In finding that

59 Pour ce qui est des règles électorales de ce genre, lorsque le Parlement légifère suivant sa préférence, les tribunaux font alors montre de déférence — sauf prescription contraire de la Constitution. Toutefois, il ne faut pas assimiler cette déférence judiciaire à une vigilance constitutionnelle amoindrie, et encore moins à une approbation ou constitutionnalisation judiciaire. Notre rôle consiste simplement

it does here, I take care to add that Parliament can of course change its mind. Within constitutional bounds, policy preferences of this sort remain the prerogative of Parliament, not of the courts.

60 For the reasons already given and those that follow I would, like Justice Bastarache, dismiss the appeal.

II

61 Pursuant to s. 1 of the *Charter*, freedom of expression is subject in Canada only to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Two main criteria must be satisfied. First, no limitation of a *Charter* right can be saved by s. 1 unless its object relates to a pressing and substantial concern in a free and democratic society; second, the limitation must satisfy the proportionality requirements articulated in *Oakes* and refined in subsequent decisions of the Court (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103).

62 I agree with Justices Bastarache and Abella that the limit in issue here easily satisfies the first requirement. Its object is to avoid or, if that is not possible, to restrict the information imbalance that would otherwise result. Without the limit, voters in Central and Western Canada would have access before casting their ballots to election results in the Atlantic provinces, while voters in the Atlantic provinces would lack any information of the sort. In the government's view, this information imbalance would create an actual or, at the very least, a *perceived* element of unfairness in Canada's electoral system.

à décider si le choix qu'a privilégié le législateur et qui est contesté respecte les prescriptions de la Constitution. Quoique je conclue à la validité de ce choix en l'espèce, je prends bien soin d'ajouter que le Parlement peut évidemment changer d'avis. Dans la mesure où elles respectent les limites prévues par la Constitution, les décisions de politique générale de cette nature demeurent la prérogative du législateur, non des tribunaux.

Pour les motifs déjà exposés et pour ceux qui suivent, je suis plutôt d'avis, comme le juge Bastarache, de rejeter le pourvoi.

II

Aux termes de l'article premier de la *Charte*, au Canada, la liberté d'expression ne peut être restreinte « 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 ». Toute restriction doit satisfaire à deux critères principaux. Premièrement, la validité d'une restriction d'un droit garanti par la *Charte* ne peut être sauvegardée par l'article premier que si l'objet de cette restriction répond à une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique; deuxièmement, la restriction doit satisfaire aux exigences de proportionnalité que notre Cour a formulées dans l'arrêt *Oakes*, puis précisées dans des arrêts subséquents (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

À l'instar des juges Bastarache et Abella, je suis d'avis que la restriction en cause dans le présent pourvoi satisfait aisément au premier critère. Elle a pour objet d'éliminer ou à tout le moins, si la première solution n'est pas possible, d'atténuer le déséquilibre informationnel qui existerait en son absence. Sans cette restriction, les électeurs du Centre et de l'Ouest du Canada auraient accès, avant de voter, aux résultats électoraux des provinces de l'Atlantique alors que les électeurs de ces provinces ne disposeraient pas d'une telle information. Selon le gouvernement, ce déséquilibre informationnel crée dans le système électoral canadien une situation qui est injuste ou, du moins, *perçue* comme telle.

In turning to the second requirement — proportionality — I emphasize that we are dealing here with an important element of Canada's electoral system. Dictated in large measure by Canada's geography, the impugned provision forms part of the elaborate statutory scheme crafted by Parliament in response to the findings and recommendations of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing (the "Lortie Commission"), *Reforming Electoral Democracy* (1991).

The proportionality inquiry raises three questions. The first is whether there is a "rational connection" between the pressing and substantial concern asserted by the government and the limitation Parliament has adopted to meet it. Like my colleagues, I would without hesitation answer that question in the affirmative.

The second question is whether the limitation minimally impairs the affected *Charter* right. I recognize, of course, that the burden of justification under s. 1 of the *Charter* falls on the government and not on those whose rights are curtailed. This applies as much to the minimal impairment criterion as to the others. Nonetheless, I think it right to mention that those who would strike down the publication delay under attack here have not identified a reasonable and more minimalist alternative to the limitation, however imperfect, chosen by Parliament. Justice Abella finds it unnecessary to do so; Justice Bastarache, on the other hand, demonstrates in his careful treatment of the issue that we are concerned in this case with a limitation that satisfies the "minimal impairment" requirement of *Oakes*, and I find it unnecessary to add anything more to his reasons on this point.

This brings me to the third and final question on the proportionality branch of the matter. And that question is whether the deleterious effects of the limitation are outweighed by its salutary impact. In this regard, I emphasize that the limitation on freedom of expression in issue here involves no

63 Avant d'aborder le deuxième critère — la proportionnalité —, je tiens à souligner que nous traitons ici d'un élément important du système électoral canadien. Dictée dans une large mesure par la géographie du Canada, la disposition contestée fait partie du régime législatif complexe que le législateur a élaboré pour donner suite aux constatations et recommandations de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis (la « Commission Lortie »), *Pour une démocratie électorale renouvelée* (1991).

64 L'analyse de la proportionnalité soulève trois questions. La première est de savoir s'il existe un « lien rationnel » entre la préoccupation urgente et réelle invoquée par le gouvernement et la restriction adoptée par le législateur pour y remédier. Tout comme mes collègues, je réponds sans hésitation à cette question par l'affirmative.

65 La deuxième question consiste à se demander si la restriction porte le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte* qui est visé. Je reconnais, bien sûr, que c'est au gouvernement qu'il incombe de justifier l'atteinte au regard de l'article premier de la *Charte* et non à ceux dont les droits sont restreints. Cela vaut autant pour le critère de l'atteinte minimale que pour les autres critères. J'estime néanmoins opportun de signaler que ceux qui prônent l'annulation du délai d'attente avant la publication contesté en l'espèce n'ont pas proposé de solution de rechange raisonnable et moins attentatoire à la restriction, aussi imparfaite soit-elle, qu'a choisie le législateur. La juge Abella estime qu'il n'est pas nécessaire de le faire; le juge Bastarache, par contre, démontre dans sa méticuleuse analyse de la question, que nous sommes en présence d'une restriction qui satisfait à l'exigence de l'« atteinte minimale » de l'arrêt *Oakes*, et je ne considère pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit à ses motifs sur ce point.

66 Ce qui m'amène à la troisième et dernière question de l'analyse de la proportionnalité. Et cette question consiste à déterminer si l'effet bénéfique de la restriction l'emporte sur ses effets préjudiciables. À cet égard, je souligne que la restriction de la liberté d'expression en cause en

suppression of any information at all, but only a brief delay in its communication to voters who have not yet cast their ballots. If this delay has any bearing on the election result, then it is to that extent effective in addressing the information imbalance that is conceded to be a pressing and substantial concern; if it has no bearing on the result, it at least has the merit of addressing the perception of unfairness caused by the information imbalance alone.

67 The government asserts that the purpose of s. 329 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, is to avoid the harm of information imbalance and the attendant perception of unfairness in the electoral process. The scientific evidence led by the government in support of this assertion is, however, inconclusive on its own. And the government, I repeat, is bound when it invokes s. 1 of the *Charter*, as it does in this case, to *demonstrate* that Parliament's limitation of a constitutionally protected right or freedom *is justified in a free and democratic society such as ours*. Mere assertion will not suffice. The government must provide "a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 129).

68 In *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, and again in *Harper*, the Court recognized that "[t]he context of the impugned provision determines the type of proof that a court will require of the legislature to justify its measures under s. 1" (*Harper*, at para. 76). I agree with Justice Bastarache that the predominant contextual factor in this case is the nature of the harm and its inherent resistance to precise measurement. The justification invoked by the government must be assessed in this light.

69 Absent definitive scientific evidence of the harms asserted by the government in *Harper* and

l'espèce n'entraîne pas la suppression de quelque information que ce soit, mais seulement un court délai d'attente avant la communication de celle-ci aux électeurs qui n'ont pas encore voté. Si ce délai a quelque effet sur le résultat des élections, il contribue alors, dans la mesure de cet effet, à remédier au déséquilibre informationnel qui, reconnaît-on, constitue une préoccupation urgente et réelle; s'il n'a aucune incidence sur le résultat, il a au moins le mérite d'éliminer la perception d'injustice causée par ce seul déséquilibre informationnel.

Le gouvernement affirme que l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, a pour objet d'éviter le préjudice attribuable au déséquilibre informationnel et à la perception d'injustice du processus électoral qui découle de ce déséquilibre. La preuve scientifique présentée par le gouvernement à l'appui de cette affirmation n'est toutefois pas à elle seule concluante. Et, je le répète, lorsque le gouvernement invoque l'article premier de la *Charte*, comme il le fait en l'espèce, il se doit d'*établir* que *la justification* de la restriction par le législateur d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution *peut se démontrer dans une société libre et démocratique comme la nôtre*. Il ne lui suffit pas de l'affirmer. Le gouvernement doit faire « une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 129).

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, puis dans l'arrêt *Harper*, la Cour a reconnu que « [l]e contexte dans lequel s'inscrit la disposition contestée détermine le type de preuve que le tribunal requerra du législateur pour justifier ses mesures au regard de l'article premier » (*Harper*, par. 76). Tout comme le juge Bastarache, je suis d'avis que le facteur contextuel le plus important en l'espèce est la nature du préjudice, lequel s'oppose intrinsèquement à toute mesure précise de ses effets. La justification invoquée par le gouvernement doit être appréciée dans cette optique.

En l'absence de preuves scientifiques déterminantes de l'existence des préjudices invoqués

Thomson Newspapers, the Court in both cases considered it proper to rely on "logic, reason and some social science evidence in the course of the justification analysis" (*Harper*, at para. 78; to the same effect, *Thomson Newspapers*, at paras. 104-7). That approach is likewise appropriate here.

III

The Lortie Commission found that "Canadians feel very strongly about premature release of election results and favour changes in voting hours to eliminate the problem" (vol. 2, at p. 84). The Commission recognized that the problems associated with information imbalance were not limited to some voters knowing the results elsewhere before voting. As Justice Bastarache mentions, it considered various remedial alternatives including uniform voting hours throughout the country, delaying the vote count and extending the voting period to two days. These contemplated measures would have prevented all voters from obtaining any election results before the close of polls everywhere, but were found by the Commission to be "too disruptive for voters or election workers" (vol. 2, at p. 85). The Commission therefore recommended the adoption of partially staggered hours.

After due consideration, Parliament adopted instead a blended approach that supplemented the existing publication delay with partially staggered hours across different time zones. Both measures target the information imbalance between electoral districts, and the findings of the Lortie Commission provide a sound basis for concluding that this information imbalance is a real and significant harm.

According to a 2005 Decima Research/Carleton University Poll produced as fresh evidence, 70 percent of the Canadians surveyed "thought [that]

par le gouvernement dans *Harper* et *Thomson Newspapers*, la Cour a jugé bon, dans ces deux affaires, de faire appel « à la logique, à la raison et à certaines preuves relevant des sciences sociales dans le cours de l'analyse de la justification » (*Harper*, par. 78; dans le même sens, *Thomson Newspapers*, par. 104-107). Cette approche est tout aussi indiquée en l'espèce.

III

70 La Commission Lortie a conclu que « les Canadiens et Canadiennes sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats et souhaitent que ce problème soit résolu en modifiant les heures du scrutin » (vol. 2, p. 90). La Commission a reconnu que les problèmes liés au déséquilibre informationnel ne se limitaient pas au fait que certains électeurs connaissaient les résultats électoraux d'autres régions avant de se rendre eux-mêmes aux urnes. Comme le mentionne le juge Bastarache, la Commission a examiné diverses autres solutions en vue de corriger la situation : par exemple établir des heures de scrutin uniformes dans l'ensemble du pays, retarder le dépouillement du scrutin ou encore étaler le vote sur une période de deux jours. Ces mesures, qui auraient fait en sorte qu'aucun électeur n'aurait appris les résultats avant la fermeture des bureaux de scrutin partout au pays, ont toutefois été jugées par la Commission trop perturbatrices pour l'électorat et le personnel électoral (vol. 2, p. 91). Cette dernière a en conséquence recommandé l'adoption d'heures de scrutin partiellement décalées.

71 Après mûre réflexion, le législateur a plutôt retenu une solution mixte qui ajoutait au délai d'attente avant la publication existant un décalage partiel des heures dans les différents fuseaux horaires. Les deux mesures visent le déséquilibre informationnel entre les circonscriptions, et les constatations de la Commission Lortie constituent une assise solide permettant de conclure que ce déséquilibre crée un préjudice réel et important.

72 Suivant un sondage réalisé en 2005 par le Centre de recherche Décima/Université Carleton, qui a été présenté comme nouvel élément de preuve,

people should not be able to know election results from other provinces before their polls close". I agree with Justice Abella that this evidence would have been more persuasive had the context of staggered hours been explained. But the fact that a stronger case could have been made does not mean that *the case made* fails.

73 In short, the Decima poll stands as uncontradicted evidence that Canadians value the principle of information equality. And the Court has held that "[p]erception is of utmost importance in preserving and promoting the electoral regime in Canada" (*Harper*, at para. 82). Accordingly, the Decima evidence does have probative value and cannot be rejected or disregarded on the ground that it could have been more probative still.

74 The government also called an expert witness, Dr. Robert MacDermid, a professor of political science at York University. As Justice Bastarache notes, Dr. MacDermid characterizes information equality as "a central assumption of electoral democracy". Dr. MacDermid also testified that knowledge of early election results could have a negative impact on voter behaviour.

75 It is true that Dr. MacDermid, on cross-examination, appeared to concede that a media prediction (or "call") of the ultimate election outcome is a necessary condition for results elsewhere to affect the voting behaviour of those who have yet to cast their ballots. On re-examination, however, Dr. MacDermid later explained that voters might well draw their own conclusions in the absence of a formal media call, and that the effect could therefore prove to be the same.

76 Finally, Dr. MacDermid testified that if the publication delay were removed, broadcast

70 pour 100 des Canadiens interrogés « croient que personne ne devrait connaître les résultats des autres provinces avant la fermeture des bureaux de scrutin de [sa] circonscription ». Tout comme la juge Abella, je suis d'avis que cet élément de preuve aurait été plus convaincant si on avait expliqué le contexte des heures décalées. Mais le fait qu'un argument plus convaincant aurait pu être présenté ne signifie pas que *l'argument présenté* doit être rejeté.

Bref, le sondage réalisé par Décima demeure une preuve non contredite attestant que les Canadiens accordent de l'importance au principe de l'égalité informationnelle. De plus, la Cour a jugé que « [l]a perception du public est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit de préserver et de soutenir le régime électoral au Canada » (*Harper*, par. 82). En conséquence, la preuve Décima possède une valeur probante et on ne saurait la rejeter ou en faire abstraction pour le motif qu'elle aurait pu être encore plus convaincante.

Le gouvernement a également fait déposer un témoin expert, M. Robert MacDermid, professeur de science politique à l'Université York. Comme le souligne le juge Bastarache, le professeur MacDermid qualifie l'égalité informationnelle de [TRADUCTION] « postulat essentiel de la démocratie électorale ». Le professeur MacDermid a également affirmé que la connaissance des premiers résultats électoraux pouvait avoir un effet néfaste sur le comportement des électeurs.

Il est vrai qu'en contre-interrogatoire le professeur MacDermid a semblé reconnaître qu'il doit y avoir eu une prédiction des médias quant à l'issue finale du scrutin pour que les résultats déjà connus aient une influence sur le comportement des électeurs n'ayant pas encore voté. En réinterrogatoire, cependant, le professeur MacDermid a ensuite expliqué que les électeurs pouvaient très bien tirer leurs propres conclusions en l'absence d'une prédiction officielle des médias, et que l'effet pourrait donc fort bien s'avérer le même.

Enfin, le professeur MacDermid a déclaré que, si le délai d'attente avant la publication était

networks would endeavour to construct models upon which election results could be predicted, based on Atlantic results alone. This, too, is evidence that the publication delay has a salutary effect and that its repeal or annulment might well have an adverse consequence.

Again, I agree that the outcome in 32 Atlantic ridings does not a government make. Nonetheless, its premature disclosure might well determine how — or whether — electors elsewhere will vote, particularly where the results in the 32 ridings cause surprise or raise subjective concerns. Indeed, the media interveners in this case, who oppose the delay, *take for granted* that knowledge of early results *will have some impact* on those who have access to them. Those who have not yet voted, it is argued, are entitled to this information *for the purpose of deciding how to cast their ballots* — or, put differently, in order to make the most informed choice.

Moreover, even were we to assume that the publication of early results would have no impact at all on those who have not yet voted, the Lortie Commission's report and the Decima poll support the government's assertion that the information imbalance alone creates a *perception* of unfairness in the electoral system, which is itself a harm that Parliament may address.

I recognize, of course, that modern communications technology diminishes the delay's effectiveness and thereby its salutary effects. Section 329 cannot and does not entirely prevent voters in Central or Western Canada who are determined to learn before casting their ballots what has transpired in the Atlantic provinces from obtaining that information by telephone or e-mail, for example. But it does, at the very least, curb widespread dissemination of this information and it contributes materially in this way to its objective —

supprimé, les réseaux de radiodiffusion et télédiffusion s'efforceraient de mettre au point des modèles permettant de prédire les résultats de l'élection à partir des seuls résultats des provinces de l'Atlantique. Il s'agit là d'une preuve additionnelle que le délai d'attente avant la publication produit un effet bénéfique et que son abrogation ou son invalidation pourrait bien avoir un effet préjudiciable.

77 Encore là, je reconnais que les seuls résultats des élections dans les 32 circonscriptions des provinces de l'Atlantique ne déterminent pas qui va former le gouvernement. Néanmoins, la divulgation hâtive de cette information peut très bien déterminer comment les électeurs des autres régions vont voter, ou s'ils vont le faire, surtout lorsque les résultats obtenus dans ces 32 circonscriptions causent une surprise ou suscitent des craintes subjectives. D'ailleurs, les médias qui sont intervenus en l'espèce — et qui contestent le délai d'attente — *tiennent pour acquis* que la connaissance des premiers résultats *aura une certaine influence* sur les électeurs qui y auront accès. Ceux qui n'ont pas encore voté, prétend-on, ont droit à cette information *pour décider comment ils entendent voter* — ou, si l'on veut, pour faire le choix le plus éclairé possible.

78 En outre, même si l'on tient pour acquis que la publication des premiers résultats n'aurait aucune influence sur les électeurs qui n'ont pas encore voté, le rapport de la Commission Lortie et le sondage Décima étayent l'affirmation du gouvernement selon laquelle le déséquilibre informationnel crée à lui seul une *perception* d'injustice du système électoral, situation qui constitue en soi un préjudice que le législateur peut corriger.

79 Je reconnais évidemment que les technologies de communication modernes réduisent l'efficacité du délai d'attente et, par voie de conséquence, ses effets bénéfiques. L'article 329 ne saurait empêcher — et d'ailleurs n'empêche pas — totalement les électeurs du Centre ou de l'Ouest du Canada qui sont vraiment déterminés à savoir ce qui s'est passé dans les provinces de l'Atlantique avant de se rendre eux-mêmes aux urnes d'obtenir cette information par téléphone ou par courrier électronique, par exemple. Cependant, il a à tout le moins pour

information equality between voters in different parts of the country.

80 The deleterious effects of the delay, in contrast, are minimal. As I mentioned at the outset, the limitation on freedom of expression in issue here involves no suppression of any information at all, but only a brief delay in its communication to voters who have not yet cast their ballots. This delay is of three hours' duration at most — a delay far shorter than the 20-hour embargo on political advertising which this Court unanimously upheld in *Harper.*

81 Finally, while political expression is undoubtedly at the core of the s. 2(*b*) guarantee, restricting the publication of information regarding election results in other provinces before all votes have been cast carries less weight than would a similar restriction after the close of polls. Most voters have no access to results in their own electoral districts or elsewhere until after the polls have closed. How, then, can those results, before one has cast one's own ballot, form "an important part of the political discourse"? (*Thomson Newspapers*, at para. 91). This does not mean that their publication enjoys no protection at all; but it does signify that a brief delay in the communication of results from the 32 Atlantic ridings carries with it only a minor deleterious consequence, outweighed by its salutary effects.

IV

82 For these reasons, I agree with Bastarache J. and with the majority of the Court of Appeal that the government has discharged its burden under s. 1 of the *Charter.* Accordingly, I would dismiss the appeal.

effet de freiner la diffusion générale de cette information et de contribuer ainsi de façon appréciable à la réalisation de son objectif — l'égalité informationnelle entre les électeurs des différentes régions du pays.

Les effets préjudiciables du délai d'attente sont, à l'inverse, minimes. Comme je l'ai mentionné au début, la restriction de la liberté d'expression en cause dans le présent pourvoi n'implique aucune suppression de l'information, mais seulement un court délai d'attente avant sa communication aux électeurs qui n'ont pas encore voté. Ce délai est d'une durée de trois heures tout au plus — un délai beaucoup plus court que l'embargo de 20 heures sur la publicité politique dont notre Cour a unanimement confirmé la validité dans l'arrêt *Harper.*

Enfin, quoique l'expression politique soit indubitablement un aspect fondamental de la garantie énoncée à l'al. 2*b*), le fait d'interdire la publication d'information concernant les résultats électoraux des autres provinces jusqu'à ce que tous les bureaux de scrutin soient fermés n'a pas un caractère aussi restrictif que si une telle interdiction s'appliquait après la fermeture de ces bureaux. La plupart des électeurs n'ont pas accès aux résultats dans leur propre circonscription ou ailleurs tant que les bureaux de scrutin ne sont pas fermés. Comment alors ces résultats pourraient-ils constituer, avant l'exercice par un électeur de son droit de vote, « un élément important du discours politique »? (*Thomson Newspapers*, par. 91). Cela ne veut pas dire que la publication de ces résultats ne jouit d'aucune protection; en revanche, cela signifie que le court délai d'attente avant la communication des résultats électoraux des 32 circonscriptions des provinces de l'Atlantique n'a que des conséquences préjudiciables mineures, et que ses effets bénéfiques prédominent.

IV

Pour les motifs qui précèdent, je partage l'opinion du juge Bastarache et de la majorité de la Cour d'appel que le gouvernement s'est acquitté du fardeau qui lui incombait en application de l'article premier de la *Charte.* En conséquence, je rejetterais le pourvoi.

The following are the reasons delivered by

DESCHAMPS, CHARRON AND ROTHSTEIN JJ. — We agree with the analytical approaches Bastarache and Fish JJ. adopt and concur in the result. The appeal is resolved at the proportionality stage of the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), and in this regard, we find their reasons to be complementary. We would dismiss the appeal.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES DESCHAMPS, CHARRON ET ROTHSTEIN — Nous souscrivons aux méthodes d'analyse que les juges Bastarache et Fish adoptent et sommes d'accord avec leur conclusion. Le pourvoi est tranché à l'étape de l'analyse de la proportionnalité dans le cadre du critère *Oakes* (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103); à cet égard, nous estimons que leurs motifs sont complémentaires. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. 83

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel and Abella JJ. were delivered by

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel et Abella rendus par

ABELLA J. (dissenting) — The *Canada Elections Act* prohibits the dissemination of voting results from one electoral district to another if the polling stations in that other district are still open. This means that the election results from the 32 ridings in the Atlantic region cannot be communicated to other parts of Canada before the polls close there, resulting in a one and a half to three hour media blackout period. The issue is whether this ban unjustifiably infringes the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

LA JUGE ABELLA (dissidente) — La *Loi électorale du Canada* interdit la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts. Ainsi, les résultats pour les 32 circonscriptions de la région de l'Atlantique ne peuvent être communiqués dans d'autres parties du Canada avant la fermeture des bureaux de scrutin dans cette partie du pays, ce qui crée un embargo de une heure et demie à trois heures pour les médias. La Cour doit déterminer en l'espèce si cette interdiction porte atteinte de façon injustifiée au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. 84

Background

In 1938, Parliament penalized the public transmission of election results to electoral districts where the polls were still open by enacting s. 107 of the *Dominion Elections Act, 1938*, S.C. 1938, c. 46. This ban was imposed because Canadian electoral districts span multiple time zones and, without the ban, voters in the West could learn the likely result of the election before they went to the polls.

Contexte

En 1938, le Parlement a érigé en infraction pénale la transmission publique des résultats électoraux dans les circonscriptions où les bureaux de scrutin sont encore ouverts, en édictant l'art. 107 de la *Loi des élections fédérales, 1938*, S.C. 1938, ch. 46. L'interdiction a été imposée parce que, les circonscriptions canadiennes se trouvant réparties dans plusieurs fuseaux horaires, les électeurs de l'Ouest du pays pouvaient connaître les résultats probables du scrutin avant d'aller voter. 85

Just over 50 years later, a Royal Commission was appointed in 1989 to review Canada's electoral system. Known as the Lortie Commission, it released its report in 1991 (Royal Commission on

Une cinquantaine d'années plus tard, en 1989, une commission royale a été nommée pour examiner le système électoral canadien. Connue sous le nom de Commission Lortie (la « Commission »), 86

Electoral Reform and Party Financing, *Reforming Electoral Democracy*). Of most relevance to the issue in this appeal, the Lortie Commission acknowledged that it was important to ensure that voters in Western Canada not know who will form the government before they have had a chance to vote. The Commission concluded, however, that the existing remedy for this problem — the publication ban — had "been rendered obsolete by developments in broadcasting and telecommunications technology" (vol. 2, at p. 84).

87 In place of a publication ban, therefore, the Commission recommended that Parliament adopt staggered voting hours. Although there would still be some time between the close of Atlantic and Western polls even with staggered hours, the Commission concluded:

> The challenge is . . . to devise a solution that responds to concerns in western Canada, is fair to different groups and regions, and is not too disruptive for voters or election workers. We believe this can be achieved if we recognize that the basic problem is ensuring that voters in western Canada do not know who will form the government before the polls close there. This means guarding against premature release of election results from Ontario and Quebec, whose 174 constituencies constitute more than half the seats in the House of Commons. We have concluded that the release of some election results before polls close in the West — specifically, results from the 32 seats in Atlantic Canada — would not constitute a major problem so long as other results from eastern Canada were not available until after the polls closed in the West.
>
> The time difference between the eastern and Pacific time zones is three hours, and it takes about half an hour for poll workers to begin to report results once voting ends. . . . [Emphasis added; vol. 2, at p. 85.]

88 In 1996, in response to this recommendation, Parliament adopted a system of staggered voting hours (*An Act to amend the Canada Elections Act, the Parliament of Canada Act and the Referendum Act*, S.C. 1996, c. 35, s. 44.1). They are a slight variation on the actual staggered hours recommended by the Lortie Commission, and are now set out in s. 128 of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9:

elle a déposé son rapport en 1991 (Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, *Pour une démocratie électorale renouvelée*). L'aspect de ce rapport qui présente le plus de pertinence pour le présent pourvoi est la reconnaissance qu'il est important que les électeurs de l'Ouest canadien ne sachent pas qui formera le gouvernement avant de pouvoir voter. La Commission a conclu toutefois que la solution en place — l'interdiction de publication — « est aujourd'hui désuète en raison des nouvelles techniques de radiodiffusion et de télécommunications » (vol. 2, p. 90).

Elle a donc recommandé de remplacer cette interdiction par un décalage des heures de scrutin. Bien qu'il y ait toujours un laps de temps entre la fermeture des bureaux de scrutin des provinces de l'Atlantique et celle des bureaux de l'Ouest du pays, même avec le décalage, elle a conclu :

> Il s'agit [. . .] d'élaborer un mécanisme qui réponde aux préoccupations des provinces de l'Ouest, qui soit équitable envers les différents groupes et régions, et qui ne perturbe pas trop l'électorat ni le personnel électoral. L'objectif fondamental, rappelons-le, est de veiller à ce que les électeurs et électrices des provinces de l'Ouest ne sachent pas avant la fermeture de leurs bureaux de vote qui formera le prochain gouvernement. On doit donc éviter la divulgation prématurée des résultats de l'Ontario et du Québec, dont les 174 circonscriptions constituent plus de la moitié des sièges de la Chambre des communes. Il nous apparaît toutefois que la divulgation de quelques résultats — en l'occurrence ceux des 32 sièges des provinces de l'Atlantique — serait acceptable, à condition que les autres résultats de l'Est ne soient rendus publics qu'après la clôture du scrutin dans l'Ouest.
>
> Trois heures séparent les fuseaux horaires de l'Est et du Pacifique, et le personnel des bureaux de vote commence à annoncer les résultats environ une demi-heure après la clôture du scrutin. . . [Je souligne; vol. 2, p. 91.]

En réponse à cette recommandation, le Parlement a adopté en 1996 un système d'heures de scrutin décalées (*Loi modifiant la Loi électorale du Canada, la Loi sur le Parlement du Canada et la Loi référendaire*, L.C. 1996, ch. 35, art. 44.1), qui représente une légère modification par rapport au décalage recommandé par la Commission et qui est maintenant prévu à l'art. 128 de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 :

128. (1) The voting hours on polling day are

(*a*) from 8:30 a.m. to 8:30 p.m., if the electoral district is in the Newfoundland, Atlantic or Central time zone;

(*b*) from 9:30 a.m. to 9:30 p.m., if the electoral district is in the Eastern time zone;

(*c*) from 7:30 a.m. to 7:30 p.m., if the electoral district is in the Mountain time zone; and

(*d*) from 7:00 a.m. to 7:00 p.m., if the electoral district is in the Pacific time zone.

The ban on the publication of election results formerly contained in s. 107 of the *Dominion Elections Act* was, however, retained. It is currently found in s. 329 of the *Canada Elections Act* and states:

329. No person shall transmit the result or purported result of the vote in an electoral district to the public in another electoral district before the close of all of the polling stations in that other electoral district.

Allowing for the half hour minimum that the Lortie Commission identified as being the length of time it takes poll workers to begin to report results once voting ends, the combination of the staggered hours and the ban in s. 329 results in a one to two and a half hour blackout of election results from the 32 ridings in the Atlantic region in Quebec to Alberta, and a two and a half to three hour blackout of Atlantic results in the Pacific time zone. There is no dispute that the only results that would be known to voters outside Atlantic Canada if there were no ban would be from these 32 ridings. There are at present 308 federal ridings in Canada.

On October 27, 2000, Paul Charles Bryan publicized his intention to post the federal election results from electoral districts in Atlantic Canada on his website before all the polls closed in Western Canada. In response, the Commissioner of Canada Elections sent him a letter, dated November 21, 2000, warning him that his intended conduct was contrary to s. 329 of the *Canada Elections Act*.

128. (1) Les heures de vote le jour du scrutin sont :

a) de 8 h 30 à 20 h 30 si la circonscription est située dans le fuseau horaire de Terre-Neuve, de l'Atlantique ou du Centre;

b) de 9 h 30 à 21 h 30 si la circonscription est située dans le fuseau horaire de l'Est;

c) de 7 h 30 à 19 h 30 si la circonscription est située dans le fuseau horaire des Rocheuses;

d) de 7 h à 19 h si la circonscription est située dans le fuseau horaire du Pacifique.

89 L'interdiction de diffusion initialement prévue à l'art. 107 de la *Loi des élections fédérales* a été toutefois retenue. Elle se retrouve aujourd'hui à l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* sous le libellé suivant :

329. Il est interdit de diffuser le résultat ou ce qui semble être le résultat du scrutin d'une circonscription dans une circonscription avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin de cette dernière.

Compte tenu de la demi-heure dont, selon la Commission, le personnel des bureaux de scrutin a besoin au minimum avant de commencer à annoncer les résultats à la fin du vote, la combinaison des heures décalées et de l'interdiction prévue à l'art. 329 crée un embargo sur les résultats électoraux pour les 32 circonscriptions des provinces de l'Atlantique, qui est de une heure à deux heures et demie au Québec jusqu'en Alberta et de deux heures et demie à trois heures dans la zone située dans le fuseau horaire du Pacifique. Il est indéniable que les seuls résultats que pourraient connaître les électeurs hors des provinces de l'Atlantique s'il n'y avait pas d'interdiction seraient ceux pour ces 32 circonscriptions. Or, le Canada compte actuellement 308 circonscriptions fédérales.

90 Le 27 octobre 2000, Paul Charles Bryan a exprimé publiquement son intention d'afficher, sur son site Web avant la fermeture des bureaux de scrutin de l'Ouest canadien, les résultats du scrutin fédéral provenant des circonscriptions situées dans les provinces de l'Atlantique. Dans sa lettre du 21 novembre 2000, le commissaire aux élections fédérales l'a averti que, s'il donnait suite à son projet, il contreviendrait à l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada*.

91 Despite this warning, on November 27, 2000, the night of the federal election, Mr. Bryan posted the Atlantic election results on his website notwithstanding that the polls were still open in parts of Western Canada. He was charged with contravening s. 329 of the *Canada Elections Act* and argued, at trial, that the ban in s. 329 infringed s. 2(*b*) of the *Charter*.

92 Smith Prov. Ct. J. upheld the ban ((2003), 104 C.R.R. (2d) 364, 2003 BCPC 39). He concluded that it was justified under s. 1 of the *Charter*, based particularly on the evidence of Professor Robert Hugh MacDermid, a York University political science professor. Professor MacDermid explained that according to American studies, knowing the election results from the rest of the country, especially when this knowledge is combined with a media prediction of the election's outcome, can have an impact on voter behaviour, including lower voter turnout and strategic voting. Smith Prov. Ct. J. concluded that early disclosure of Eastern election results could have an adverse impact on voter behaviour in the rest of Canada, stating:

> Common sense tells me there could be undesirable consequences from the early disclosure of results, particularly if they show an unexpected sweep for a particular party. Individuals could decide not to vote because their favoured party is either secure or in a hopeless position. Voters who had not intended to vote might change their minds and cast a ballot. People are entitled to vote strategically. Strategic voting means a supporter of Party A actually votes for Party B in the hope of preventing the election of the candidate for Party C. Knowing eastern results prior to the closure of local polls would give the voter information . . . which was not available to other citizens. The Crown uses the term information imbalance to describe the whole situation of some voters having more information than others. That description seems reasonably accurate. [para. 9]

Malgré cet avertissement, M. Bryan a affiché dans la soirée des élections fédérales du 27 novembre 2000 les résultats pour la région de l'Atlantique sur son site Web avant la fermeture des bureaux de scrutin de l'Ouest canadien. Il a été accusé d'avoir enfreint l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* et, à son procès, il a plaidé que l'interdiction prévue par cette disposition contrevenait à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Le juge Smith a confirmé la validité de l'interdiction ((2003), 104 C.R.R. (2d) 364, 2003 BCPC 39). Il a conclu que celle-ci était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*, se fondant particulièrement sur le témoignage de M. Robert Hugh MacDermid, professeur de science politique à l'Université York. Le professeur MacDermid a expliqué que, selon des études menées aux États-Unis, la connaissance des résultats électoraux pour le reste du pays, surtout si elle est conjuguée avec les prédictions des médias concernant l'issue du scrutin, pouvait influer sur le comportement des électeurs, notamment entraîner le vote stratégique et une diminution de la participation électorale. Le juge Smith a conclu que la communication prématurée des résultats pour l'Est du Canada pourrait avoir une incidence négative sur le comportement des électeurs dans le reste du pays, déclarant :

> [TRADUCTION] Il tombe sous le sens que la communication prématurée des résultats pourrait entraîner des conséquences indésirables, surtout s'ils indiquent qu'un parti, contre toute attente, remporte une victoire écrasante. Des gens pourraient décider de ne pas voter parce que le parti de leur choix n'est pas en danger ou qu'il se trouve dans une situation désespérée. D'autres, qui n'avaient pas l'intention de voter, pourraient changer d'avis et aller aux urnes. Le vote stratégique est permis. Il s'agit pour un partisan du parti A de voter pour le parti B dans l'espoir d'empêcher l'élection du candidat du parti C. Les électeurs au courant des résultats électoraux pour l'Est du Canada avant la fermeture de leurs bureaux de scrutin disposeraient de renseignements [. . .] que n'avaient pas les autres citoyens. Le ministère public emploie le terme déséquilibre informationnel pour décrire la situation où des électeurs reçoivent plus de renseignements que d'autres. Cette description semble raisonnablement exacte. [par. 9]

Accordingly, he dismissed Mr. Bryan's *Charter* motion, convicted him, and fined him $1,000.

On appeal to the Supreme Court of British Columbia, Kelleher J. allowed the appeal from the conviction ((2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 2003 BCSC 1499). He concluded that s. 329 of the *Canada Elections Act* infringed s. 2(*b*) of the *Charter* and was not saved by s. 1 primarily because there was no evidence to support a finding that the government's objective — "preventing an informational imbalance that could result from early disclosure of the election results from Atlantic Canada" — was a pressing and substantial objective (para. 41). Even if the objective was sufficiently significant, in his view, the ban was not a proportional response.

At the Court of Appeal for British Columbia, Rowles J.A., writing for the majority, concluded that Kelleher J. had erred by requiring direct evidence of an adverse impact on voting behaviour ((2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285). In her opinion, "when the s. 329 publication ban is seen as having the same purpose or objective as the staggered voting hours, that is, to eliminate the information imbalance that can result from disclosure of results before all of the polls have closed, the respondent's argument concerning the lack of evidence to support the ban falls away" (para. 59). As a result, she found the objective of s. 329 to be pressing and substantial, and concluded that the salutary effects of the ban outweighed its harmful ones. The limitation on freedom of expression created by s. 329 of the *Canada Elections Act* was therefore justified under s. 1. Saunders J.A., in dissent, concluded that the ban in s. 329 was not justified because its harmful effects — the denial of access to election information — outweighed any beneficial consequences.

Analysis

The impact of staggered hours as currently set out in s. 128 of the *Canada Elections Act* is to

Il a donc rejeté la requête fondée sur la *Charte* qu'a présentée M. Bryan, a déclaré ce dernier coupable et lui a imposé une amende de 1 000 $.

93 En appel devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Kelleher a accueilli l'appel formé contre cette condamnation ((2003), 233 D.L.R. (4th) 745, 2003 BCSC 1499), concluant que l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* contrevenait à l'al. 2*b*) de la *Charte* et n'était pas justifié au sens de l'article premier, principalement parce que la preuve ne permettait pas d'établir que l'objectif du gouvernement — [TRADUCTION] « empêcher le déséquilibre informationnel que pourrait engendrer la communication prématurée des résultats électoraux pour l'Est du Canada » — était un objectif urgent et réel (par. 41). Même si l'objectif était suffisamment important, à son avis, l'interdiction n'était pas une mesure proportionnelle.

94 À la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la juge Rowles, rendant jugement pour la majorité, a conclu que le juge Kelleher avait eu tort d'exiger la preuve directe d'une incidence négative sur le comportement des électeurs ((2005), 253 D.L.R. (4th) 137, 2005 BCCA 285). Selon elle, [TRADUCTION] « lorsque l'interdiction de diffusion prévue à l'art. 329 semble avoir le même but ou objectif que le décalage des heures de scrutin, à savoir l'élimination du déséquilibre informationnel susceptible de découler de la communication de résultats avant la fermeture de tous les bureaux de scrutin, l'argument de l'intimé concernant l'absence d'éléments de preuve justifiant l'interdiction s'écroule » (par. 59). Elle a ainsi statué que l'objet de l'art. 329 était urgent et réel et que l'interdiction avait plus d'effets bénéfiques que d'effets préjudiciables. La limite à la liberté d'expression créée par l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* est donc justifiée au sens de l'article premier. Dans sa dissidence, la juge Saunders a conclu que l'interdiction énoncée à l'art. 329 n'était pas justifiée, car ses effets préjudiciables — l'inaccessibilité des résultats électoraux — l'emportaient sur ses effets bénéfiques.

Analyse

95 Le décalage des heures de scrutin tel qu'il est prévu actuellement à l'art. 128 de la *Loi électorale*

ensure that the only results known to voters outside Atlantic Canada are the results of that region's 32 ridings. The ban in s. 329 prevents these voters from knowing even these results when they vote.

96 In two recent decisions, *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, and *Harper v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33, this Court dealt with constitutional challenges to other provisions of the *Canada Elections Act* on the grounds that they violated s. 2(*b*) of the *Charter*. In *Thomson Newspapers*, this Court found that s. 322.1 of the *Canada Elections Act*, which prohibited the broadcasting, publication or dissemination of opinion poll results during the three final days of a federal election campaign, violated s. 2(*b*) of the *Charter*. Writing for the majority, Bastarache J. found that because the limitation was not minimally impairing, it was not justified under s. 1. In *Harper*, the issue was whether the third party spending limits in ss. 323(1) and (3), 350 to 357, 359, 360 and 362 of the *Canada Elections Act* violated s. 2(*b*) of the *Charter*. Bastarache J., again writing for the majority, concluded that while third party election advertising is political expression which is infringed by spending limits, the limits were justified under s. 1.

97 Based on these decisions, the parties in this case do not dispute that publishing electoral results is a form of political expression. Nor do they contest the proposition that the ban on the transmission of electoral results in s. 329 of the *Canada Elections Act* infringes s. 2(*b*). The central disputed issue, therefore, is whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*, which reads:

1. 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

du Canada vise à garantir que les seuls résultats que pourraient connaître les électeurs qui vivent hors du Canada Atlantique sont ceux pour les 32 circonscriptions de cette région. L'interdiction prévue à l'art. 329 empêche ces électeurs de connaître même ces résultats avant d'aller voter.

Dans deux affaires récentes, *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, et *Harper c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33, la Cour a eu à statuer sur la constitutionnalité d'autres dispositions de la *Loi électorale du Canada* qu'on prétendait incompatibles avec l'al. 2*b*) de la *Charte*. Dans *Thomson Newspapers*, elle a conclu que l'art. 322.1 de cette loi, lequel interdit d'annoncer, de publier ou de diffuser les résultats de sondages d'opinion au cours des trois derniers jours d'une campagne électorale fédérale, violait l'al. 2*b*) de la *Charte*. Au nom de la majorité, le juge Bastarache a statué que les limites ne pouvaient se justifier selon l'article premier parce que l'atteinte n'était pas minimale. Dans *Harper*, il s'agissait de déterminer si les plafonds de dépenses publicitaires de tiers prévus par les par. 323(1) et (3) et les art. 350 à 357, 359, 360 et 362 de la *Loi électorale du Canada* violaient l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le juge Bastarache, rendant encore une fois jugement pour la majorité, a conclu que, même si la publicité électorale faite par des tiers constitue une forme d'expression politique à laquelle les plafonds de dépenses portent atteinte, il s'agit de limites justifiées au sens de l'article premier.

Compte tenu de ces décisions, les parties en l'espèce reconnaissent que la publication de résultats électoraux constitue une forme d'expression politique. Elles ne contestent pas non plus l'argument que l'interdiction de diffuser des résultats électoraux prévue à l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* contrevient à l'al. 2*b*). La principale question en litige consiste donc à savoir si cette violation est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*, lequel est ainsi libellé :

1. 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

can be demonstrably justified in a free and democratic society.

In particular, the issue in this case is the sufficiency of the evidence adduced by the government to justify the infringement.

The first analytical inquiry under s. 1 is into whether the objective of the limitation on the *Charter* right is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Only if the government can demonstrate that the objective of the limitation is pressing and substantial is the second inquiry triggered, namely, the proportionality test. This second stage of the s. 1 analysis has three components: is the limiting measure rationally connected to the objective; does it impair the right as little as possible; and is there proportionality between the harmful and beneficial effects of the limitation?

As this Court has consistently noted, political expression is at the conceptual core of the values sought to be protected by s. 2(*b*), which reads:

> **2.** Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> . . .
>
> (*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The onus on the government under s. 1, therefore, is to demonstrate that it is justified in infringing a form of expression that is at the heart of the constitutional right. That means, as Dickson C.J. definingly stressed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, that the evidence necessary to prove the constituent elements of the s. 1 inquiry "should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit" (p. 138).

Significantly, however, he acknowledged "that there may be cases where certain elements of the

des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En particulier, il faut se demander si la preuve présentée en l'espèce par le gouvernement est suffisante pour justifier la violation.

98 Dans l'analyse fondée sur l'article premier, il faut d'abord déterminer si l'objectif de la limitation du droit garanti par la *Charte* est suffisamment important pour justifier une atteinte à un droit jouissant d'une protection constitutionnelle. C'est seulement si le gouvernement peut démontrer que cet objectif est urgent et réel qu'on passe à la seconde étape, celle de l'examen du critère de la proportionnalité. Cette seconde étape de l'analyse comporte trois volets : la mesure restrictive a-t-elle un lien rationnel avec l'objectif, porte-t-elle le moins possible atteinte au droit et y a-t-il proportionnalité entre les effets préjudiciables et effets bénéfiques de la limite?

99 Comme la Cour l'a constamment répété, l'expression politique appartient au cœur conceptuel des valeurs que vise à protéger l'al. 2*b*), dont voici le texte :

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes :
>
> . . .
>
> *b*) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Selon l'article premier, il incombe donc au gouvernement de démontrer que l'atteinte à une forme d'expression se trouvant au cœur d'un droit reconnu par la Constitution est justifiée. Comme le juge en chef Dickson l'a très clairement souligné dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la preuve nécessaire pour établir les éléments constitutifs de l'analyse fondée sur l'article premier « doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction » (p. 138).

100 Fait révélateur, toutefois, il a reconnu qu'« il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une

s. 1 analysis are obvious or self-evident" (p. 138). This acknowledgement that aspects of the government's justification engage the obvious or self-evident, has attracted both judicial clarification and amplification, particularly in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, where McLachlin J. explained the s. 1 burden on the government as follows (at paras. 127-29, 154 and 137):

First, to be saved under s. 1 the party defending the law . . . must show that the law which violates the right or freedom guaranteed by the *Charter* is "reasonable". In other words, the infringing measure must be justifiable by the processes of reason and rationality. The question is not whether the measure is popular or accords with the current public opinion polls. The question is rather whether it can be justified by application of the processes of reason. In the legal context, reason imports the notion of inference from evidence or established truths. This is not to deny intuition its role, or to require proof to the standards required by science in every case, but it is to insist on a rational, reasoned defensibility.

Second, to meet its burden under s. 1 of the *Charter*, the state must show that the violative law is "demonstrably justified". The choice of the word "demonstrably" is critical. The process is not one of mere intuition, nor is it one of deference to Parliament's choice. It is a process of demonstration. This reinforces the notion inherent in the word "reasonable" of rational inference from evidence or established truths.

The bottom line is this. While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning. The task is not easily discharged, and may require the courts to confront the tide of popular public opinion. But that has always been the price of maintaining constitutional rights. No matter

analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi » (p. 138). Cette reconnaissance que la justification du gouvernement relève à certains égards de l'évidence a fait l'objet de clarifications et d'explicitations, en particulier dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, où la juge McLachlin a décrit en ces termes le fardeau de justification qui incombe au gouvernement selon l'article premier (par. 127-129, 154 et 137) :

Premièrement, pour qu'une disposition puisse être sauvegardée en vertu de l'article premier, la partie qui défend la loi [. . .] doit établir que la loi qui porte atteinte au droit ou à la liberté garantis par la *Charte* est « raisonnable ». En d'autres termes, la mesure attentatoire doit être justifiable par application de la raison et de la rationalité. La question n'est pas de savoir si la mesure est populaire ou compatible avec les sondages d'opinion publique. Elle est plutôt de savoir si cette mesure peut être justifiée par l'application du processus de la raison. Dans le contexte juridique, la raison comporte la notion d'inférence à partir de la preuve ou des faits établis. Il ne s'agit pas d'éliminer le rôle de l'intuition, ni d'exiger chaque fois une preuve répondant aux normes scientifiques, mais bien d'insister sur une défense rationnelle et raisonnée.

Deuxièmement, pour s'acquitter du fardeau que lui impose l'article premier de la *Charte*, l'État doit établir que la violation comprise dans une loi se situe à l'intérieur de limites « dont la justification puisse se démontrer ». Le choix de l'expression « puisse se démontrer » est important. Il ne s'agit pas de procéder par simple intuition, ou d'affirmer qu'il faut avoir de l'égard pour le choix du Parlement. Il s'agit d'un processus de démonstration. Cela renforce la notion propre au terme « raisonnable » selon laquelle il faut tirer une inférence rationnelle de la preuve ou des faits établis.

La démarche fondamentale est la suivante. Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte sociopolitique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre constitution soient opérants. Ce n'est pas une tâche facile, et les tribunaux devront peut-être affronter le courant d'opinion publique. Cependant, c'est depuis toujours le prix du maintien des

how important Parliament's goal may seem, if the state has not demonstrated that the means by which it seeks to achieve its goal are reasonable and proportionate to the infringement of rights, then the law must perforce fail.

. . .

Where, however, legislation is directed at changing human behaviour, . . . the causal relationship may not be scientifically measurable. In such cases, this Court has been prepared to find a causal connection between the infringement and benefit sought on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 768 and 777; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503.

. . .

. . . the balance of probabilities may be established by the application of common sense to what is known, even though what is known may be deficient from a scientific point of view . . . . [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

In *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68, McLachlin C.J. further explained the interplay in a s. 1 analysis between evidence, inference and common sense as follows:

While some matters can be proved with empirical or mathematical precision, others, involving philosophical, political and social considerations, cannot. . . . [I]t is enough that the justification be convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has: see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 154, *per* McLachlin J.; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at pp. 502-3, *per* Sopinka J. . . . Common sense and inferential reasoning may supplement the evidence: *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 78, *per* McLachlin C.J. [Emphasis added; para. 18.]

Similarly, Bastarache J. confirmed in *Harper* that the "court may rely on a reasoned apprehension of . . . harm" and that "logic and reason assisted by

droits constitutionnels. Si important que puisse sembler l'objectif du Parlement, si l'État n'a pas démontré que les moyens qu'il utilise pour atteindre son objectif sont raisonnables et proportionnels à la violation des droits, la loi doit alors par nécessité être déclarée non valide.

. . .

Par contre, dans les cas où une loi vise une modification du comportement humain, [. . .] le lien causal pourrait bien ne pas être mesurable du point de vue scientifique. Dans ces cas, notre Cour s'est montrée disposée à reconnaître l'existence d'un lien causal entre la violation et l'avantage recherché sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif : *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 768 et 777; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, à la p. 503.

. . .

. . . la prépondérance des probabilités s'établit par application du bon sens à ce qui est connu, même si ce qui est connu peut comporter des lacunes du point de vue scientifique . . . [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé.]

Dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68, la juge en chef McLachlin a en outre expliqué l'interaction entre la preuve, l'inférence et le bon sens dans une analyse fondée sur l'article premier : 101

Alors que certaines propositions peuvent être démontrées de façon empirique ou avec une précision mathématique, d'autres, qui impliquent des considérations philosophiques, politiques et sociales, ne peuvent l'être. Dans ce cas, il suffit que la justification soit convaincante, c'est-à-dire qu'il suffit de convaincre la personne raisonnable prenant en compte tous les éléments de preuve et toutes les considérations pertinentes que l'État est justifié de porter une telle atteinte au droit en question: voir *RJR-MacDonald*, précité, par. 154, le juge McLachlin; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 502-503, le juge Sopinka. [. . .] La preuve peut être complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction : *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 78, le juge en chef McLachlin. [Je souligne; par. 18.]

Le juge Bastarache a pareillement confirmé dans *Harper* que les « tribunaux peuvent se fonder sur une crainte raisonnée du préjudice » et que « la 102

some social science evidence is sufficient proof of the harm that Parliament seeks to remedy" (paras. 77 and 79).

103 These cases represent a judicial acknowledgment that policy judgments made by government often represent complex polycentric conclusions not easily amenable to "precise measurement" (*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 304). But while scientific proof may not always be necessary or available, and social science evidence supported by reason and logic can be relied upon, the evidence must nonetheless establish the consequences of imposing or failing to impose the limit. As McLachlin C.J. warned in *Sauvé*, "one must be wary of stereotypes cloaked as common sense, and of substituting deference for the reasoned demonstration required by s. 1" (para. 18).

104 The first determination is whether the government's objective is "pressing and substantial". The government's stated objective in enacting the publication ban now found in s. 329 was to prevent an informational imbalance which could have a negative impact on voter behaviour or perceptions of electoral fairness. This Court in *Harper* accepted that "ensur[ing] that electors in different parts of the country have access to the same information before they go to the polls" is a pressing and substantial objective (para. 132). I see no reason to reject it as a pressing and substantial objective in this case and acknowledge at the outset the significance of maintaining public confidence in electoral fairness and the integrity of the electoral system, as did Bastarache J. in *Harper* when he said:

> Perception is of utmost importance in preserving and promoting the electoral regime in Canada. . . . Electoral fairness is key. [para. 82]

105 The "rational connection" analysis is the initial step in the proportionality determination. I think

logique et la raison, conjuguées à certains éléments de preuve relevant des sciences sociales, démontrent de façon suffisante l'existence du préjudice auquel le Parlement cherche à remédier » (par. 77 et 79).

Ces arrêts indiquent la reconnaissance par les tribunaux que les décisions de principe du gouvernement représentent souvent des conclusions polycentriques complexes qu'il est difficile d'« évalu[er] précisément » (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304). Toutefois, même si la preuve scientifique n'est pas toujours nécessaire ou disponible et qu'on peut se fonder sur des éléments de preuve relevant des sciences sociales appuyés par la logique et la raison, il faut que la preuve établisse les conséquences découlant de la restriction imposée ou de l'absence de restriction. Comme la juge en chef McLachlin l'a signalé dans *Sauvé*, « il faut se méfier des stéréotypes qui revêtent les apparences du bon sens et se garder de substituer la retenue à la démonstration raisonnée requise par l'article premier » (par. 18).

Il faut tout d'abord déterminer si l'objectif du gouvernement est « urgent et réel ». La raison qu'invoque le gouvernement pour justifier l'interdiction de diffusion actuellement énoncée à l'art. 329 est d'empêcher un déséquilibre informationnel qui pourrait avoir une incidence négative sur le comportement des électeurs ou leur perception de l'équité électorale. La Cour a reconnu dans *Harper* que « fai[re] en sorte que les électeurs de tous les coins du pays disposent des mêmes renseignements avant de se rendre aux urnes » constitue un objectif urgent et réel (par. 132). Je ne vois aucune raison de revenir sur cette conclusion en l'espèce et je reconnais d'emblée l'importance de maintenir la confiance du public à l'égard de l'équité électorale et de l'intégrité du système électoral, comme l'a fait le juge Bastarache dans *Harper* lorsqu'il a affirmé :

> La perception du public est de la plus haute importance lorsqu'il s'agit de préserver et de soutenir le régime électoral au Canada. [. . .] L'équité électorale est l'élément clé. [par. 82]

L'analyse du « lien rationnel » constitue la première étape de la détermination de la proportion-

there can be little dispute that s. 329 is rationally connected to the objective of preventing an information imbalance. As Kelleher J. observed: "If the objective is to prevent the informational imbalance created by transmitting election results from Atlantic Canada to the west, banning these transmissions is an entirely rational way to fulfill that objective" (para. 48). This finding is also consistent with *Harper*, where Bastarache J. held that a "blackout period [for election advertising] is . . . rationally connected to ensuring that all voters receive the same information where possible" (para. 133).

nalité. À mon avis, il est difficile de contester qu'il existe un lien rationnel entre l'art. 329 et l'objectif d'empêcher un déséquilibre informationnel. Comme le juge Kelleher l'a fait observer, [TRADUCTION] « Si l'objectif est d'empêcher le déséquilibre informationnel créé par la transmission, dans l'Ouest du pays, des résultats électoraux pour le Canada atlantique, l'interdiction de ces transmissions est une manière tout à fait rationnelle d'atteindre cet objectif » (par. 48). Cette conclusion est également conforme à l'arrêt *Harper*, dans lequel le juge Bastarache a statué que : « la période d'interdiction de publicité [électorale] est rationnellement liée au souci de mettre les mêmes renseignements à la disposition de tous les électeurs, lorsque la chose est possible » (par. 133).

It is difficult, however, to conclude that the limitation, a complete ban, minimally impairs the right to know election results in a timely way, that is, impairs the right no more than is reasonably necessary, or, in the language of McLachlin J. in *RJR-MacDonald*, is "carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary" (para. 160). But in my view it is unnecessary to further consider this issue because the government's justification falters fatally in the balance of the proportionality analysis, namely, its submission that the benefits of the limitation are proportional to its harmful effects.

106 Il est toutefois difficile de conclure qu'une limite se présentant sous la forme d'une interdiction totale porte atteinte de façon minimale au droit de connaître les résultats des élections en temps utile, c'est-à-dire qu'elle ne porte pas atteinte au droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire ou, pour reprendre la formulation de la juge McLachlin dans *RJR-MacDonald*, qu'elle est « soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (par. 160). Mais il est inutile, à mon avis, de pousser davantage l'analyse de la question, car la justification invoquée par le gouvernement comporte un vice fatal pour ce qui est du reste de l'analyse de la proportionnalité, à savoir l'affirmation que les effets bénéfiques de la limite imposée sont proportionnels à ses effets préjudiciables.

For the reasons that follow, I find that the evidence submitted by the government in this case does not provide the requisite "reasoned demonstration" to justify infringing the right at stake to the extent that it has. Any evidence of harm to the public's perception or conduct in knowing the election results from Atlantic Canada before they vote is speculative, inconclusive and largely unsubstantiated. The harm of suppressing core political speech, on the other hand, is profound. The benefits of the ban are, accordingly, far outweighed by its deleterious effects.

107 Pour les motifs exposés ci-après, j'estime que la preuve présentée en l'espèce par le gouvernement n'apporte pas la « démonstration raisonnée » exigée pour justifier le degré d'atteinte porté au droit en l'espèce. Toute preuve que la connaissance des résultats électoraux pour le Canada atlantique a un effet préjudiciable sur la perception ou le comportement des électeurs avant qu'ils aillent voter est hypothétique, inconcluante et largement non fondée. Par contre, la suppression d'une expression politique fondamentale cause un préjudice profond. Par conséquent, les effets préjudiciables de l'interdiction dépassent de loin ses effets bénéfiques.

108 In *Thomson Newspapers*, this Court accepted that the type of proof required under s. 1 will vary according to the "seriousness and likelihood of the harm" the limitation seeks to remedy (para. 111). The harm at which the blackout period in s. 329 is aimed is the prevention of information imbalance to protect the perception or reality of electoral fairness. However, this information imbalance must be considered not in the abstract, but in the context of staggered hours. It is not sufficient to suggest that information imbalances in general are harmful to the public perception or conduct. The proportionality exercise under s. 1 requires that the government demonstrate, by "cogent and persuasive" evidence, that this *particular* information imbalance is so harmful that it justifies the infringement represented by the ban.

Dans *Thomson Newspapers*, la Cour a reconnu que le genre de preuve qu'exige l'analyse fondée sur l'article premier varie selon la « gravité » et la « vraisemblance » du préjudice auquel la restriction cherche à remédier (par. 111). L'embargo prévu à l'art. 329 vise à empêcher le déséquilibre informationnel afin de préserver l'équité électorale, qu'elle soit perçue ou réelle. Il convient toutefois d'évaluer ce déséquilibre non pas dans l'abstrait, mais dans le contexte du décalage des heures de scrutin. Il ne suffit pas d'affirmer que les déséquilibres informationnels en général ont un effet préjudiciable sur la perception ou le comportement du public. L'analyse de la proportionnalité dans le cadre de l'article premier exige du gouvernement qu'il démontre, par une preuve « forte et persuasive » que ce déséquilibre informationnel *particulier* cause un préjudice tel qu'il justifie l'atteinte représentée par l'interdiction.

109 What the particular information imbalance now amounts to, whatever its aspirational provenance, is that some voters — those who vote during the final hours of election day — may know the results of 32 Atlantic region ridings before they vote. The onus is on the government to demonstrate, therefore, that this specific information imbalance causes harm to voter perception or conduct to such a degree that the ban can be justified as a proportional response, considering the protected right at issue.

Quelles que soient les aspirations à l'origine du déséquilibre informationnel en cause, celui-ci se résume maintenant au fait que des électeurs — ceux qui votent au cours des dernières heures le jour du scrutin — peuvent connaître les résultats électoraux pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique avant d'aller voter. Il incombe donc au gouvernement de démontrer que ce déséquilibre, en raison de son effet sur la perception ou le comportement des électeurs, cause un préjudice tel que l'interdiction constitue une mesure proportionnelle qui peut se justifier, compte tenu du droit protégé en question.

110 The right at issue is the right of the media and others to publish election results in a timely fashion and the right of all Canadians to receive it (*Thomson Newspapers*, at para. 127). Communicating and receiving election results is a core democratic right. Because the right to know election results is an essential part of the democratic process, clear and convincing evidence is required to justify limiting the availability of the information. In my view, based on the record, there is only speculative and unpersuasive evidence to support the government's claim that this particular information imbalance is of sufficient harm to voter behaviour or perceptions of electoral unfairness — the objects sought

Les droits en cause sont celui des médias et d'autres organismes de publier en temps utile les résultats électoraux et celui de tous les Canadiens de les recevoir (*Thomson Newspapers*, par. 127). Communiquer et recevoir des résultats électoraux sont des droits démocratiques fondamentaux. Étant donné que le droit d'être informé des résultats électoraux constitue un élément essentiel du processus démocratique, la preuve que la restriction de la disponibilité des informations est justifiée doit être claire et convaincante. À mon avis, d'après le dossier, le gouvernement se fonde sur une preuve seulement hypothétique et non convaincante pour affirmer que ce déséquilibre

to be addressed by the ban — that it outweighs any damage done to a fundamental and constitutionally protected right.

The government stressed the importance of maintaining public confidence in the electoral process and submitted that the s. 329 publication ban has the salutary effects of protecting the public perception that the electoral process is fair, and preventing the likelihood that premature disclosure of Atlantic election results could negatively affect voter behaviour. In so doing, it relied primarily on three sources: the evidence of Professor MacDermid, the findings of the Lortie Commission, and the Decima poll introduced as fresh evidence (Decima Research/Carleton University Poll, conducted during the period November 25 to December 5, 2005).

Professor MacDermid's conclusions were that information imbalance can affect voter perception and behaviour. His evidence was based on American studies. The evidentiary utility of his conclusions are, consequently, limited by a fundamental difference between American and Canadian elections: the absence in the United States of staggered voting hours. The consequences he anticipates for Canada are therefore hypothetical. They derive from an election context where, unlike Canada, Western American voters could in fact know, based on results from the rest of the country and the predictions of the media, what the likely outcome of an election will be when they go to the polls.

But it is instructive that all of the studies Professor MacDermid cited concluded that before there was any impact, let alone a harmful one, on voter turnout or behaviour from information imbalance, the imbalance must be of such a nature that voters know or can predict the outcome of the election. Nowhere in his report does Professor

informationnel particulier, en raison de ses effets sur le comportement des électeurs ou leur perception d'iniquité électorale — deux problèmes que l'interdiction vise à corriger —, est suffisamment préjudiciable pour dépasser tout préjudice engendré par l'atteinte à un droit fondamental protégé par la Constitution.

111 Le gouvernement a souligné l'importance de maintenir la confiance du public dans le processus électoral et a fait valoir que l'interdiction de diffusion prévue à l'art. 329 avait pour effet bénéfique de protéger la perception du public que le processus électoral est juste et d'empêcher que la diffusion prématurée des résultats électoraux pour la région de l'Atlantique puisse avoir une incidence négative sur le comportement des électeurs. Son argument à cet égard repose essentiellement sur trois sources : le témoignage du professeur MacDermid, les conclusions de la Commission et le sondage réalisé par le Centre de recherche Décima et l'Université Carleton entre le 25 novembre et le 5 décembre 2005 (le « sondage Décima ») qui a été introduit à titre de preuve nouvelle.

112 Selon le professeur MacDermid, le déséquilibre informationnel peut avoir une incidence sur la perception et le comportement des électeurs. Son témoignage est fondé sur les études menées aux États-Unis. L'utilité de ses conclusions en tant que preuve est donc limitée en raison d'une différence fondamentale entre les deux systèmes électoraux : l'absence de décalage des heures de scrutin aux États-Unis. Les conséquences qu'il prévoit pour le Canada sont donc hypothétiques. Elles découlent d'un contexte électoral où, contrairement au Canada, les électeurs américains de l'Ouest pourraient en fait, d'après les résultats pour le reste du pays et les prédictions des médias, connaître l'issue probable d'un scrutin avant d'aller voter.

113 Il est toutefois révélateur que, selon toutes les études citées par le professeur MacDermid, pour que le déséquilibre informationnel provoque une incidence, à plus forte raison un effet préjudiciable, sur la participation ou le comportement des électeurs, il faut qu'il soit de nature à permettre aux électeurs de connaître ou de prédire l'issue du

MacDermid cite a study that finds an impact on voter behaviour in the absence of such knowledge.

114 As the following excerpts from his cross-examination demonstrate, Professor MacDermid agreed that knowing which party is going to form the government is a necessary precondition to voters deciding not to vote, a conclusion he acknowledged could not be reached based on staggered hours. He also stressed the importance of being able to predict a winner, without which an information imbalance by itself has no effect on voter behaviour:

Q And you tell me whether you -- this is still your evidence, or not? "You need a prediction of a winner, must be able to vote -- and the prediction of the winner must be both made and different from that which was expected for there to be an effect on turnout."

A Absolutely, I stand by that.

. . .

Q Are there any one of the studies that you have cited and relied upon . . . that say knowing some results, but not an outcome . . . with no projections . . . will result in people staying home . . . and not voting?

. . .

A None of them.

. . .

Q . . . All of the U.S. studies which found an effect on voter behaviour, whether that's turnouts, strategic voting, whatever kind of voter behaviour we're talking about, the condition precedent to finding that change in behaviour -- or that behaviour, I'm sorry, we don't know if it was a change, if it's aggregate data -- is the requirement that there be a media call?

scrutin. Or, nulle part dans son rapport, le professeur MacDermid n'a cité une étude qui mentionne une incidence sur le comportement des électeurs en l'absence d'une telle connaissance.

Comme le démontrent les extraits de son contre-interrogatoire qui figurent ci-dessous, le professeur MacDermid a admis que, pour que des électeurs décident de ne pas aller voter, il faut qu'ils sachent au préalable quel parti va former le gouvernement, ce qui est impossible avec le décalage des heures de scrutin, comme il l'a lui-même reconnu. Il a aussi souligné l'importance de pouvoir prédire un gagnant, sans quoi le déséquilibre informationnel n'a aucune incidence sur le comportement des électeurs :

[TRADUCTION]

Q Et vous me dites si vous -- c'est toujours votre témoignage, n'est-ce pas? « Vous avez besoin des prédictions sur le gagnant pour pouvoir voter -- et il faut que ces prédictions soient faites et qu'elles soient différentes des résultats escomptés pour qu'on puisse parler d'effet sur la participation »?

R Absolument, je maintiens ce que j'ai dit.

. . .

Q Parmi les études que vous avez citées et sur lesquelles vous vous êtes fondé, y en a-t-il qui mentionnent que le fait de connaître certains résultats, mais pas l'issue . . . sans aucune projection . . . incite les gens à rester chez eux et à ne pas aller voter?

. . .

R Aucune.

. . .

Q . . . Dans toutes les études menées aux États-Unis qui ont mentionné une incidence sur le comportement des électeurs, que ce soit la participation, le vote stratégique ou un comportement quelconque des électeurs, pour qu'on puisse conclure à un changement de comportement -- ou à ce comportement, excusez-moi, nous ne savons s'il s'agit d'un changement, de données globales -- il faut qu'il y ait d'abord des prédictions des médias?

A Well --

Q In those instances where there was no media call because the race was too close, I understood that the studies that you cited to say no effect?

A I think I conceded when I talked about how to view these studies. I said that one couldn't imagine there being effect if there is no media call, because that's the -- that's one of the variables that one is arguing is important, the presence of a media call, that has an effect on voters in certain circumstances and certain times of races, when they hear that information it causes them to change their mind. So when there is no call, ther[e] can't really be an effect. You're right.

Q [I]n order for there to be an effect on voter behaviour . . . there has to be a media call? No media call, no effect?

A I think to the extent that that's what you're looking at, yes. . . . I think that's right.

In Professor MacDermid's view, however, "[t]he important point" is not so much "whether voters engage in [strategic] voting", since, in his words, "[m]ost probably decide to do this even before election day and how they choose to explain or arrive at reasons for voting is really their own business." Notwithstanding his observation that inconclusive results do not affect voter turnout or behaviour, he was nonetheless of the view that the real harm is in the fact that "some voters have information about the race that others cannot have". The harm is the mere fact of an information imbalance.

In his report, he further explains the harm from information imbalance as being a feeling that "western voters don't count since eastern voters have already decided the election". Yet it is difficult to see how this perception of unfair treatment can be even theoretically attributed to Western voters when, in the context of staggered hours, they will not know the final decision when they vote. Whatever other conclusions voters may be able to

R Eh bien --

Q Dans les cas où les médias n'ont pas fait de prédiction parce que la course était trop serrée, je crois comprendre que les études que vous citez concluent à l'absence d'effets?

R Je pense que je l'ai admis lorsque j'ai parlé de la façon dont il faut interpréter ces études. J'ai dit qu'on ne peut concevoir qu'il y aurait des effets en l'absence de prédiction des médias, parce que c'est -- c'est une des variables présentées comme importantes, la présence de prédictions des médias, qui a un effet sur les électeurs dans certaines circonstances et à certains moments de la course, lorsqu'ils entendent cette information, cela les fait changer d'avis. C'est pourquoi sans prédiction il ne peut véritablement y avoir d'effet. Vous avez raison.

Q [P]our qu'il y ait un effet sur le comportement des électeurs . . . il faut qu'il y ait une prédiction des médias? Pas de prédiction, pas d'effet?

R Je pense que dans la mesure où l'on pose ainsi la question, oui . . . je pense que c'est exact.

115 Selon le professeur MacDermid, toutefois, [TRADUCTION] « le plus important », ce n'est pas tellement de « savoir si les électeurs recourent au vote [stratégique] » étant donné que, pour reprendre ses propos, « [i]ls ont très probablement pris la décision de le faire même avant le jour des élections et les raisons de leur choix de vote leur sont personnelles. » Malgré son observation que les résultats inconcluants n'ont aucune incidence sur la participation électorale ou le comportement des électeurs, il estime quand même que le véritable préjudice réside dans le fait que [TRADUCTION] « certains électeurs disposent de renseignements sur la course électorale que d'autres ne peuvent avoir ». Le préjudice est le simple fait qu'il y a un déséquilibre informationnel.

116 Dans son rapport, il a aussi expliqué que le préjudice résultant du déséquilibre informationnel tient à l'impression que [TRADUCTION] « les électeurs de l'Ouest du pays ne comptent pas puisque ceux de la région de l'Est ont déjà décidé de l'issue du scrutin ». Pourtant, il est difficile de voir comment cette perception de traitement injuste peut être attribuée, même théoriquement, aux électeurs de l'Ouest canadien, car, dans le contexte des heures décalées,

draw for themselves about the Atlantic election results, they will not realistically be able to predict the outcome of the election and therefore, logically, the perception that they "don't count" is unlikely, given that they will only know, at most, 11 percent of the election outcome when they do vote.

117 Professor MacDermid was unable to offer any support for his theory that information imbalances have an inherently harmful impact. The possibility that some Western voters might be influenced by results from Atlantic Canada cannot be completely discounted, but the question is not, it seems to me, whether there will be any impact on Western voters of knowing the results from these 32 ridings. It is impossible to immunize voters from all conceivable influences, as this Court concluded in *Thomson Newspapers* when it struck down the ban on the availability of opinion poll information immediately before an election. The question is whether the impact will be a harmful one, and while deciding not to vote may be in this category, Professor MacDermid's evidence was that there is no impact on voter turnout unless the outcome of the election is known or knowable.

118 Nor is there support in the Lortie Commission for the contention that this information imbalance is so significant a public concern as to justify a complete ban no matter how inconclusive the election information is. The government observed that the Lortie Commission found that Canadians "feel very strongly about premature release of election results and favour changes in voting hours to eliminate the problem" (vol. 2, at p. 84). But this quotation must be read with the perspective of its timing. It refers to the attitudes of Canadians before staggered voting hours were introduced, and explains why the Commission recommended them as an alternative to the ban on disclosing election results. It also explains, as does the Decima poll discussed

ils ne connaîtront pas la décision finale quand ils vont voter. Quelles que soient les autres conclusions qu'ils peuvent tirer des résultats électoraux pour les provinces de l'Atlantique, ils ne pourront pas d'une façon réaliste prédire l'issue du scrutin; par conséquent, logiquement, la perception qu'ils « ne comptent pas » est improbable étant donné que les seuls résultats qu'ils connaîtront quand ils se rendent aux urnes ne représentent au plus que 11 pour 100 des résultats électoraux.

Le professeur MacDermid n'était pas en mesure d'appuyer sa théorie que les déséquilibres informationnels comportent un effet intrinsèquement préjudiciable. On ne peut pas écarter complètement la possibilité que des électeurs de l'Ouest du pays puissent être influencés par les résultats pour le Canada atlantique, mais il ne s'agit pas, à mon avis, de savoir si le fait de connaître les résultats pour ces 32 circonscriptions aura une incidence sur les électeurs de l'Ouest du Canada. Il est impossible d'immuniser les électeurs contre toutes les influences concevables, comme l'a conclu la Cour dans *Thomson Newspapers* lorsqu'elle a invalidé l'interdiction de communiquer les résultats de sondage d'opinion juste avant une élection. La question est de savoir s'il s'agit d'un effet préjudiciable, et même si le fait de décider de ne pas voter peut relever de cette catégorie, d'après le témoignage du professeur MacDermid, il n'y a aucune incidence sur la participation électorale, sauf si l'issue de l'élection est connu ou peut être connu.

La Commission n'appuie non plus l'argument que le déséquilibre informationnel est une si grande préoccupation pour le public qu'il justifie une interdiction totale, peu importe que les informations sur les élections ne soient pas concluantes. Le gouvernement a fait observer que, selon la Commission, les Canadiens « sont très sensibles à la divulgation prématurée des résultats et souhaitent que ce problème soit résolu en modifiant les heures du scrutin » (vol. 2, p. 90). Il convient toutefois de replacer ces propos dans leur contexte chronologique. Ils font référence à l'opinion des Canadiens avant l'institution des heures de scrutin décalées et ils expliquent pourquoi la Commission a recommandé cette mesure en remplacement de

below, why I accept, unequivocally, that the government's objective of protecting the perception of electoral fairness is a pressing and substantial one.

It does not, however, justify the impairment of the right. Had the Lortie Commission been of the view that all information imbalances were problematic or harmful, either perceptually or behaviourally, it would have suggested that a solution like staggered hours be accompanied by the retention of the ban to prevent an information imbalance from knowing 32 riding results.

The specific harm the Lortie Commission identified was in voters knowing the outcome of the election when they voted. It never suggested that the mere fact of an information imbalance created a perceptual harm to public confidence in electoral fairness. In fact, it observed that "the release of some election results before polls close in the West — specifically, results from the 32 seats in Atlantic Canada — would not constitute a major problem so long as other results from eastern Canada were not available until after the polls closed in the West" (vol. 2, at p. 85 (emphasis added)). As Kelleher J. noted, "the most pressing concern [of the Lortie Commission] was ensuring that voters in the west did not hear results from Quebec and Ontario before the polls closed, since these two provinces have the potential to determine who will form the government" (para. 36).

The harm perceived by the Lortie Commission — the influence on voter perception generated by knowing the Ontario and Quebec results — is alleviated by staggered hours. This leaves only the questionable harm of knowing the Atlantic results in the absence of a ban. With respect, therefore, I disagree with the assertion of my colleague Justice Fish that "the findings of the Lortie Commission provide a sound basis for concluding that this

l'interdiction de diffusion des résultats électoraux. Ils expliquent aussi, tout comme le sondage Décima, dont il est question ci-après, pourquoi je reconnais, sans équivoque, que l'objectif du gouvernement de préserver la perception d'équité électorale est urgent et réel.

Cependant, cet objectif ne justifie pas pour autant l'atteinte au droit. Si la Commission avait estimé que tout déséquilibre informationnel pose des problèmes ou est préjudiciable, sur le plan de la perception ou du comportement, elle aurait proposé qu'une solution comme le décalage des heures de scrutin soit accompagnée par le maintien de l'interdiction pour empêcher que la connaissance des résultats pour 32 circonscriptions n'entraîne un déséquilibre informationnel. 119

Le préjudice spécifique dont parle la Commission est le fait que des électeurs connaissent l'issue de l'élection avant d'aller voter. Elle n'a jamais laissé entendre que le simple déséquilibre informationnel crée un préjudice perceptuel à l'égard de la confiance du public dans l'équité électorale. À vrai dire, elle fait observer que « la divulgation de quelques résultats — en l'occurrence ceux des 32 sièges des provinces de l'Atlantique — serait acceptable, à condition que les autres résultats de l'Est ne soient rendus publics qu'après la clôture du scrutin dans l'Ouest » (vol. 2, p. 91 (je souligne)). Comme l'a fait remarqué le juge Kelleher, [TRADUCTION] « ce qui comptait le plus [pour la Commission] était de veiller à ce que les électeurs de l'Ouest du Canada n'apprennent pas les résultats pour le Québec et l'Ontario avant la fermeture de leurs bureaux de scrutin, parce que ces deux provinces peuvent déterminer qui formera le gouvernement » (par. 36). 120

Le préjudice perçu par la Commission — l'influence sur la perception des électeurs due à la connaissance des résultats pour l'Ontario et le Québec — est atténué par le décalage des heures de scrutin. Il reste seulement le préjudice douteux découlant de la connaissance des résultats pour les provinces de l'Atlantique en l'absence d'interdiction. Soit dit en tout respect, je ne souscris donc pas à l'affirmation de mon collègue le juge Fish que 121

information imbalance is a real and significant harm" (para. 71).

« les constatations de la Commission Lortie constituent une assise solide permettant de conclure que ce déséquilibre crée un préjudice réel et important » (par. 71).

122 The government also introduced the Decima Research/Carleton University Poll as persuasive of the fact that, without the ban, Canadians would perceive elections to be unfair. According to this poll, 70 percent of Canadians surveyed "thought people should not be able to know election results from other provinces before their polls close". We do not know how these same Canadians would have responded if the purpose and effects of staggered hours had been explained. Absent the relevant context, the answer is a very general response to a very general question and is indicative of an unsurprising public preference for the goal of electoral fairness, not persuasive evidence that elections would in fact be seen by reasonably informed Canadians to be unfair unless there was a ban prohibiting voters from learning the results of Atlantic Canada's 32 ridings before they voted.

Le gouvernement a également présenté le sondage Décima comme établissant que, sans l'interdiction, les Canadiens percevraient les élections comme inéquitables. Selon ce sondage, 70 pour 100 des Canadiens interrogés « croient que personne ne devrait connaître les résultats des autres provinces avant la fermeture des bureaux de scrutin de [sa] circonscription ». Nous ne savons pas comment ces mêmes Canadiens auraient réagi si on leur avait expliqué le but et les effets du décalage des heures de scrutin. Sans contexte pertinent, la réponse à une question de sondage est d'ordre très général — comme la question elle-même d'ailleurs —, et révèle la préférence du public pour l'objectif d'équité électorale, ce qui n'est pas étonnant; elle ne constitue pas la preuve convaincante que des Canadiens raisonnablement informés considéreraient en fait les élections comme inéquitables à moins qu'une interdiction empêche les électeurs de connaître les résultats pour les 32 circonscriptions du Canada atlantique avant d'aller voter.

123 Any potential benefits of the publication ban are also diminished by the reality that, as the Lortie Commission pointed out, the s. 329 publication ban was "rendered obsolete" by broadcasting and telecommunications technology (vol. 2, at p. 84). The ineffectiveness of the blackout was one of the reasons the Commission recommended that it be replaced by suggested staggered hours. Even the Decima poll submitted by the government found that among those surveyed who were considered "[i]nvolved" Canadians, 35 percent indicated that they would make an effort to find out election results despite the ban. As Professor Chris Waddell observed in commenting on the Decima poll:

De plus, tout effet bénéfique que pourrait présenter l'interdiction de diffusion se trouve amoindri par la réalité selon laquelle, comme l'a souligné la Commission, l'interdiction de diffusion prévue à l'art. 329 « est aujourd'hui désuète » à cause des techniques de radiodiffusion et de télécommunications (vol. 2, p. 90). C'est notamment à cause de l'inefficacité de l'embargo que la Commission a recommandé de le remplacer par un décalage des heures de scrutin. Il ressort même du sondage Décima déposé en preuve par le gouvernement que 35 pour 100 des répondants considérés comme Canadiens « impliqués » ont indiqué qu'ils tenteraient de connaître les résultats malgré l'interdiction. Comme l'a fait observer le professeur Chris Waddell dans ses commentaires sur le sondage Décima :

[T]hanks to technology there are more and more ways for people to get around the blackout if they wish.

Grâce à la technologie, les gens ont de plus en plus de moyens de contourner l'interdiction de diffusion.

Unlike phone calls to a single person or web sites where content can be controlled, e-mails, instant messages and cell phone text messages can all be distributed simultaneously to a broad cross-section of people. So while a majority support the blackout, the blackout itself is . . . more a fiction for those who are really interested in how the votes are being counted on election night.

Contrairement aux appels téléphoniques individuels ou aux sites Web dont le contenu peut être contrôlé, les courriels, la messagerie instantanée et les messages texte peuvent rejoindre simultanément de vastes segments de la population. Bien qu'une majorité de citoyens appuient l'interdiction de diffusion, cette interdiction est somme toute théorique car il est facile pour les gens de contourner et d'obtenir les résultats de façon prématurée le soir du scrutin.

The impact of technology on the unenforceability of a publication ban was considered by this Court in the context of criminal proceedings in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Lamer C.J.'s conclusions are, in my view, particularly apposite in the circumstances of this case, when he observed that:

124 La Cour a examiné les effets de la technologie sur l'inapplicabilité d'une interdiction de publication dans le contexte d'instances criminelles, dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Les conclusions du juge en chef Lamer me semblent particulièrement pertinentes en l'espèce :

It should also be noted that recent technological advances have brought with them considerable difficulties for those who seek to enforce bans. The efficacy of bans has been reduced by the growth of interprovincial and international television and radio broadcasts available through cable television, satellite dishes, and shortwave radios. It has also been reduced by the advent of information exchanges available through computer networks. In this global electronic age, meaningfully restricting the flow of information is becoming increasingly difficult.

Il y a également lieu de signaler que les récents progrès technologiques ont entraîné dans leur sillage des difficultés considérables pour ceux qui cherchent à faire valoir des interdictions. Leur efficacité a été réduite d'autant que s'est accru le nombre d'émissions télévisées et radiophoniques accessibles au niveau interprovincial et international par câblodiffusion, antenne parabolique orientable et radio à ondes courtes. Elles ont également souffert de l'avènement des échanges d'informations rendues possibles par les réseaux informatiques. En cette ère d'électronique globale, restreindre de façon significative la circulation de l'information devient de plus en plus difficile.

. . .

. . .

If the actual beneficial effects of publication bans are limited, then it might well be argued . . . that the negative impact the ban has on freedom of expression outweighs its useful effects. [pp. 886-87]

Si les effets bénéfiques réels des interdictions de publication sont limités, on peut très bien soutenir dans certains cas que les conséquences négatives de l'interdiction sur la liberté d'expression excèdent ses effets utiles. [p. 886-887]

125 All of this leads me to conclude that any inference that the information imbalance created by lifting the ban in s. 329 would have a harmful impact of any kind on voter turnout, choice or perception, is highly theoretical and far from sufficiently persuasive to justify infringing the core right at issue in this case. It is true that scientific proof of the harmful effects of the information imbalance created by disclosing Atlantic Canada's election results may not be possible, but there must

Tout cela m'amène à conclure que toute inférence que le déséquilibre créé par la levée de l'interdiction prévue à l'art. 329 aurait un effet préjudiciable quelconque sur la participation, le choix ou la perception des électeurs est hautement théorique et loin d'être suffisamment convaincante pour justifier l'atteinte au droit fondamental qui est en cause en l'espèce. Il est vrai qu'il n'est peut-être pas possible de prouver scientifiquement les effets préjudiciables du déséquilibre informationnel créé par la

still be a reasoned or logical basis for inferring its validity.

126 The evidence of Professor MacDermid is that there is no effect on voter turnout unless the voter is able to predict the election's outcome. The evidence from the Lortie Commission suggests that there is no harm to public perception from knowing the results of 32 ridings. And the evidence of the Decima poll does not address, one way or another, whether this *particular* information imbalance would be harmful to public perceptions of electoral fairness. This makes the government's evidence essentially a combination of speculation and theory, unsubstantiated by cogent evidence.

127 It is far from clear to me that there is any evidence at all to demonstrate that the ban in s. 329, in the context of staggered hours, is directed at a demonstrated harm and sufficiently promotes public confidence in the fairness of elections to justify infringing the right to disseminate and receive election results. This view was shared by Stephen Harper, then a Member of Parliament for the Reform Party, at the third reading in 1996 of Bill C-63 (*An Act to amend the Canada Elections Act, the Parliament of Canada Act and the Referendum Act*), when he observed:

> It is important to realize, and anybody who looks at the transcripts of the committee will see that no convincing evidence was provided to the committee that this is creating a serious problem in the functioning of our democracy.
>
> . . . I asked the various witnesses whether there was any documented evidence or any serious academic study on whether knowing the results in other parts of the country had either of two effects: caused people not to vote or it caused them to vote differently than they would vote otherwise. There is precious little evidence that either of these things are true.
>
> (*House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., November 26, 1996, at p. 6723)

128 On the other hand, the harm caused by the ban to the expressive rights in s. 2(*b*) is considerable. For

communication des résultats électoraux pour l'Est du Canada, mais il demeure qu'il faut se fonder sur la raison et la logique pour inférer la validité d'une telle preuve.

Selon le professeur MacDermid, il n'y a aucune incidence sur la participation électorale à moins que l'électeur puisse prédire l'issue du scrutin. De plus, il ressort du rapport Lortie que la connaissance des résultats pour 32 circonscriptions n'entraîne aucun préjudice pour la perception du public. Par ailleurs, le sondage Décima ne permet pas de déterminer si ce déséquilibre informationnel *particulier* aurait un effet préjudiciable sur la perception d'équité électorale du public. Ce qui fait que le témoignage du gouvernement est essentiellement hypothétique et théorique, non fondé sur une preuve convaincante.

Il est loin d'être évident que l'interdiction prévue à l'art. 329, compte tenu du décalage des heures de scrutin, vise un préjudice dont la preuve a été établie et renforce suffisamment la confiance du public dans l'équité des élections pour justifier l'atteinte au droit de diffuser et de recevoir des résultats électoraux. M. Stephen Harper, alors député du Parti réformiste, a souscrit à ce point de vue à la troisième lecture du projet de loi C-63 (*Loi modifiant la Loi électorale du Canada, la Loi sur le Parlement du Canada et la Loi référendaire*) :

> Il est important de se rendre compte que — et il suffit de lire les travaux du comité pour s'en convaincre — aucune preuve n'a été présentée au comité pour établir que cette situation nuisait vraiment beaucoup au fonctionnement de notre démocratie.
>
> . . . j'ai demandé à divers témoins s'il existait des documents ou une étude théorique sérieuse établissant que le fait de connaître les résultats des élections dans une autre partie du pays pouvait avoir les conséquences suivantes : inciter les gens à ne pas voter ou les inciter à modifier leur vote. Rien ne permet de conclure, à vrai dire, que cela arrive.
>
> (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 26 novembre 1996, p. 6723)

Par contre, le préjudice causé par l'interdiction d'exercer les droits d'expression garantis par

the duration of the ban, the Atlantic election results are denied to all Canadians west of the Atlantic provinces, many of whom have already voted. It is difficult to imagine a more important aspect of democratic expression than voting and learning the results of their vote. The s. 329 ban impairs the right both to disseminate and receive election results at a crucial time in the electoral process. To suggest that this is only a delay, not the suppression of information, unduly minimizes the significance both of the information and of the delay.

l'al. 2*b*) est considérable. Pour la durée de l'interdiction, les Canadiens se trouvant à l'ouest des provinces de l'Atlantique, dont beaucoup ont déjà voté, ne peuvent avoir accès aux résultats électoraux pour la région de l'Atlantique. Il est difficile d'imaginer un aspect plus important de l'expression démocratique que le vote et le fait d'être informé des résultats de leur vote. L'interdiction prévue par l'art. 329 porte atteinte au droit de diffuser et à celui de recevoir les résultats des élections à un moment crucial du processus électoral. Affirmer qu'il s'agit seulement de retarder la communication des informations et non de les supprimer minimise indûment l'importance à la fois des informations et du retard.

The fact that the suppression of information is of limited duration is not determinative. News is news precisely because of its immediacy, especially during an election, where a great deal of information and analysis must be passed on to the public in a short period of time. Canadians are entitled to know, as soon as possible, who their elected representatives are. 129

Le fait que la suppression des informations est de courte durée n'est pas déterminant. Ce qui définit les nouvelles, c'est précisément leur immédiateté, surtout pendant la période électorale, où beaucoup d'informations et d'analyses doivent être transmises au public en peu de temps. Les Canadiens ont le droit de connaître, aussitôt que possible, ceux qui ont été élus pour les représenter.

There is, in addition, harm of a more practical nature. The technical challenges faced by the media when implementing the ban are considerable, and mean that individuals in certain areas may not receive radio or television election coverage even though the polls have closed in their area of the country. The media's role in disseminating election information to the public is crucial. Election coverage is how the public learns the outcome of its defining democratic right — voting. It is in this country's interest to enhance, not impede, the media's ability to transmit this evolving information as it becomes available. Similarly, Atlantic Canadians who rely on the Internet as their primary source of news are denied any election news from their medium of choice since the transmission of election results over the Internet is prohibited until the end of the blackout. 130

Il y a un autre préjudice de nature plus pratique. Les difficultés techniques que rencontrent les médias dans la mise en œuvre de l'interdiction sont considérables et signifient qu'il se peut que les gens de certaines régions ne reçoivent pas la couverture des élections par radio ou télévision même si leurs bureaux de scrutin ont déjà fermé. Le rôle des médias dans la diffusion des informations électorales est crucial. C'est grâce à la couverture des élections que le public apprend les résultats de l'exercice de son droit démocratique, à savoir le vote. Il est dans l'intérêt de ce pays d'accroître, et non d'entraver, la capacité des médias de transmettre ces informations changeantes au fur et à mesure qu'ils les reçoivent. De même les Canadiens de la région de l'Atlantique qui recourent à Internet comme principale source d'informations ne pourront pas obtenir d'informations sur les élections à partir du média de leur choix étant donné qu'il est interdit de transmettre les résultats électoraux sur Internet avant la fin de l'embargo.

All of this harm to the *Charter* right is demonstrable; the benefits of the ban are not. To justify 131

Tout ce préjudice causé à un droit garanti par la *Charte* peut se démontrer; ce n'est pas le cas des

limiting a right, the evidence must establish the consequential harm that would occur in the absence of this limitation. The government has offered only hypothetical and speculative evidence. There is no reasonable basis for assuming that Canadian voters will perceive the electoral process to be unfair or will adjust their voting behaviour based on learning the results of 11 percent of the election results. I agree with Kelleher J. who concluded:

> There was no evidence before the trial judge of any effect on voter behaviour. The evidence of Dr. MacDermid was that an information imbalance could have harmful effects: it could reduce voter turnout, it could influence how citizens vote by causing strategic voting, it could cause "bandwagon" voting, and it could cause "underdog" voting. But the evidence does not show that any of these harmful effects occurs in the context of staggered voting hours. There is no evidence of reduced turnout where any early results information relates to no more than 11 per cent of the ridings. Similarly, strategic voting, "underdog" voting or "bandwagon" voting occurs where the likely outcome of the election is known from the results published from another part of the country. As noted above, the 32 ridings in Atlantic Canada cannot determine the likely outcome of the election . . . . [para. 44]

132 There is, therefore, no persuasive evidence of harm requiring the remedial attention of a publication ban. This means that the government's justification fails the proportionality branch since there can be nothing proportional between the benefits of a limitation and its harmful effects if there is no demonstrated benefit to the limitation.

133 This Court concluded in *Thomson Newspapers* that it was constitutionally impermissible to prevent voters from learning about public opinion polls just before an election because no harm could be imputed from this knowledge. Similarly, in this case the imputation of harm is weak, speculative and unpersuasive. Potential harm caused by electoral informational imbalance is eliminated

effets bénéfiques de l'interdiction. Pour justifier la restriction d'un droit, il faut que la preuve établisse le préjudice qui pourrait survenir sans cette restriction. Or, le gouvernement n'a présenté que des éléments de preuve hypothétiques. Aucun fondement rationnel ne permet de présumer que les électeurs canadiens percevront le processus électoral comme étant injuste ou modifieront leur comportement après avoir pris connaissance de 11 pour 100 des résultats électoraux. Je souscris aux conclusions du juge Kelleher :

> [TRADUCTION] Le juge de première instance ne disposait d'aucun élément de preuve concernant un quelconque effet sur le comportement des électeurs. Le professeur MacDermid avait témoigné que le déséquilibre informationnel pouvait avoir des effets préjudiciables : réduction de la participation aux élections, choix électoraux influencés par le vote stratégique, par l'effet d'entraînement ou par l'effet du perdant. Toutefois, la preuve n'établit pas qu'un de ces effets préjudiciables se fait sentir dans le contexte des heures de scrutin décalées. Rien ne prouve que la participation électorale diminue en cas de diffusion prématurée des résultats électoraux ne concernant pas plus de 11 pour 100 des circonscriptions. De même, le vote stratégique, l'effet d'entraînement ou l'effet du perdant ne se produisent que si la communication des résultats pour une autre partie du pays permet de prédire l'issue probable du scrutin. Or, comme on l'a vu, les 32 circonscriptions du Canada atlantique ne peuvent déterminer l'issue probable du scrutin . . . [par. 44]

Par conséquent, il n'existe aucune preuve convaincante permettant de conclure à l'existence d'un préjudice auquel il faut remédier par une interdiction de diffusion. La justification invoquée par le gouvernement ne satisfait donc pas au critère de la proportionnalité, car on ne peut dire qu'il y ait proportionnalité entre les effets bénéfiques d'une restriction et ses effets préjudiciables si aucun effet bénéfique de la restriction n'a été démontré.

Dans *Thomson Newspapers*, la Cour a conclu que la Constitution ne permet pas d'empêcher les électeurs de prendre connaissance de sondages juste avant le scrutin, car on ne peut conclure que cette connaissance aura des effets préjudiciables. De même, en l'espèce, l'imputation du préjudice est faible, hypothétique et peu convaincante. Le préjudice que pourrait causer le déséquilibre en matière

by staggered hours, which guarantee that voters cannot know what the overall outcome of the election is likely to be before they go to the polls, the only harmful information imbalance identified by the Lortie Commission as worthy of remedial attention. Section 329 of the *Canada Elections Act* is, therefore, a remedy for an undemonstrated problem and, as a result, an overbroad intrusion on a *Charter* right. As an excessive response to an insufficiently proven harm in light of the implementation of staggered voting hours, the publication ban in s. 329 of the *Canada Elections Act* is therefore a violation of s. 2(*b*) of the *Charter* that is not justified under s. 1.

d'information électorale est éliminé par le décalage des heures de scrutin, qui empêche les électeurs de connaître le résultat global probable des élections avant d'aller voter — le seul déséquilibre informationnel préjudiciable qui, selon la Commission, soit digne de mesure corrective. L'article 329 de la *Loi électorale du Canada* cherche donc à corriger un problème dont l'existence n'a pas été démontrée et, en raison de sa trop grande portée, il empiète sur un droit garanti par la *Charte*. Compte tenu du décalage des heures de scrutin, l'interdiction de diffusion prévue à l'art. 329 — réponse excessive à un préjudice dont l'existence n'a pas été établie par une preuve suffisante — constitue donc une violation de l'al. 2*b*) de la *Charte* qui n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside Mr. Bryan's conviction, and declare s. 329 of the *Canada Elections Act* to be of no force or effect by virtue of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

134 Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de M. Bryan et de rendre un jugement déclaratoire portant que l'art. 329 de la *Loi électorale du Canada* est inopérant par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Appeal dismissed, McLACHLIN C.J. *and* BINNIE, LeBEL *and* ABELLA JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté, la juge en chef McLACHLIN *et les juges* BINNIE, LeBEL *et* ABELLA *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: Taylor Jordan Chafetz, Vancouver.

Procureurs de l'appelant : Taylor Jordan Chafetz, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

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

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Solicitors for the interveners Canadian Broadcasting Corporation, CTV Inc., TVA Group Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limited, Sun Media Corporation, Sun Media (Toronto) Corporation, Canadian Press, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc. and Canoe Inc.: Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs des intervenantes Société Radio-Canada, CTV Inc., Groupe TVA Inc., Rogers Broadcasting Limited, CHUM Limitée, Corporation Sun Media, Sun Media (Toronto) Corporation, Presse canadienne, Globe and Mail, CanWest MediaWorks Inc., CanWest MediaWorks Publications Inc. et Canoe Inc. : Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Phoenix Bulk Carriers Limited *Appellant*

v.

Kremikovtzi Trade also known as Kremikovski Trade *Respondent*

INDEXED AS: PHOENIX BULK CARRIERS LTD. *v.* KREMIKOVTZI TRADE

Neutral citation: 2007 SCC 13.

File No.: 31347.

2007: February 14; 2007: March 16.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Action in rem against cargo — Cargo owner entering into contract of affreightment with carrier but shipping cargo on vessel operated by another company — Carrier bringing in rem action against cargo — Federal Court of Appeal erred in striking in rem statement of claim and in setting aside arrest warrant of cargo — Arrested cargo "property . . . subject of the action" within meaning of s. 43(2) of Federal Courts Act — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 43(2).

Courts — Federal Court — In rem jurisdiction — Section 43(2) of Federal Courts Act granting in rem jurisdiction "against the ship, aircraft or other property that is the subject of the action" — Meaning of expression "subject of the action" — "Physical nexus" approach to interpretation of s. 43(2) to be rejected in favour of "identifiability" approach — Cargo "subject of the action" if cargo designated in contract of affreightment alleged to be breached — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 43(2).

Held: The appeal should be allowed on the issue of *in rem* jurisdiction and the remaining two issues remitted to the Federal Court of Appeal.

Phoenix Bulk Carriers Limited *Appelante*

c.

Kremikovtzi Trade, également appelée Kremikovski Trade *Intimée*

RÉPERTORIÉ : PHOENIX BULK CARRIERS LTD. *c.* KREMIKOVTZI TRADE

Référence neutre : 2007 CSC 13.

N° du greffe : 31347.

2007 : 14 février; 2007 : 16 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Action in rem contre une cargaison — Propriétaire d'une cargaison concluant un contrat d'affrètement avec un transporteur, mais expédiant la cargaison à bord d'un navire exploité par une autre entreprise — Action in rem intentée par le transporteur contre la cargaison — Erreur de la Cour d'appel fédérale commise en radiant la déclaration in rem et en annulant le mandat de saisie de la cargaison — Action « portant » sur la cargaison saisie au sens de l'art. 43(2) de la Loi sur les Cours fédérales — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 43(2).

Tribunaux — Cour fédérale — Compétence en matière réelle — Article 43(2) de la Loi sur les Cours fédérales conférant une compétence en matière réelle « dans toute action portant sur un navire, un aéronef ou d'autres biens » — Signification du mot « portant » — Rejet du critère du « lien matériel » au profit de celui de l'« identifiabilité » pour l'interprétation de l'art. 43(2) — L'action « porte » sur la cargaison lorsque celle-ci est celle visée par le contrat d'affrètement dont la rupture est alléguée — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 43(2).

Arrêt : Le pourvoi est accueilli quant à la question de la compétence en matière réelle et les deux autres questions en litige sont renvoyées à la Cour d'appel fédérale.

Cases Cited

Not followed: *Paramount Enterprises International, Inc. v. An Xin Jiang (The)*, [2001] 2 F.C. 551.

Statutes and Regulations Cited

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 43(2).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Sharlow and Malone JJ.A.), [2006] 3 F.C.R. 475, 345 N.R. 61, [2006] F.C.J. No. 9 (QL), 2006 FCA 1, setting aside an order of Rouleau J. dismissing a motion to strike an *in rem* statement of claim and to set aside a warrant of arrest. Appeal allowed.

Peter G. Pamel, Jean-Marie Fontaine and *Rick Williams*, for the appellant.

John W. Bromley, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT — This appeal arises from the arrest of a cargo of coal on a ship. The cargo was arrested as an interim security measure to secure the outcome of an arbitration proceeding in London, England. The arbitration relates to an alleged breach of a contract of affreightment (or charter party) dated July 27, 2005. The appellant alleges that, in breach of the contract, the respondent loaded the cargo on a competitor's ship, the "M/V Swift Fortune", resulting in a loss to the appellant of US$388,403.63.

The appellant commenced an action *in rem* against "The Cargo of Coal loaded on the ship 'M/V Swift Fortune'", and *in personam* against "The Owners of the Cargo and all others interested in the cargo of coal loaded on the ship 'M/V Swift Fortune'". The appellant also sought, and received, a warrant to arrest the cargo from the Federal Court, and after the warrant was issued, caused the cargo to be arrested on board the "M/V Swift Fortune". The action itself has been stayed in favour of the arbitration proceedings in London.

The respondent brought a motion to set aside the warrant of arrest, and to strike the *in rem* statement

Jurisprudence

Arrêt non suivi : *Paramount Enterprises International, Inc. c. An Xin Jiang (Le)*, [2001] 2 C.F. 551.

Lois et règlements cités

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 43(2).

POURVOI contre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Sharlow et Malone), [2006] 3 R.C.F. 475, 345 N.R. 61, [2006] A.C.F. nº 9 (QL), 2006 CAF 1, qui a annulé la décision du juge Rouleau rejetant la demande de radiation de la déclaration *in rem* et d'annulation du mandat de saisie. Pourvoi accueilli.

Peter G. Pamel, Jean-Marie Fontaine et *Rick Williams*, pour l'appelante.

John W. Bromley, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Le présent pourvoi a pour origine la saisie d'une cargaison de charbon, à titre conservatoire, jusqu'à l'issue d'une procédure d'arbitrage engagée à Londres, en Angleterre. L'arbitrage porte sur la rupture alléguée d'un contrat d'affrètement (ou charte-partie) daté du 27 juillet 2005. L'appelante soutient que, contrairement à ce que prévoyait le contrat, l'intimée a chargé la cargaison à bord d'un navire d'un concurrent, le « M/V Swift Fortune », lui infligeant une perte de 388 403,63 $US. 1

L'appelante a intenté une action *in rem* contre « la cargaison de charbon chargée sur le navire "M/V Swift Fortune" » et une action *in personam* contre « les propriétaires de la cargaison de charbon chargée sur le navire "M/V Swift Fortune" et toutes autres personnes intéressées dans ladite cargaison ». Elle a également obtenu de la Cour fédérale, puis exécuté sur le navire « M/V Swift Fortune », un mandat de saisie de la cargaison. L'action elle-même a été suspendue jusqu'à l'issue de la procédure d'arbitrage en instance à Londres. 2

L'intimée a demandé l'annulation du mandat de saisie et la radiation de la déclaration *in rem*. Le 3

of claim. The motions judge, Rouleau J., dismissed the respondent's motion. The respondent appealed to the Federal Court of Appeal. The Federal Court of Appeal allowed the appeal on the basis that it was bound by its earlier decision in *Paramount Enterprises International, Inc. v. An Xin Jiang (The)*, [2001] 2 F.C. 551, but it indicated that it would have reached a different result but for the decision: [2006] 3 F.C.R. 475, 2006 FCA 1. Whatever the merits of the practice that led the Federal Court of Appeal to allow the appeal, its conclusion that s. 43(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, was not satisfied in this case cannot stand.

4 For the reasons given by Nadon J.A., we agree that the narrow "physical nexus" interpretation of s. 43(2) should be rejected, in favour of an "identifiability" test that asks whether the cargo is the cargo designated in the contract of affreightment alleged to be breached. Applying this approach, we are satisfied that s. 43(2) has been satisfied in this case.

5 Accordingly, we would allow the appeal on this point with costs throughout, and remit the matter to the Federal Court of Appeal for consideration of the two remaining issues.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bromley Chapelski, Vancouver.

juge Rouleau a rejeté la requête. L'intimée a interjeté appel. S'estimant liée par son arrêt *Paramount Enterprises International, Inc. c. An Xin Jiang (Le)*, [2001] 2 C.F. 551, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel; elle a cependant précisé que n'eût été cet arrêt, elle aurait statué différemment : [2006] 3 R.C.F. 475, 2006 CAF 1. Que la Cour d'appel fédérale ait été fondée ou non d'appliquer la règle qui l'a amenée à accueillir l'appel, elle a eu tort de conclure que l'exigence du par. 43(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, n'était pas respectée en l'espèce.

Pour les motifs invoqués par le juge Nadon de la Cour d'appel fédérale, nous rejetons, pour les besoins de l'interprétation du par. 43(2), le critère restrictif du « lien matériel » au profit de celui de l'« identifiabilité » qui consiste à déterminer si la cargaison est celle visée par le contrat d'affrètement dont la rupture est alléguée. Suivant ce critère, nous sommes convaincus que l'exigence du par. 43(2) est respectée en l'espèce.

Nous accueillons donc le pourvoi avec dépens dans toutes les cours quant à cette question et renvoyons l'affaire à la Cour d'appel fédérale pour qu'elle statue sur les deux autres questions en litige.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Bromley Chapelski, Vancouver.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 2007 Vol. 1

4e cahier, 2007 Vol. 1

Cited as [2007] 1 S.C.R. 591-794

Renvoi [2007] 1 R.C.S. 591-794

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	RENÉE MARIA TREMBLAY
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	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Council of Canadians with Disabilities *v.* VIA Rail Canada Inc. 650

Transportation law — Railways — Duty to accommodate passengers with disabilities — VIA Rail purchasing rail cars — Canadian Transportation Agency ordering VIA Rail to modify 13 economy coach cars and 17 service cars to make them personal wheelchair accessible — Whether accommodation imposing undue hardship on VIA Rail — Whether Agency's decision ordering VIA Rail to retrofit some of its newly purchased cars patently unreasonable — Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 172.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Transportation Agency ordering VIA Rail to modify 13 economy coach cars and 17 service cars to make them personal wheelchair accessible — Standard of review applicable to Agency's decision — Whether preliminary jurisdictional question subject to different standard of review — Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 172.

Lévis (City) *v.* Fraternité des policiers de Lévis Inc. 591

Legislation — Interpretation — Conflicting legislation — Whether s. 116(6) of Cities and Towns Act and s. 119, para. 2 of Police Act are incompatible where separate sanctions they provide for upon conviction for criminal offence apply to municipal police officer — If so, which provision has precedence over the other — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

Municipal law — Persons disqualified from municipal employment — Municipal police officer convicted of criminal offences — Cities and Towns Act providing for automatic five-year disqualification of municipal employee convicted of criminal offence — Whether that sanction applies to municipal police officer concurrently with disciplinary sanction of dismissal provided for in Police Act — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6) — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2.

Police — Persons excluded from profession — Disciplinary sanction — Municipal police officer dismissed after being convicted of criminal offences — Arbitrator substituting another sanction for dismissal pursuant to specific circumstances exception provided for in s. 119, para. 2 of Police Act — Whether arbitrator wrong to conclude that s. 116(6) of Cities and Towns Act, which provides for automatic five-year disqualification of municipal employee convicted of criminal offence, was inapplicable — Whether arbitrator wrong to conclude that police officer had shown that there were specific circumstances that justified sanction other than dismissal — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1,

Continued on next page

SOMMAIRE

Conseil des Canadiens avec déficiences *c.* VIA Rail Canada Inc. 650

Droit des transports — Chemins de fer — Obligation d'accommoder les voyageurs ayant une déficience — Achat de voitures de chemin de fer par VIA Rail — Office des transports du Canada ordonnant à VIA Rail de modifier 13 voitures-coach de la classe économique et 17 voitures de service afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels — Cette mesure d'accommodement impose-t-elle une contrainte excessive à VIA Rail? — La décision de l'Office enjoignant à VIA Rail de réaménager certaines de ses voitures nouvellement acquises est-elle manifestement déraisonnable? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 172.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Office des transports du Canada ordonnant à VIA Rail de modifier 13 voitures-coach de la classe économique et 17 voitures de service afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels — Norme de contrôle applicable à la décision de l'Office — Une question préliminaire de compétence est-elle assujettie à une norme de contrôle différente? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 172.

Lévis (Ville) *c.* Fraternité des policiers de Lévis Inc. 591

Législation — Interprétation — Conflit de lois — L'article 116(6) de la Loi sur les cités et villes et l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police sont-ils incompatibles lorsque les sanctions distinctes qu'ils prévoient comme conséquence d'une infraction criminelle s'appliquent à un policier municipal? — Dans l'affirmative, quelle disposition a préséance sur l'autre? — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

Droit municipal — Personnes inhabiles aux charges municipales — Policier municipal reconnu coupable d'infractions criminelles — Loi sur les cités et villes prévoyant la disqualification automatique de cinq ans d'un fonctionnaire municipal coupable d'une infraction criminelle — Cette sanction s'applique-t-elle à un policier municipal de façon concomitante à la sanction disciplinaire de destitution prévue par la Loi sur la police? — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6) — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2.

Police — Personnes exclues de la profession — Sanction disciplinaire — Policier municipal destitué après avoir été reconnu coupable d'infractions criminelles — Arbitre substituant une autre sanction à la destitution, en application de l'exception relative aux circonstances particulières que prévoit l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police — L'arbitre a-t-il eu tort de conclure que l'art. 116(6) de la Loi sur les cités et villes, qui prévoit la disqualification automatique

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Standard applicable to decision of grievance arbitrator regarding conflict between s. 119, para. 2 of Police Act and s. 116(6) of Cities and Towns Act — Standard applicable to that arbitrator's decision regarding interpretation of s. 119, para. 2 and its application to facts — Whether arbitrator's decisions should be subject to different standards of review — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

R. v. McKay **793**

Criminal law — Defences — Defence of property.

SOMMAIRE (Fin)

pour une période de cinq ans d'un fonctionnaire municipal reconnu coupable d'une infraction criminelle, était inapplicable? — L'arbitre a-t-il eu tort de conclure que le policier avait démontré des circonstances particulières justifiant une sanction autre que la destitution? — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Norme applicable à la décision d'un arbitre de griefs en ce qui a trait à un conflit entre l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police et l'art. 116(6) de la Loi sur les cités et villes — Norme applicable à la décision de cet arbitre en ce qui a trait à l'interprétation de l'art. 119, al. 2 et son application aux faits — Faut-il assujettir les décisions de l'arbitre à des normes de contrôle différentes? — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

R. c. McKay **793**

Droit criminel — Moyens de défense — Défense de biens.

City of Lévis *Appellant*

v.

Fraternité des policiers de Lévis Inc. and Danny Belleau *Respondents*

and

Association des policières et policiers provinciaux du Québec *Intervener*

INDEXED AS: LÉVIS (CITY) *v.* FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC.

Neutral citation: 2007 SCC 14.

File No.: 31103.

2006: November 7; 2007: March 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Legislation — Interpretation — Conflicting legislation — Whether s. 116(6) of Cities and Towns Act and s. 119, para. 2 of Police Act are incompatible where separate sanctions they provide for upon conviction for criminal offence apply to municipal police officer — If so, which provision has precedence over the other — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

Municipal law — Persons disqualified from municipal employment — Municipal police officer convicted of criminal offences — Cities and Towns Act providing for automatic five-year disqualification of municipal employee convicted of criminal offence — Whether that sanction applies to municipal police officer concurrently with disciplinary sanction of dismissal provided for in Police Act — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6) — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2.

Police — Persons excluded from profession — Disciplinary sanction — Municipal police officer dismissed after being convicted of criminal offences — Arbitrator

Ville de Lévis *Appelante*

c.

Fraternité des policiers de Lévis Inc. et Danny Belleau *Intimés*

et

Association des policières et policiers provinciaux du Québec *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : LÉVIS (VILLE) *c.* FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC.

Référence neutre : 2007 CSC 14.

N° du greffe : 31103.

2006 : 7 novembre; 2007 : 22 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Législation — Interprétation — Conflit de lois — L'article 116(6) de la Loi sur les cités et villes et l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police sont-ils incompatibles lorsque les sanctions distinctes qu'ils prévoient comme conséquence d'une infraction criminelle s'appliquent à un policier municipal? — Dans l'affirmative, quelle disposition a préséance sur l'autre? — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

Droit municipal — Personnes inhabiles aux charges municipales — Policier municipal reconnu coupable d'infractions criminelles — Loi sur les cités et villes prévoyant la disqualification automatique de cinq ans d'un fonctionnaire municipal coupable d'une infraction criminelle — Cette sanction s'applique-t-elle à un policier municipal de façon concomitante à la sanction disciplinaire de destitution prévue par la Loi sur la police? — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6) — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2.

Police — Personnes exclues de la profession — Sanction disciplinaire — Policier municipal destitué après avoir été reconnu coupable d'infractions criminelles —

substituting another sanction for dismissal pursuant to specific circumstances exception provided for in s. 119, para. 2 of Police Act — Whether arbitrator wrong to conclude that s. 116(6) of Cities and Towns Act, which provides for automatic five-year disqualification of municipal employee convicted of criminal offence, was inapplicable — Whether arbitrator wrong to conclude that police officer had shown that there were specific circumstances that justified sanction other than dismissal — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Standard applicable to decision of grievance arbitrator regarding conflict between s. 119, para. 2 of Police Act and s. 116(6) of Cities and Towns Act — Standard applicable to that arbitrator's decision regarding interpretation of s. 119, para. 2 and its application to facts — Whether arbitrator's decisions should be subject to different standards of review — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

A police officer employed by a municipality pleaded guilty to several criminal offences, and the separate sanctions provided for in s. 116(6) of the *Cities and Towns Act* ("*C.T.A.*") and s. 119, para. 2 of the *Police Act* ("*P.A.*") applied to all of them. Following an internal investigation, the municipality dismissed him. The union filed a grievance. The arbitrator held that the existence of a specific disciplinary sanction in the *P.A.*, which requires that a police officer convicted of a criminal offence be dismissed subject to the possible application of an exception limited to hybrid offences, meant that the automatic five-year disqualification provided for in the *C.T.A.*, which allows for no exceptions, was inapplicable. He then found that the officer's family troubles, psychological problems and alcohol abuse had led him to commit the offences and that they constituted "specific circumstances" that allowed for a sanction other than dismissal under the exception provided for in s. 119, para. 2 *P.A.* He ordered that the officer be reinstated. The Superior Court set aside the arbitration award, but the award was restored by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed and the sanction of dismissal restored.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie and Charron JJ.: Two standards of review are needed. Multiple standards of review should be adopted only

Arbitre substituant une autre sanction à la destitution, en application de l'exception relative aux circonstances particulières que prévoit l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police — L'arbitre a-t-il eu tort de conclure que l'art. 116(6) de la Loi sur les cités et villes, qui prévoit la disqualification automatique pour une période de cinq ans d'un fonctionnaire municipal reconnu coupable d'une infraction criminelle, était inapplicable? — L'arbitre a-t-il eu tort de conclure que le policier avait démontré des circonstances particulières justifiant une sanction autre que la destitution? — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Norme applicable à la décision d'un arbitre de griefs en ce qui a trait à un conflit entre l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police et l'art. 116(6) de la Loi sur les cités et villes — Norme applicable à la décision de cet arbitre en ce qui a trait à l'interprétation de l'art. 119, al. 2 et son application aux faits — Faut-il assujettir les décisions de l'arbitre à des normes de contrôle différentes? — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

Un policier à l'emploi d'une municipalité plaide coupable à plusieurs infractions criminelles, toutes visées par les sanctions distinctes prévues par le par. 116(6) de la *Loi sur les cités et villes* (« *L.C.V.* ») et par l'art. 119, al. 2 de la *Loi sur la police* (« *L.P.* »). À l'issue de l'enquête interne qui suit, la municipalité le destitue. Le syndicat dépose un grief. L'arbitre statue que, en présence d'une sanction disciplinaire spécifique dans la *L.P.* qui impose la destitution du policier coupable d'une infraction criminelle sous réserve d'une possibilité d'exception limitée aux infractions mixtes, la disqualification automatique de cinq ans, sans exception, prévue par la *L.C.V.* ne s'applique pas. Il conclut ensuite que les drames familiaux, problèmes psychologiques et abus d'alcool du policier l'ont conduit à commettre les infractions et que cela constitue des « circonstances particulières » donnant ouverture à une sanction autre que la destitution, au sens de l'exception prévue par l'art. 119, al. 2 *L.P.* Il ordonne la réintégration. La Cour supérieure annule la sentence arbitrale, mais cette sentence est rétablie par la Cour d'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la sanction de destitution rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie et Charron : Deux normes de contrôle sont requises. Il convient d'adopter des normes de contrôle

when there are clearly defined questions that engage different concerns under the pragmatic and functional approach. The question whether s. 119, para. 2 *P.A.* and s. 116(6) *C.T.A.* are in conflict and, if so, which one should prevail, clearly raises separate concerns from the question whether the arbitrator properly interpreted and applied s. 119, para. 2. While there is a relatively strong privative clause in the *Labour Code*, the question of compatibility is a pure question of law that does not engage the arbitrator's special knowledge of labour and employment law. Moreover, this question is of general importance and has precedential value. As for the purpose of legislation, while the *Labour Code* clearly contemplates calling on arbitrators to interpret and apply legislation in order to settle grievances in a prompt, final and binding manner, it does not follow that the question of the compatibility of conflicting legislative provisions was intended to be within the exclusive purview of the grievance arbitrator, or that such a task is at the core of the object of grievance arbitration. On balance, the question of compatibility must be subject to the strictest standard of review, the standard of correctness. [19-23]

The question whether the arbitrator correctly interpreted and applied s. 119, para. 2 *P.A.* to the police officer's conduct is one of mixed fact and law. It requires an analysis more in line with the traditional function of a grievance arbitrator under s. 100.12(*f*) of the *Labour Code*. It also requires a balancing of the competing interests of the police officer facing dismissal, of the municipality, both as an employer and as a public body responsible for public security, and of the community as a whole in maintaining respect and confidence in its police officers. But not all factors point to the highest standard of deference. The question has some degree of precedential value, the arbitrator's discretion is narrower under s. 119, para. 2 *P.A.* than it would otherwise be under s. 100.12(*a*) and (*f*) of the *Labour Code*, and the *P.A.* is external to the collective agreement and to the Code. On balance, the reasonableness standard of review is suitable for this question. [24-28]

Municipal police officers are subject both to the *P.A.* and to the *C.T.A.* as municipal employees. While ss. 119 *P.A.* and 116(6) *C.T.A.* apply unproblematically both outside of the municipal police context and when a municipal police officer is convicted of an indictable offence, there is a clear zone where the statutes overlap

multiples uniquement lorsque des questions clairement définies font intervenir des intérêts différents dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle. La question de savoir s'il existe un conflit entre l'art. 119, al. 2 *L.P.* et le par. 116(6) *L.C.V.* et, le cas échéant, quelle disposition a préséance soulève manifestement des préoccupations autres que la question de savoir si l'arbitre a bien interprété et appliqué l'art. 119, al. 2. Bien que l'on trouve dans le *Code du travail* une clause privative relativement rigoureuse, la question de la compatibilité est une pure question de droit qui ne fait pas intervenir les connaissances spécialisées de l'arbitre en matière de droit du travail. En outre, il s'agit d'une question d'importance générale qui a valeur de précédent. Quant à l'objet de la loi, même si le *Code du travail* prévoit certainement que les arbitres sont appelés à interpréter et à appliquer la loi afin d'assurer le règlement rapide, définitif et exécutoire de griefs, il ne s'ensuit pas que la question de la conciliation de dispositions législatives incompatibles devrait relever de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs ni que cette fonction soit fondamentale au sein de l'objet de l'arbitrage des griefs. Somme toute, la question de la compatibilité doit être assujettie à la norme de contrôle la plus rigoureuse, soit la norme de la décision correcte. [19-23]

La question de savoir si l'arbitre a correctement interprété l'art. 119, al. 2 *L.P.* et l'a correctement appliqué à la conduite du policier est une question mixte de droit et de fait. Elle requiert une analyse qui relève davantage des fonctions normalement exercées par un arbitre de griefs aux termes de l'al. 100.12*f*) du *Code du travail*. Elle doit aussi être résolue en tenant compte d'intérêts opposés : les intérêts du policier menacé de destitution, les intérêts de la municipalité, en sa qualité d'employeur autant que d'organisme public responsable de la sécurité du public, ainsi que les intérêts de l'ensemble de la collectivité, à qui les policiers doivent inspirer respect et confiance. Mais les facteurs à prendre en compte ne militent pas tous en faveur du degré le plus élevé de retenue. La question a, dans une certaine mesure, valeur de précédent; aux termes de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre est plus restreint qu'il le serait par ailleurs aux termes des al. 100.12*a*) et *f*) du *Code du travail* et la *L.P.* ne fait partie ni de la convention collective ni du Code. Somme toute, la norme de la décision raisonnable est celle qu'il convient d'appliquer à cette question. [24-28]

Les policiers municipaux sont assujettis tant à la *L.P.* qu'à la *L.C.V.* en tant qu'employés de la municipalité. Alors que l'art. 119 *L.P.* et le par. 116(6) *L.C.V.* s'appliquent sans problème hors du contexte de la police municipale ou lorsqu'un policier municipal est reconnu coupable d'un acte criminel, il y a clairement

and come into conflict. Both provisions apply to the officer's conduct in the instant case. One statute provides for an exception to the rule of dismissal and would allow him to maintain his employment if he can show specific circumstances, but the other does not. The conflict is unavoidable, because one statute implicitly takes away what another statute has explicitly allowed. In case of conflict, s. 119, para. 2 *P.A.* should prevail over s. 116(6) *C.T.A.* Section 119 satisfies the requirements of the presumptions developed to aid in determining the legislature's intent in that it is both more recent and more specific in comparison to s. 116(6). Furthermore, the specific circumstances exception was intended to meet the concern expressed at the time it was adopted as to the severity of the rule of dismissal. If s. 116(6) were held to prevail over s. 119, para. 2, this would defeat a clearly stated legislative objective. Lastly, the fact that the legislature has not amended s. 116(6) since adopting the new *P.A.* could indicate an intention to preserve the legislative bargain that was struck when s. 119 was drafted without affecting the applicability of s. 116(6) to other municipal employees. [40] [48-49] [56-57] [61-63]

It was unreasonable for the arbitrator to conclude that the specific circumstances raised by the police officer were sufficient to satisfy the s. 119, para. 2 exception. The burden of proof was on the police officer. In deciding whether specific circumstances are proven or not, an arbitrator may take into account any circumstance surrounding the offence that could affect the police officer's ability to continue to serve the public effectively and credibly. The arbitrator equated his jurisdiction under s. 119, para. 2 *P.A.* to the jurisdiction he would normally enjoy under s. 100.12(*f*) of the *Labour Code* and failed to properly weigh the effect of the police officer's criminal conduct on his ability to carry out his duties; this affected the rationality of his decision. Referring to attenuating and aggravating circumstances in other employment law contexts may sometimes be useful, but this should have been done in this case having regard to the unique issues that are raised by the criminal conduct of police officers. The context here is one of domestic violence, and the officer pleaded guilty to a charge of assault on his wife; this is a very important consideration in light of the public's reliance on police intervention in such cases, and one that the arbitrator could not reasonably ignore. Furthermore, the firearm offences cannot be attributed to the officer's personal problems, nor can they be justified, as the arbitrator sought to do, merely on the ground that they are technical offences. More serious still is the officer's conscious defiance of

chevauchement et incompatibilité dans la zone d'application commune à ces deux dispositions législatives. Les deux dispositions s'appliquent à la conduite du policier en l'espèce. L'un des textes législatifs comporte un régime d'exception à la règle de la destitution et lui permet de conserver son emploi s'il peut démontrer l'existence de circonstances particulières, mais pas l'autre. Le conflit ne peut être évité parce qu'une loi retire implicitement ce que l'autre loi autorise explicitement. En présence d'un conflit, l'art. 119, al. 2 *L.P.* doit avoir préséance sur le par. 116(6) *L.C.V.* L'article 119 satisfait aux exigences des deux présomptions élaborées pour faciliter la tâche de cerner l'intention du législateur puisqu'il est à la fois plus récent et plus spécifique que le par. 116(6). De plus, le régime d'exception des circonstances particulières visait à tenir compte des observations, faites à l'époque de l'adoption de cette disposition, concernant la sévérité de la règle de la destitution. La conclusion voulant que le par. 116(6) doive avoir préséance sur l'art. 119, al. 2 irait à l'encontre d'un objectif clairement déclaré de la loi. Enfin, le fait que le législateur n'ait pas modifié le par. 116(6) depuis l'adoption de la nouvelle *L.P.* pourrait indiquer une intention de sauvegarder les intérêts pris en compte lors de la rédaction de l'art. 119 sans influer sur l'application du par. 116(6) aux autres employés municipaux. [40] [48-49] [56-57] [61-63]

Il n'était pas raisonnable que l'arbitre conclue que les circonstances particulières soulevées par le policier permettaient de satisfaire à l'exception prévue à l'art. 119, al. 2. Le policier avait le fardeau de la preuve. En décidant si la preuve de circonstances particulières a été faite ou non, un arbitre peut tenir compte de toute circonstance relative à l'infraction qui se rapporte à la capacité future du policier de servir le public avec efficacité et crédibilité. L'arbitre se croyait investi, aux termes de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, du pouvoir qu'il exercerait normalement selon l'al. 100.12*f*) du *Code du travail* et il n'a pas apprécié adéquatement les répercussions de la conduite criminelle du policier sur la capacité de celui-ci d'exercer ses fonctions, ce qui a perturbé la rationalité de sa décision. S'il est parfois utile de soupeser les circonstances atténuantes ou aggravantes dans d'autres situations relevant du droit du travail, il aurait fallu en l'espèce tenir compte des questions uniques que soulève la conduite criminelle d'un policier. Il est question ici de violence conjugale, et le policier a reconnu sa culpabilité à une accusation de voies de fait contre sa conjointe. Il s'agit là d'une considération très importante puisque le public s'en remet aux interventions des policiers en de tels cas et l'arbitre ne pouvait raisonnablement pas écarter cet élément. De plus, on ne peut mettre les infractions relatives aux armes à feu sur le compte des problèmes personnels du policier, ni les justifier en les qualifiant d'infractions à caractère technique, comme l'arbitre a

his undertaking to the court not to communicate with his spouse. The breach of an undertaking by a police officer is especially serious given the role that police officers play in the administration of justice. It suggests a lack of respect for the judicial system of which he forms an integral part. Finally, public confidence was a factor to be considered. Media reports of criminal conduct by police officers have an effect on public confidence. But in treating the issue as one about properly informing the public of personal circumstances surrounding the offences committed, the arbitrator failed to take into account the gravity of these offences and the effect that they would have on public confidence. [68-80]

Per Deschamps and Fish JJ.: The sanction of dismissal should be restored. Section 119, para. 2 *P.A.* and s. 116(6) *C.T.A.* are not incompatible. The courts have interpreted the meaning of the word "conflict" as narrowly as possible. The fact that one provision is more restrictive or imposes different conditions than the other, or that both provisions apply to the same person and the same fact situation, is in itself insufficient to support the conclusion that one of the provisions is inapplicable. [82-83] [87]

In the instant case, it can be seen by reading the *P.A.* and the *C.T.A.* together that the incompatibility is merely apparent: the former governs the capacity to serve as a police officer and the sanctions attached to breaches of the conditions of eligibility for a position as a police officer, while the latter governs the conditions of eligibility for municipal employment. A person who is qualified to serve in both capacities must meet the conditions of both statutes. If a municipal police officer commits an indictable offence, he will, by virtue of s. 119, para. 1 *P.A.* and of the *C.T.A.*, be both excluded from serving as a police officer and, where there is a connection with the employment, disqualified from municipal employment for five years. The same will be true if an officer commits a hybrid offence punishable by imprisonment for one year or more and is unable to prove the existence of specific circumstances under the *P.A.* Where specific circumstances are proven, the officer will not be dismissed, but will nonetheless be disqualified for five years under municipal law. There is no conflict in the fact that, in this last situation, a concurrent application of the provisions will deprive the officer of his or her employment as a municipal employee for a period of five years even though he or she has not ceased to be eligible to serve as a police officer. [91-93] [98]

tenté de le faire. La décision consciente de l'agent de police de ne pas se conformer à l'engagement qu'il avait pris envers le tribunal de ne pas communiquer avec sa conjointe est encore plus sérieuse. Le manquement à un engagement judiciaire est particulièrement grave dans le cas d'un policier, étant donné le rôle de ce dernier dans l'administration de la justice. Un tel comportement dénote un manque de respect pour le système judiciaire dont le policier fait partie intégrante. Enfin, la confiance du public était un facteur qu'il fallait prendre en compte. Les reportages des médias sur la conduite criminelle des policiers ont des répercussions sur la confiance du public. Mais en limitant son examen de cette question à la justesse de l'information communiquée au public au sujet des circonstances personnelles entourant les infractions commises, l'arbitre a omis de tenir compte de la gravité de ces infractions et de leur incidence possible sur la confiance du public. [68-80]

Les juges Deschamps et Fish : La sanction de destitution doit être rétablie. L'article 119, al. 2 *L.P.* et le par. 116(6) *L.C.V.* ne sont pas incompatibles. Les tribunaux, dans la mesure du possible, restreignent le sens du mot « conflit » à sa portée la plus étroite. Le simple fait qu'une norme soit plus contraignante que l'autre, impose des conditions différentes, ou s'applique à la même personne et à la même situation de faits ne suffit pas pour conclure à l'inapplication de l'une d'elles. [82-83] [87]

En l'espèce, la lecture conjointe de la *L.P.* et de la *L.C.V.* fait voir que l'incompatibilité n'est qu'apparente : la première régit la capacité d'agir comme policier et les sanctions qui sont attachées aux manquements aux conditions d'admissibilité à cette fonction, tandis que la deuxième régit les conditions d'admissibilité à une fonction municipale. Dans le cas où une personne cumule les deux fonctions, elle doit satisfaire aux conditions prescrites par les deux lois. Si un policier municipal commet un acte criminel, il sera, par l'effet de l'art. 119, al. 1 *L.P.* et de la *L.C.V.*, à la fois exclu des rangs de la police et disqualifié pour cinq ans comme employé municipal, dans ce dernier cas sous réserve d'un lien avec l'emploi. Il en va de même s'il commet une infraction mixte punissable d'une peine d'emprisonnement d'un an ou plus et qu'il ne peut prouver de circonstances particulières selon la *L.P.* En présence d'une preuve de telles circonstances, il ne sera pas destitué mais sera pourtant disqualifié pour cinq ans en vertu du droit municipal. Le fait que, dans cette dernière situation, une application concomitante prive le policier de son emploi comme fonctionnaire municipal pour une période de cinq ans alors qu'il n'a pas perdu son habilité à être policier n'est pas source d'incompatibilité. [91-93] [98]

Nor does the proposed interpretation frustrate the purposes of the provisions in question. Although s. 119 *P.A.* is disciplinary in nature, an arbitrator is not entitled to review an employer's decision to terminate the employment of a police officer who has been convicted of an indictable offence, since, under both s. 115 *P.A.* and s. 119, the officer is no longer eligible to serve as a police officer. Where an officer has been convicted of a hybrid offence and has benefited from the exception under s. 119, on the other hand, he or she will be able to apply for employment in a police force other than a municipal force, because he or she has not ceased to be eligible under the *P.A.* Where an officer has benefited from the exception under s. 119, this must be reflected in an interpretation of s. 115 that is consistent with the clear objective of the exception, namely to allow the individual in question to continue his or her career as a police officer. [92-95]

Per Abella J.: The arbitrator's decision whether to apply s. 119, para. 2 *P.A.* should not be subjected to a different standard of review than his decision on how to apply it. The privative clause in s. 101 of the *Labour Code*, which states that the arbitrator's award is without appeal, protects the arbitrator's exclusive responsibility for deciding a grievance, and s. 100.12(*a*) of the Code clothes him with the authority to determine how any relevant statutory provision ought to apply to it. These provisions, combined with the expertise of the arbitrator in labour disputes and the legislative objective of having them resolved expeditiously and conclusively, favour an integrated standard for assessing the arbitrator's interpretation both of his jurisdictional mandate and of its application. For the reasons given by the majority, even on a single deferential standard of review, the arbitrator's decision as to the appropriate sanction is unsustainable and the sanction of dismissal should be restored. [107-109] [117]

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Toronto Railway Co. v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488; *Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818; *Multiple Access*

L'interprétation proposée ne fait pas non plus obstacle à l'objet des dispositions en question. Bien que l'art. 119 *L.P.* s'inscrive dans un contexte disciplinaire, l'arbitre n'a pas le droit de réviser la décision d'un employeur de mettre fin à l'emploi du policier déclaré coupable d'un acte criminel puisque ce policier n'est plus éligible à la fonction de policier, ni selon l'art. 115 *L.P.* ni selon l'art. 119. Cependant, lorsque le policier est reconnu coupable d'une infraction mixte et qu'il bénéficie de l'exception de l'art. 119, il pourra postuler un emploi dans un corps de police autre que municipal parce qu'il n'aura pas perdu son habilité en vertu de la *L.P.* L'exception dont peut bénéficier le policier en vertu de l'art. 119 doit se refléter dans une interprétation de l'art. 115 qui respecte l'objectif manifeste de l'exception — c'est-à-dire permettre à l'intéressé de poursuivre sa carrière comme policier. [92-95]

La juge Abella : La décision de l'arbitre concernant l'opportunité d'appliquer l'art. 119, al. 2 *L.P.* ne doit pas être assujettie à une norme de contrôle différente de celle retenue pour la façon d'appliquer cet article. La clause privative de l'art. 101 du *Code du travail*, précisant que la sentence arbitrale est sans appel, protège la compétence exclusive de l'arbitre en matière d'arbitrage de griefs tandis que l'al. 100.12*a*) du Code lui confère le pouvoir de décider de quelle manière toute disposition législative pertinente devrait s'y appliquer. Compte tenu de l'expertise de l'arbitre en matière de conflits de travail et de l'objet de la loi qui est d'assurer un règlement rapide et définitif de ces différends, ces dispositions offrent un argument solide à l'appui d'une norme intégrée d'évaluation de l'interprétation par l'arbitre de sa compétence comme de la façon de l'exercer. Pour les motifs que donnent les juges majoritaires, même suivant une seule norme de contrôle, la décision de l'arbitre eu égard à la sanction à imposer est insoutenable et la sanction de la destitution doit être rétablie. [107-109] [117]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts appliqués : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Toronto Railway Co. c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488; *Massicotte c. Boutin*, [1969] R.C.S. 818;

Ltd. v. McCutcheon, [1982] 2 S.C.R. 161; **referred to:** *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 S.C.R. 3; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, [2006] 1 S.C.R. 140, 2006 SCC 4; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, [2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Pelland v. St-Antoine (Ville de)*, J.E. 94-499, 1994 CarswellQue 1900; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 S.C.R. 74; *Péloquin v. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, [2000] R.J.Q. 2215; *Lévis (Ville de) v. Syndicat des policiers et pompiers de Lévis*, D.T.E. 89T-344; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68; *Syndicat des employés municipaux de Beauce (C.S.D.) v. St-Georges (Ville de)*, J.E. 2000-540, SOQUIJ AZ-00019015; *Association des pompiers de Laval v. Ville de Laval*, [1985] T.A. 446; *Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Ste-Marthe-sur-le-Lac v. Deux-Montagnes (Ville de)*, J.E. 2001-524, SOQUIJ AZ-50083424; *L'Île-Perrot (Ville de) et Union des employés de service, section locale 800*, D.T.E. 2000T-619; *Duguay et Paspébiac (Ville de)*, D.T.E. 2003T-47, SOQUIJ AZ-50152875.

By Deschamps and Fish JJ.

Referred to: *Duval v. The King* (1938), 64 B.R. 270; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Bell v. Attorney General for Prince Edward Island*, [1975] 1 S.C.R. 25; *Ricard v. Lord*, [1941] S.C.R. 1; *Beaudoin v. Roy*, [1984] R.L. 315; *Roy v. Mailloux*, [1966] B.R. 468.

By Abella J.

Referred to: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F.,*

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161; **arrêts mentionnés :** *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, 2006 CSC 4; *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; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Pelland c. St-Antoine (Ville de)*, J.E. 94-499, 1994 CarswellQue 1900; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 R.C.S. 74; *Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, [2000] R.J.Q. 2215; *Lévis (Ville de) c. Syndicat des policiers et pompiers de Lévis*, D.T.E. 89T-344; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68; *Syndicat des employés municipaux de Beauce (C.S.D.) c. St-Georges (Ville de)*, J.E. 2000-540, SOQUIJ AZ-00019015; *Association des pompiers de Laval c. Ville de Laval*, [1985] T.A. 446; *Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Ste-Marthe-sur-le-Lac c. Deux-Montagnes (Ville de)*, J.E. 2001-524, SOQUIJ AZ-50083424; *L'Île-Perrot (Ville de) et Union des employés de service, section locale 800*, D.T.E. 2000T-619; *Duguay et Paspébiac (Ville de)*, D.T.E. 2003T-47, SOQUIJ AZ-50152875.

Citée par les juges Deschamps et Fish

Arrêts mentionnés : *Duval c. Le Roi* (1938), 64 B.R. 270; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Bell c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1975] 1 R.C.S. 25; *Ricard c. Lord*, [1941] R.C.S. 1; *Beaudoin c. Roy*, [1984] R.L. 315; *Roy c. Mailloux*, [1966] B.R. 468.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Conseil de l'éducation de Toronto*

District 15, [1997] 1 S.C.R. 487; *Canada Post Corp. v. Smith* (1998), 40 O.R. (3d) 97; *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 W.L.R. 163; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, 2006 SCC 22; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Cities and Towns, S.Q. 1922, 13 Geo. V, c. 65, s. 123(12).
Act respecting police organization, R.S.Q., c. O-8.1 [repl. 2000, c. P-13.1].
Act to amend various legislation having regard to the Charter of human rights and freedoms, S.Q. 1986, c. 95, s. 46.
Air Travellers Security Charge Act, S.C. 2002, c. 9, s. 62(2).
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 18.2.
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, ss. 71, 72, 116(6), (7).
Code of ethics of Québec police officers, (1990) 122 G.O. II, 1760, ss. 1, 5.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Customs Act, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 160.1.
Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 5(*c*).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 238(1).
Labour Code, R.S.Q., c. C-27, ss. 100.12(*a*), (*f*), 101, 139, 139.1, 140.
Municipal Code of Québec, R.S.Q., c. C-27.1, s. 269.
Police Act, R.S.Q., c. P-13 [repl. 2000, c. P-13.1], s. 3(3).
Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, ss. 70, para. 5, 87 to 89, 115, 117, 119, 127, 128 to 193, 194 to 255.11, 234(6), 256, 258, 260, 264, 286, 289, 316, 317.
Règlement numéro 756 relatif à l'éthique professionnelle et à la discipline interne des policiers-pompiers de la Ville de Lévis, August 18, 1997, ss. 13.10, 13.11, 22.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

(Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15, [1997] 1 R.C.S. 487; *Canada Post Corp. c. Smith* (1998), 40 O.R. (3d) 97; *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 W.L.R. 163; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157.

Lois et règlements cités

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 18.2.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Code de déontologie des policiers du Québec, (1990) 122 G.O. II, 2531, art. 1, 5.
Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 100.12*a*), *f*), 101, 139, 139.1, 140.
Code municipal du Québec, L.R.Q., ch. C-27.1, art. 269.
Loi concernant les cités et les villes, S.Q. 1922, 13 Geo. V, ch. 65, art. 123(12).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.), art. 238(1).
Loi de police, L.R.Q., ch. P-13 [rempl. 2000, ch. P-13.1], art. 3(3).
Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1986, ch. 95, art. 46.
Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. 1985, ch. I-3, art. 5*c*).
Loi sur l'organisation policière, L.R.Q., ch. O-8.1 [rempl. 2000, ch. P-13.1].
Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 70, al. 5, 87 à 89, 115, 117, 119, 127, 128 à 193, 194 à 255.11, 234(6), 256, 258, 260, 264, 286, 289, 316, 317.
Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien, L.C. 2002, ch. 9, art. 62(2).
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 71, 72, 116(6), (7).
Loi sur les douanes, L.R.C. 1985, ch. 1 (2^{e} suppl.), art. 160.1.
Règlement numéro 756 relatif à l'éthique professionnelle et à la discipline interne des policiers-pompiers de la Ville de Lévis, 18 août 1997, art. 13.10, 13.11, 22.

Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^{e} éd. Montréal : Thémis, 1999.

Halsbury's Laws of England, vol. 36, 3rd ed. London: Butterworth, 1961.
Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1re sess., 36e lég., 26 mai 2000, nº 79.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Morin and Bich JJ.A.), [2005] Q.J. No. 8450 (QL), J.E. 2005-1271, 2005 QCCA 639, reversing a decision of Lemelin J., [2003] Q.J. No. 13008 (QL). Appeal allowed.

Richard Ramsay, *Sarto Veilleux* and *François LeBel*, for the appellant.

Serge Gagné and *Maude Gagné*, for the respondents.

Gino Castiglio and *André Fiset*, for the intervener.

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

BASTARACHE J. — This appeal concerns the consequences of criminal conduct by municipal police officers in Quebec and whether that conduct should be sanctioned by the law governing police or by municipal law. Specifically, we are asked to determine whether s. 119, para. 2 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1 ("*P.A.*"), and s. 116(6) of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 ("*C.T.A.*"), can apply concurrently to a municipal police officer, and if not, which provision should take precedence. We are also asked to determine whether the arbitrator committed a reviewable error in his interpretation and application of the limited exception found in s. 119, para. 2 *P.A.* The latter provision provides for the mandatory dismissal of police officers who are convicted of serious criminal offences unless they can show specific circumstances justifying another sanction. In comparison, s. 116(6) *C.T.A.* disqualifies any person from municipal employment for similar types of offences but subject to no exception.

Halsbury's Laws of England, vol. 36, 3rd ed. London : Butterworth, 1961.
Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1re sess., 36e lég., 26 mai 2000, nº 79.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto : Butterworths, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Morin et Bich), [2005] J.Q. nº 8450 (QL), J.E. 2005-1271, 2005 QCCA 639, qui a infirmé une décision du juge Lemelin, [2003] J.Q. nº 13008 (QL). Pourvoi accueilli.

Richard Ramsay, *Sarto Veilleux* et *François LeBel*, pour l'appelante.

Serge Gagné et *Maude Gagné*, pour les intimés.

Gino Castiglio et *André Fiset*, pour l'intervenante.

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

LE JUGE BASTARACHE — Le présent pourvoi porte sur les conséquences qu'entraîne la conduite criminelle des policiers municipaux au Québec et sur les sanctions applicables en pareil cas, celles prévues par les textes législatifs régissant la police ou celles prévues par le droit municipal. Plus particulièrement, notre Cour est appelée à décider si l'art. 119, al. 2 de la *Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1 (« *L.P.* »), et le par. 116(6) de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (« *L.C.V.* »), peuvent s'appliquer concurremment à un policier municipal et, si tel n'est pas le cas, nous devons déterminer celle de ces dispositions qui prévaut. Notre Cour doit également déterminer si l'arbitre a commis une erreur donnant ouverture à la révision dans son interprétation et son application de l'exception limitée prévue à l'art. 119, al. 2 *L.P.* Cette disposition prévoit la destitution de tout policier reconnu coupable d'une infraction criminelle grave, à moins que ce dernier ne démontre que des circonstances particulières justifient une autre sanction. Par ailleurs, selon le par. 116(6) *L.C.V.*, toute personne déclarée coupable d'une infraction semblable est inhabile à une charge d'employé de la municipalité, sans exception.

2 The appellant municipality dismissed the respondent Danny Belleau ("Belleau") after he pleaded guilty to several criminal offences, all of which fell within the scope of both s. 116(6) *C.T.A.* and s. 119, para. 2 *P.A.* The grievance arbitrator held that s. 119, para. 2 *P.A.* had rendered s. 116(6) *C.T.A.* inapplicable to municipal police officers. He also found that there were specific circumstances which justified another sanction under s. 119, para. 2 *P.A.*, and, as result, overturned the dismissal and ordered that Belleau's employment be restored. There is no question that had s. 116(6) *C.T.A.* applied alone, Belleau's challenge to his dismissal would have failed.

3 The arbitrator's decision was quashed by the Superior Court ([2003] Q.J. No. 13008 (QL)), but upheld by the Court of Appeal ([2005] Q.J. No. 8450 (QL), 2005 QCCA 639). Before this Court, the appellant argues that despite the enactment of s. 119, para. 2 *P.A.*, s. 116(6) *C.T.A.* is still applicable to Belleau and that on a proper application of either provision, its decision to dismiss Belleau should stand.

1. Background

4 Before he was dismissed, Belleau had been a member of the appellant's municipal police force for 15 years. The criminal conduct which led to the dismissal occurred on December 29 and 30, 2000. It would appear that on the evening of the 29th, Belleau, who was on leave at the time, had a heated argument with his spouse, Johanne Robitaille. He had been drinking heavily and he later admitted that he was intoxicated. The dispute worsened and Belleau became violent. When the police arrived, they found Robitaille wandering outside without a jacket, clutching her dog. They arrested Belleau and searched the house. In the basement they found three unsecured firearms. The next morning, Belleau was released on condition that he not communicate in any way with Robitaille. Less than two hours after his release, he breached that condition by appearing at the house of Robitaille's parents, where Robitaille was present. Belleau was arrested once more. On February 2, 2001, he pleaded guilty to threatening to cause death or bodily harm,

La municipalité appelante a destitué l'intimé, Danny Belleau (« M. Belleau »), après que celui-ci eut reconnu sa culpabilité à plusieurs infractions criminelles, toutes visées au par. 116(6) *L.C.V.* et à l'art. 119, al. 2 *L.P.* L'arbitre de griefs a statué que le par. 116(6) *L.C.V.* ne s'appliquait pas aux policiers municipaux du fait de l'art. 119, al. 2 *L.P.* En outre, il a conclu que des circonstances particulières justifiaient une autre sanction au titre de l'art. 119, al. 2 *L.P.* et, par conséquent, il a annulé la destitution et a ordonné la réintégration de M. Belleau. Il ne fait aucun doute qu'en cas d'application du par. 116(6) *L.C.V.* seulement, M. Belleau n'aurait pu contester avec succès sa destitution.

La sentence arbitrale a été annulée par la Cour supérieure ([2003] J.Q. nº 13008 (QL)), mais rétablie par la Cour d'appel ([2005] J.Q. nº 8450 (QL), 2005 QCCA 639). Devant notre Cour, l'appelante fait valoir que le par. 116(6) *L.C.V.* continue de s'appliquer à M. Belleau malgré l'adoption de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, et que, selon l'application correcte de ces dispositions, sa décision de destituer M. Belleau doit être maintenue.

1. Contexte

Avant sa destitution, M. Belleau était membre du corps policier de la municipalité appelante depuis 15 ans. Les actes criminels qui ont entraîné sa destitution ont été commis les 29 et 30 décembre 2000. Il semble que le soir du 29 décembre, M. Belleau, qui était alors en congé, ait eu une violente dispute avec sa conjointe, Johanne Robitaille. Il avait consommé beaucoup d'alcool et a plus tard reconnu qu'il était en état d'ébriété. La dispute s'est envenimée et M. Belleau est devenu violent. À leur arrivée, les policiers ont trouvé M^me^ Robitaille errant dehors sans manteau, avec son chien dans ses bras. Ils ont arrêté M. Belleau et ont fouillé la maison. Au sous-sol, ils ont trouvé trois armes à feu qui n'étaient pas entreposées de manière sécuritaire. Le lendemain matin, M. Belleau a été remis en liberté à la condition qu'il n'entre pas en communication de quelque façon avec M^me^ Robitaille. Moins de deux heures après sa remise en liberté, il a violé cette condition en se présentant au domicile des parents de M^me^ Robitaille, où cette dernière se trouvait.

assault, three counts of storing a firearm in a careless manner or without reasonable safety precautions, and failing to comply with a condition of his undertaking. Significantly for the purposes of this appeal, all of the offences were hybrid offences, punishable on indictment or on summary conviction and to imprisonment for a term of more than one year.

Belleau's employment was terminated following a disciplinary investigation by the appellant's director of public security, Gilles Drolet ("the director"). In his report, the director concluded that Belleau had failed to demonstrate specific circumstances sufficient to justify another sanction under s. 119, para. 2 *P.A.* Although he made reference to s. 116(6) *C.T.A.* in his report, there was no mention of it in his analysis or in the form summarizing his final recommendation. The council of the appellant municipality accepted the recommendation and passed a resolution dismissing Belleau on June 18, 2001. The respondents contested this decision by way of a grievance filed on June 28, 2001.

It will be helpful to set out the relevant legislation before considering how the respondents' grievance was treated in the jurisdictions below.

2. Relevant Statutory Provisions

Police Act, R.S.Q., c. P-13.1

115. To be hired as a police officer a person must meet the following requirements:

(1) be a Canadian citizen;

(2) be of good moral character;

(3) not have been found guilty, in any place, of an act or omission defined in the Criminal Code (Revised

M. Belleau a été arrêté de nouveau. Le 2 février 2001, il a reconnu sa culpabilité relativement à des accusations de menace de causer la mort ou des lésions corporelles, de voies de fait, trois chefs d'accusation pour entreposage d'une arme à feu de manière négligente ou sans prendre suffisamment de précaution, et d'omission de se conformer à une condition d'un engagement. Il importe de noter dans le cadre du présent pourvoi que toutes les infractions étaient des infractions mixtes punissables, sur déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation ou par procédure sommaire, d'un emprisonnement de plus d'un an.

5 M. Belleau a été destitué de ses fonctions à la suite d'une enquête disciplinaire menée par le directeur de la Sécurité publique de l'appelante, Gilles Drolet (« le directeur »). Dans son rapport, le directeur a conclu que M. Belleau n'avait pas fait la preuve de circonstances particulières justifiant une autre sanction au titre de l'art. 119, al. 2 *L.P.* Même si dans son rapport il a fait mention du par. 116(6) *L.C.V.*, le directeur n'en a pas parlé dans son analyse ni dans le formulaire résumant sa recommandation finale. Le conseil de la municipalité appelante a accepté la recommandation et a adopté la résolution prononçant la destitution de M. Belleau le 18 juin 2001. Les intimés ont contesté cette décision par voie de grief déposé le 28 juin 2001.

6 J'estime utile d'énoncer les dispositions législatives pertinentes avant d'examiner les décisions des tribunaux d'instance inférieure relatives au grief des intimés.

2. Dispositions législatives pertinentes

7 *Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1

115. Les conditions minimales pour être embauché comme policier sont les suivantes :

1° être citoyen canadien;

2° être de bonnes mœurs;

3° ne pas avoir été reconnu coupable, en quelque lieu que ce soit, d'un acte ou d'une omission que le

Statutes of Canada, 1985, chapter C-46) as an offence, or of an offence referred to in section 183 of that Code under one of the Acts listed therein;

(4) hold a diploma awarded by the École nationale de police du Québec or meet the standards of equivalence established by by-law by the school.

. . .

The hiring requirements do not apply to the members of police forces when police services are integrated, amalgamated or otherwise merged.

. . .

119. Any police officer or special constable who is found guilty, in any place, of an act or omission referred to in subparagraph 3 of the first paragraph of section 115 that is triable only on indictment, shall, once the judgment has become *res judicata*, be automatically dismissed.

A disciplinary sanction of dismissal must, once the judgment concerned has become *res judicata*, be imposed on any police officer or special constable who is found guilty, in any place, of such an act or omission punishable on summary conviction or by indictment, unless the police officer or special constable shows that specific circumstances justify another sanction.

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19

116. The following persons shall not be appointed to or hold any office as an officer or employee of the municipality:

. . .

(6) Any person convicted of treason or of an act punishable under a law of the Parliament of Canada or of the Legislature of Québec, by imprisonment for one year or more.

Such disqualification shall continue for five years after the term of imprisonment fixed by the sentence, and, if only a fine was imposed or the sentence is suspended, for five years from the date of such condemnation, unless the person has obtained a pardon;

. . .

Code criminel (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-46) décrit comme une infraction, ni d'une des infractions visées à l'article 183 de ce Code, créées par l'une des lois qui y sont énumérées;

4° être diplômé de l'École nationale de police du Québec ou satisfaire aux normes d'équivalence établies par règlement de l'École.

. . .

Les conditions d'embauche ne s'appliquent pas dans le cas d'une intégration, d'une fusion ou de toute autre forme de regroupement de services policiers aux membres de ces services.

. . .

119. Est automatiquement destitué tout policier ou constable spécial qui a été reconnu coupable, en quelque lieu que ce soit et par suite d'un jugement passé en force de chose jugée, d'un acte ou d'une omission visé au paragraphe 3° de l'article 115, poursuivable uniquement par voie de mise en accusation.

Doit faire l'objet d'une sanction disciplinaire de destitution tout policier ou constable spécial qui a été reconnu coupable, en quelque lieu que ce soit et par suite d'un jugement passé en force de chose jugée, d'un tel acte ou d'une telle omission, poursuivable soit sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, soit par voie de mise en accusation, à moins qu'il ne démontre que des circonstances particulières justifient une autre sanction.

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19

116. Les personnes suivantes ne peuvent être nommées à une charge de fonctionnaire ou d'employé de la municipalité, ni l'occuper :

. . .

6° Toute personne déclarée coupable de trahison ou d'un acte punissable en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec, d'un an d'emprisonnement ou plus.

Cette inhabilité subsiste durant cinq années après le terme d'emprisonnement fixé par la sentence, et, s'il y a condamnation à une amende seulement ou si la sentence est suspendue, durant cinq années de la date de cette condamnation, à moins que la personne ait obtenu un pardon;

. . .

Disqualification from municipal office or employment under subparagraph 6 or 7 of the first paragraph shall be incurred only if the offence is in connection with such an office or employment.

Labour Code, R.S.Q., c. C-27

100.12. In the exercise of his duties the arbitrator may

(*a*) interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance;

. . .

(*f*) in disciplinary matters, confirm, amend or set aside the decision of the employer and, if such is the case, substitute therefor the decision he deems fair and reasonable, taking into account the circumstances concerning the matter. However, where the collective agreement provides for a specific sanction for the fault alleged against the employee in the case submitted to arbitration, the arbitrator shall only confirm or set aside the decision of the employer, or, if such is the case, amend it to bring it into conformity with the sanction provided for in the collective agreement;

. . .

101. The arbitration award is without appeal, binds the parties and, where such is the case, any employee concerned. Section 129 applies, with the necessary modifications, to the arbitration award; however, the authorization of the Commission provided for in that section is not required.

3. Judicial and Arbitral History

3.1 *Arbitration Award (October 2, 2002)*

The arbitrator set aside the municipality's decision and ordered that Belleau be reinstated without compensation, which in effect amounted to a 16-month suspension without pay. He held that s. 119, para. 2 *P.A.* had rendered inapplicable s. 116(6) *C.T.A.* to municipal police officers charged with an offence punishable on indictment or summary conviction on the basis that the special law prevails over the general. He found that s. 119, para. 2 *P.A.* was equivalent to an arbitrator's jurisdiction in relation to disciplinary matters under s. 100.12(*f*) of

L'inhabilité à une charge de fonctionnaire ou d'employé prévue au paragraphe 6° ou 7° du premier alinéa n'existe que si l'infraction a un lien avec cette charge.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27

100.12. Dans l'exercice de ses fonctions l'arbitre peut :

a) interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief;

. . .

f) en matière disciplinaire, confirmer, modifier ou annuler la décision de l'employeur et, le cas échéant, y substituer la décision qui lui paraît juste et raisonnable, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Toutefois, lorsque la convention collective prévoit une sanction déterminée pour la faute reprochée au salarié dans le cas soumis à l'arbitrage, l'arbitre ne peut que confirmer ou annuler la décision de l'employeur ou, le cas échéant, la modifier pour la rendre conforme à la sanction prévue à la convention collective;

. . .

101. La sentence arbitrale est sans appel, lie les parties et, le cas échéant, tout salarié concerné. L'article 129 s'applique à la sentence arbitrale, compte tenu des adaptations nécessaires; l'autorisation de la Commission prévue à cet article n'est toutefois pas requise.

3. Historique des procédures judiciaires et arbitrales

3.1 *Sentence arbitrale (2 octobre 2002)*

L'arbitre a annulé la décision de la municipalité et a ordonné la réintégration de M. Belleau sans indemnisation, ce qui équivalait finalement à une suspension de 16 mois sans traitement. Il a conclu que l'art. 119, al. 2 *L.P.* avait rendu inapplicable le par. 116(6) *L.C.V.* à un policier municipal accusé d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation ou par procédure sommaire au motif que les dispositions législatives spéciales l'emportent sur les dispositions législatives générales. Il a conclu qu'en vertu de l'art. 119, 8

the Quebec *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27 ("*L.C.*"). The arbitrator reasoned that under s. 119, para. 2 *P.A.*, he was entitled to consider the circumstances surrounding the criminal act(s) as well as the personal circumstances of the police officer.

9 With regard to the offences relating to the careless storage of firearms, the arbitrator was of the view that they were of a "technical" character. He considered the fact that Belleau had recently moved into the house and that it was undergoing extensive renovations. He concluded that there was no place in the house where the firearms could have been safely stored.

10 As for Belleau's violence toward his spouse and the breach of his undertaking not to communicate with her, the arbitrator was of the view that while the offences were serious, Belleau had demonstrated specific circumstances which justified a sanction other than dismissal. The arbitrator accepted the expert medical opinion put forward by Belleau that he was in a morbid mental state on December 29 and 30 due to family problems. The arbitrator also took into account Belleau's intoxication on the 29th as evidence that, along with his mental state, [TRANSLATION] "he was not entirely lucid". In addition, the arbitrator considered a number of attenuating factors: the length of Belleau's employment with the municipality; the lack of any previous disciplinary problems; testimony by his ex-spouses that he was not by nature a violent man; the fact that Belleau was off duty when the offences occurred; the fact that his victim had not suffered physical harm; and the fact that there was no evidence of physical violence.

11 Finally, the arbitrator dismissed objections to Belleau's reinstatement. He considered that Belleau had recovered from his family and alcohol problems and that there was little risk of him reoffending. As for public perception, the arbitrator concluded that the public had been misinformed

al. 2 *L.P.*, il disposait des mêmes pouvoirs en matière disciplinaire qu'aux termes de l'al. 100.12*f*) du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27 (« *C.T.* »). À son avis, l'art. 119, al. 2 *L.P.* lui conférait le pouvoir de tenir compte des circonstances entourant la perpétration des infractions criminelles ainsi que de la situation personnelle du policier.

Quant aux infractions relatives à l'entreposage d'armes à feu de manière négligente, l'arbitre était d'avis que ces infractions revêtaient un caractère « technique ». Il a tenu compte du fait que M. Belleau venait tout juste d'emménager dans la maison et qu'il y faisait des rénovations importantes. Il a conclu qu'il n'y avait pas dans la maison d'endroit où les armes à feu auraient pu être entreposées de manière sécuritaire.

Pour ce qui est des voies de fait commises par M. Belleau contre sa conjointe et de la violation de son engagement de ne pas entrer en communication avec elle, l'arbitre a estimé qu'il s'agissait d'infractions graves, mais que M. Belleau avait démontré que des circonstances particulières justifiaient une sanction autre que la destitution. L'arbitre a accepté la preuve médicale présentée par M. Belleau, à savoir qu'il était dans un état psychologique morbide les 29 et 30 décembre en raison de ses problèmes familiaux. L'arbitre a également pris en compte l'état d'ébriété dans lequel se trouvait M. Belleau le 29 décembre, ce qui, combiné à son état psychologique, démontrait qu'il « n'avait pas toute sa tête ». En outre, l'arbitre a tenu compte d'un certain nombre de facteurs atténuants : M. Belleau avait de longs états de service à la municipalité, il n'avait pas d'antécédents en matière de discipline, ses ex-conjointes ont témoigné qu'il n'était pas un homme violent de nature, il n'était pas en devoir au moment de la perpétration des infractions, sa victime n'avait pas été blessée et il n'y avait pas de preuve de violence physique.

Enfin, l'arbitre a rejeté les objections à la réintégration de M. Belleau. Il a conclu que ce dernier s'était remis de ses problèmes familiaux, qu'il avait traité son alcoolisme et qu'il représentait un faible risque de récidive. Quant à la perception du public, l'arbitre a jugé que le public avait été mal informé

by the media about the specific circumstances of Belleau's case. The arbitrator was of the opinion that Belleau's supervisors and colleagues would regain confidence in him once they were reasonably informed of those circumstances.

3.2 *Superior Court of Quebec*, [2003] Q.J. No. 13008 (QL)

Lemelin J. was of the view that the dispute related essentially to the interpretation of the collective agreement with regard to disciplinary matters, and as such fell within the exclusive competence and expertise of the grievance arbitrator. He held that the arbitrator's decision should therefore not be interfered with unless it was patently unreasonable.

Nevertheless, Lemelin J. was of the opinion that the arbitrator's decision was patently unreasonable on two grounds. First, he concluded that the arbitrator had committed a reviewable error in holding that s. 116(6) *C.T.A.* was inapplicable to Belleau. According to Lemelin J., there was no indication that the legislature had intended to exclude the application of s. 116(6) *C.T.A.* to municipal police officers. In the absence of any specific legislative intent to the contrary, s. 116(6) applied to Belleau as a municipal employee and required his dismissal.

Lemelin J. further held that the arbitrator's decision as to the application of s. 119, para. 2 *P.A.* was also patently unreasonable. The expert opinion led by Belleau was not convincing on the issue of Belleau's alcoholism, and in Lemelin J.'s opinion should not have been accepted. Because the arbitrator's conclusion on this point was central, it rendered his whole decision patently unreasonable.

3.3 *Court of Appeal of Quebec*, [2005] Q.J. No. 8450 (QL), 2005 QCCA 639

The Court of Appeal held that since the arbitrator's decision raised separate questions, two

par les médias des circonstances se rapportant au cas de M. Belleau. Il a estimé que les supérieurs et les collègues de M. Belleau reprendraient confiance en lui après avoir été informés de ces circonstances.

3.2 *Cour supérieure du Québec*, [2003] J.Q. nº 13008 (QL)

12 De l'avis du juge Lemelin, le litige portait essentiellement sur l'interprétation de la convention collective eu égard aux questions de discipline et, de ce fait, relevait de la compétence spécialisée exclusive de l'arbitre de griefs. Il a conclu qu'il ne convenait pas de modifier la décision de l'arbitre à moins qu'elle ne soit manifestement déraisonnable.

13 Le juge Lemelin a néanmoins conclu que la décision de l'arbitre comportait deux erreurs manifestement déraisonnables. Premièrement, il a jugé que l'arbitre avait commis une erreur donnant ouverture à la révision lorsqu'il a décidé que le par. 116(6) *L.C.V.* était inapplicable à M. Belleau. Selon le juge Lemelin, rien n'indiquait que le législateur avait voulu exclure l'application du par. 116(6) *L.C.V.* à l'égard des policiers municipaux. En l'absence d'une indication précise de l'intention contraire du législateur, le par. 116(6) s'appliquait à M. Belleau en sa qualité d'employé municipal et commandait son congédiement.

14 Le juge Lemelin a également conclu que la décision de l'arbitre relativement à l'application de l'art. 119, al. 2 *L.P.* était elle aussi manifestement déraisonnable. La preuve d'expert présentée par M. Belleau relativement à son alcoolisme n'était pas convaincante et, de l'avis du juge Lemelin, elle n'aurait pas dû être acceptée. En raison du caractère déterminant de la conclusion de l'arbitre sur ce point, cette conclusion avait rendu l'ensemble de sa décision manifestement déraisonnable.

3.3 *Cour d'appel du Québec*, [2005] J.Q. nº 8450 (QL), 2005 QCCA 639

15 La Cour d'appel a jugé que la décision de l'arbitre soulevait des questions distinctes et que,

different standards of review should govern the judicial review. Bich J.A., speaking for the court, agreed with Lemelin J. that the arbitrator's decision on s. 119, para. 2 *P.A.* should be evaluated on the patent unreasonableness standard. However, she saw the question of the compatibility of s. 119, para. 2 *P.A.* and s. 116(6) *C.T.A.* as separate and distinct for the purpose of the pragmatic and functional approach and concluded that the reasonableness *simpliciter* standard of review should be adopted.

16 On the compatibility question, Bich J.A. was of the view that the arbitrator had not committed an error. While s. 116(6) *C.T.A.* and s. 119, para. 2 *P.A.* could coexist, there were situations where the two provisions were necessarily in conflict. Applying the presumptions that, in case of conflict, the legislator intended the new law to prevail over the old law and the special law to prevail over the general one, Bich J.A. concluded that s. 119, para. 2 *P.A.* should prevail.

17 On the application of s. 119, para. 2 *P.A.* to Belleau's conduct, Bich J.A. held that the arbitrator had not committed a patently unreasonable or even an unreasonable error. The arbitrator was entitled to consider the technical nature of the firearm offences and the family crisis that Belleau was living through when assessing whether there were specific circumstances. Furthermore, Bich J.A. disagreed with Lemelin J. that the arbitrator's conclusion regarding Belleau's alcoholism was patently unreasonable. Even if it was, it had not played a central role in the arbitrator's decision. For these reasons, the Court of Appeal restored the arbitrator's award.

4. Issues

18 There are three main issues to be decided in this appeal. First, what are the appropriate standards to apply in reviewing the arbitrator's decision? The second issue is whether the arbitrator erred in holding that s. 116(6) *C.T.A.* was inapplicable to

partant, deux normes de contrôle judiciaire devaient s'appliquer. S'exprimant au nom de la cour, la juge Bich a accepté la décision du juge Lemelin selon laquelle la norme de la décision manifestement déraisonnable devait servir au contrôle de la décision de l'arbitre eu égard à l'art. 119, al. 2 *L.P.* Toutefois, elle a estimé que la compatibilité de l'art. 119, al. 2 *L.P.* et du par. 116(6) *L.C.V.* devait être traitée comme une question distincte aux fins de l'analyse pragmatique et fonctionnelle et a conclu qu'il convenait d'adopter à cet égard la norme de contrôle de la décision raisonnable *simpliciter.*

Relativement à la question de la compatibilité des dispositions, la juge Bich a déclaré que l'arbitre n'avait pas commis d'erreur. Selon elle, bien que le par. 116(6) *L.C.V.* et l'art. 119, al. 2 *L.P.* puissent coexister, dans certaines situations, ces deux dispositions sont nécessairement en conflit. Appliquant la présomption que le législateur voulait, en cas de conflit, que la nouvelle loi l'emporte sur l'ancienne et que la loi spéciale écarte la loi plus générale, la juge Bich a conclu que l'art. 119, al. 2 *L.P.* devait prévaloir.

Quant à l'application de l'art. 119, al. 2 *L.P.* à la conduite de M. Belleau, la juge Bich a statué que l'arbitre n'avait pas commis une erreur manifestement déraisonnable ni même déraisonnable. L'arbitre pouvait, dans son évaluation des circonstances particulières, tenir compte du caractère technique des infractions relatives aux armes à feu et de la tragédie familiale qui frappait M. Belleau. En outre, contrairement au juge Lemelin, la juge Bich a estimé que la conclusion de l'arbitre concernant l'alcoolisme de M. Belleau était manifestement déraisonnable. Même dans ce cas, cette conclusion ne constituait pas un élément charnière de la décision de l'arbitre. Pour ces motifs, la Cour d'appel a rétabli la sentence arbitrale.

4. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions principales. Quelles normes convient-il d'appliquer au contrôle de la décision de l'arbitre? L'arbitre a-t-il eu tort de conclure que le par. 116(6) *L.C.V.* ne s'appliquait pas à M. Belleau? L'arbitre a-t-il eu tort de

Belleau. The third is whether the arbitrator erred in finding that Belleau had demonstrated specific circumstances which justified a sanction other than dismissal under s. 119, para. 2 *P.A.*

5. Analysis

5.1 *Standards of Review*

5.1.1 Multiple Standards of Review

It is clear that the pragmatic and functional approach may lead to different standards of review for separate findings made by an arbitrator in the course of his or her decision: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 14; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28, at para. 15. This will most frequently be the case when an arbitrator is called upon to construe legislation. The arbitrator's interpretation of the legislation — a question of law — *may* be reviewable on a different standard than the rest of the decision: see e.g. *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157 ("*CBC*"), at para. 49; *Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 S.C.R. 3, at para. 14. While interpretations of general public statutes or statutes external to an administrative decision maker's constituting legislation will often be reviewed on a standard of correctness, this will not always be so: *CBC*, at para. 48. The answer in each case will depend on the proper application of the pragmatic and functional approach, which requires various factors be taken into account such as the presence or absence of a privative clause, the expertise of the decision maker, the purpose of the governing legislation and the nature of the question under review (*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 29-38). Since the presence or absence of a privative clause will likely be the same for all aspects of an administrative decision, whether there is a possibility of more than a single standard of review under the pragmatic and functional approach will largely depend on whether there exist questions of

conclure que M. Belleau avait démontré que des circonstances particulières justifiaient une sanction autre que la destitution, suivant l'art. 119, al. 2 *L.P.*?

5. Analyse

5.1 *Normes de contrôle*

5.1.1 Normes de contrôle multiples

Il est évident que l'analyse pragmatique et fonctionnelle peut entraîner l'application de normes de contrôle différentes à des conclusions distinctes tirées par l'arbitre dans sa décision : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 14; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28, par. 15. Il en sera ainsi le plus souvent lorsqu'un arbitre est appelé à interpréter des dispositions législatives. L'interprétation par l'arbitre d'une disposition législative — une question de droit — *peut* être assujettie à une norme de contrôle différente de celle applicable au reste de la décision : voir par exemple *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157 (« *SRC* »), par. 49; *Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)*, [1996] 2 R.C.S. 3, par. 14. Si la norme de la décision correcte sera généralement la norme de contrôle applicable à l'interprétation d'une loi générale d'intérêt public ou d'une loi autre que la loi constitutive d'un tribunal administratif, il n'en est pas toujours ainsi : *SRC*, par. 48. Dans chaque cas, la réponse dépendra de l'analyse pragmatique et fonctionnelle suivant laquelle il est nécessaire de tenir compte de plusieurs facteurs, dont la présence ou l'absence d'une clause privative, l'expertise du décideur, l'objet de la loi applicable et la nature de la question faisant l'objet du contrôle (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 29 à 38). La question de la présence ou de l'absence d'une clause privative sera vraisemblablement la même relativement à tous les aspects d'une décision administrative; ainsi, pour décider si plus d'une norme de contrôle s'applique dans le

19

different natures and whether those questions engage the decision maker's expertise and the legislative objective in different ways. Of course it may not always be easy or necessary to separate individual questions from the decision taken as a whole. The possibility of multiple standards should not be taken as a licence to parse an administrative decision into myriad parts in order to subject it to heightened scrutiny. However, reviewing courts must be careful not to subsume distinct questions into one broad standard of review. Multiple standards of review should be adopted when there are clearly defined questions that engage different concerns under the pragmatic and functional approach.

cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle, il faut déterminer s'il existe des questions de nature différente et si ces questions font intervenir de différentes manières les connaissances spécialisées du décideur et l'objet de la loi. Bien entendu, il pourrait ne pas toujours être facile ou nécessaire d'isoler les questions particulières à analyser séparément de la décision dans son ensemble. La possibilité d'appliquer plus d'une norme de contrôle ne donne pas l'autorisation de décortiquer une décision administrative en d'innombrables parties dans le but de la scruter à la loupe. Toutefois, les tribunaux saisis du contrôle judiciaire doivent veiller à ne pas subsumer les questions distinctes sous une norme générale de contrôle. Il convient d'adopter des normes de contrôle multiples lorsque des questions clairement définies font intervenir des intérêts différents dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle.

20 The question whether s. 119, para. 2 *P.A.* and s. 116(6) *C.T.A.* are in conflict and, if so, which one should prevail, clearly raises separate concerns from the question of whether the arbitrator properly interpreted and applied s. 119, para. 2 *P.A.* The one factor that is common to both questions is the presence of a privative clause. By virtue of s. 101 *L.C.*, the arbitrator's decision is not subject to appeal. Combined with ss. 139, 139.1 and 140 *L.C.*, s. 101 forms a relatively strong privative clause. However, a privative clause is not determinative and regard must be had to the other factors under the pragmatic and functional approach: *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, [2006] 1 S.C.R. 140, 2006 SCC 4, at para. 25. In this case, the privative clause suggests greater deference in general but does not shed light on whether the level of scrutiny should be different for each question.

La question de savoir s'il existe un conflit entre l'art. 119, al. 2 *L.P.* et le par. 116(6) *L.C.V.* et, le cas échéant, quelle disposition a préséance soulève manifestement des préoccupations autres que la question de savoir si l'arbitre a bien interprété et appliqué l'art. 119, al. 2 *L.P.* Dans les deux cas, on note la présence d'une clause privative. Selon l'art. 101 *C.T.*, la sentence arbitrale est sans appel. Combiné aux art. 139, 139.1 et 140 *C.T.*, l'art. 101 constitue une clause privative relativement rigoureuse. Toutefois, l'existence d'une clause privative n'est pas déterminante et, il convient de tenir compte des autres facteurs de l'analyse pragmatique et fonctionnelle : *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, [2006] 1 R.C.S. 140, 2006 CSC 4, par. 25. En l'espèce, la présence d'une clause privative semble commander en général un degré plus élevé de retenue mais n'indique pas si la norme à appliquer doit être différente pour chaque question.

5.1.2 Compatibility of Section 119, para. 2 *P.A.* and Section 116(6) *C.T.A.*

5.1.2 Compatibilité de l'art. 119, al. 2 *L.P.* et du par. 116(6) *L.C.V.*

21 On the issue of compatibility, the nature of the question and the relative expertise of the arbitrator suggest that a searching review is necessary. Unlike the other findings of the arbitrator, the question of whether s. 119, para. 2 *P.A.* and s. 116(6)

Quant à la question de la compatibilité, la nature de la question et l'expertise relative de l'arbitre donnent à penser qu'un contrôle plus rigoureux est nécessaire. Contrairement aux autres conclusions tirées par l'arbitre, la question

C.T.A. are in conflict is a pure question of law. It therefore does not engage the relative expertise of the arbitrator in relation to the courts and is entitled to less deference (*Pushpanathan*, at para. 37; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, [2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54, at para. 8). The lower courts focussed on the fact that s. 119, para. 2 *P.A.* and s. 116(6) *C.T.A.* both related to the disciplining of police officers, a matter clearly within the scope of the arbitrator's domain in this case by virtue of the collective agreement and the *Labour Code*. It is true that the interpretation of external legislation that is linked to the administrative decision maker's mandate may be given a certain degree of deference: *CBC*, at para. 48. However, the *compatibility* of these two statutes is not a question about what disciplinary sanctions should apply. It does not engage the arbitrator's special knowledge of labour and employment law. Furthermore, the determination of whether s. 119, para. 2 *P.A.* prevails over s. 116(6) *C.T.A.* is of general importance and has precedential value, a consideration which points to a lesser degree of deference (*Lethbridge*, at para. 19; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 34).

de la compatibilité de l'art. 119, al. 2 *L.P.* et du par. 116(6) *L.C.V.* est une pure question de droit. Ainsi, elle ne fait pas intervenir l'expertise relative de l'arbitre par rapport à celle des tribunaux judiciaires et commande une moins grande retenue de ces derniers (*Pushpanathan*, par. 37; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, [2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54, par. 8). Les tribunaux d'instance inférieure ont insisté sur le fait que l'art. 119, al. 2 *L.P.* et le par. 116(6) *L.C.V.* portaient tous les deux sur les mesures disciplinaires applicables aux policiers, une question qui relevait manifestement en l'espèce de la compétence de l'arbitre du fait de la convention collective et du *Code du travail*. Certes, une certaine retenue peut être indiquée lorsque le tribunal administratif interprète une loi non constitutive qui se rapporte à son mandat : *SRC*, par. 48. Toutefois, la question de la *compatibilité* de ces deux lois ne porte pas sur les sanctions disciplinaires applicables. Elle ne fait pas intervenir les connaissances spécialisées de l'arbitre en matière de droit du travail. En outre, la question de savoir si l'art. 119, al. 2 *L.P.* prévaut sur le par. 116(6) *L.C.V.* est une question d'importance générale qui a valeur de précédent, une considération qui signale une retenue moindre (*Lethbridge*, par. 19; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 34).

As for the purpose of the legislation, the object of grievance arbitration is to "secure prompt, final and binding settlement of disputes arising out of the interpretation or application of collective agreements and the disciplinary actions taken by an employer" (*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. 17). Section 100.12 *L.C.* attributes broad discretion to arbitrators in disciplinary matters in order to fulfill this purpose. In particular, s. 100.12(*a*) *L.C.* empowers arbitrators to consider any act or regulation to the extent necessary to settle the grievance. While the *Labour Code* clearly contemplates that arbitrators will be called on to interpret and apply legislation in order to settle grievances in a prompt, final and binding manner, it does not follow that the question of the compatibility of

22

Quant à l'objet de la loi, le but de l'arbitrage des griefs est « d'assurer un règlement rapide, définitif et exécutoire des différends concernant l'interprétation ou l'application d'une convention collective, ainsi que les mesures disciplinaires prises par les employeurs » (*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. 17). À cette fin, l'art. 100.12 *C.T.* confère aux arbitres de vastes pouvoirs en matière disciplinaire. Plus particulièrement, l'al. 100.12*a*) *C.T.* accorde aux arbitres le pouvoir d'interpréter et d'appliquer toute loi ou tout règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour trancher un grief. Même si le *Code du travail* prévoit manifestement que les arbitres seront appelés à interpréter et à appliquer la loi afin d'assurer le règlement rapide, définitif et exécutoire de griefs, il

conflicting legislative provisions was intended to be within the exclusive purview of the grievance arbitrator or that such a task is at the core of the object of grievance arbitration. This suggests that the question of whether both provisions apply concurrently should be evaluated on a less deferential standard.

23 On balance, the factors to be considered in the pragmatic and functional approach suggest that the question of compatibility must be subject to the strictest standard of review, the standard of correctness.

5.1.3 Interpretation and Application of Section 119, para. 2 *P.A.*

24 The question of whether the arbitrator correctly interpreted and applied s. 119, para. 2 *P.A.* to Belleau's conduct raises different concerns than the question of compatibility. It is not a pure question of law but rather a question of mixed fact and law. The arbitrator had to decide whether the specific circumstances raised by Belleau fell within the proper scope of s. 119, para. 2 *P.A.* and whether those circumstances had been established on the evidence. He also had to decide what sanction was appropriate once the presence of specific circumstances had been made out. This analysis is more in line with the traditional function of a grievance arbitrator under s. 100.12(*f*) *L.C.* Furthermore, it is a decision that requires the balancing of competing interests of the police officer facing dismissal, the municipality, both as an employer and as a public body responsible for the security of the public, and of the community as a whole in maintaining respect and confidence in its police officers. Thus, the arbitrator's decision has some elements of polycentric decision making which would suggest a higher degree of deference: *Pushpanathan*, at para. 36.

25 However, not all of the factors to be considered under the pragmatic and functional approach point to the highest degree of deference. First, there is still a significant legal component to the question.

ne s'ensuit pas que la question de la conciliation de dispositions législatives en conflit devait relever de la compétence exclusive de l'arbitre de griefs ni que cette fonction est un aspect fondamental de l'objet de l'arbitrage des griefs. Ce qui donne à penser que l'évaluation de l'application concurrente des deux dispositions devrait commander une norme de retenue moins élevée.

Somme toute, les facteurs à prendre en considération dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle semblent indiquer que la question de la compatibilité doit être assujettie à la norme de contrôle la plus rigoureuse, soit la norme de la décision correcte.

5.1.3 Interprétation et application de l'art. 119, al. 2 *L.P.*

La question de savoir si l'arbitre a correctement interprété l'art. 119, al. 2 *L.P.* et l'a correctement appliqué à la conduite de M. Belleau soulève des problèmes autres que la compatibilité. Il ne s'agit pas d'une pure question de droit, mais plutôt d'une question mixte de droit et de fait. L'arbitre devait décider si la portée de l'art. 119, al. 2 *L.P.* s'étendait aux circonstances particulières soulevées par M. Belleau et si la preuve de ces circonstances avait été faite. Il devait aussi décider de la sanction à appliquer une fois qu'avait été faite la preuve des circonstances particulières. Cette analyse relève davantage des fonctions normalement exercées par un arbitre de griefs aux termes de l'al. 100.12*f*) *C.T.* De plus, cette décision doit être prise en tenant compte d'intérêts opposés : les intérêts du policier menacé de destitution, les intérêts de la municipalité, en sa qualité d'employeur et d'organisme public responsable de la sécurité du public, ainsi que les intérêts de l'ensemble de la collectivité, à qui les policiers doivent inspirer respect et confiance. Ainsi, la décision de l'arbitre comporte certains éléments de la prise de décisions polycentriques, ce qui semblerait inviter à un degré plus élevé de retenue : *Pushpanathan*, par. 36.

Toutefois, les facteurs à prendre en compte dans le cadre de l'analyse pragmatique et fonctionnelle ne militent pas tous en faveur du degré le plus élevé de retenue. Premièrement, la question comporte

The arbitrator was required to decide what counts as specific circumstances sufficient to justify another sanction for the purpose of s. 119, para. 2 *P.A.* This is an important question that has a certain degree of precedential value: *Lethbridge*, at para. 19.

toujours un élément de droit important. L'arbitre devait décider ce qui constitue des circonstances particulières justifiant une autre sanction aux termes de l'art. 119, al. 2 *L.P.* C'est une question importante qui a, dans une certaine mesure, valeur de précédent : *Lethbridge*, par. 19.

Second, the discretion exercised by the arbitrator under s. 119, para. 2 *P.A.* is not the same as that exercised under s. 100.12 *L.C.* Section 119 *P.A.* is mandatory and, where it applies, results in the dismissal of a police officer except in the limited exception provided in its second paragraph. The arbitrator's discretion in disciplinary matters is thus narrowed significantly under s. 119, para. 2 *P.A.* with respect to what it would otherwise be under s. 100.12(*a*) and (*f*) *L.C.* While the decision-making process of an arbitrator called upon to interpret and apply s. 119, para. 2 *P.A.* certainly falls within the broader purpose of grievance arbitration, it is a much more limited exercise. This would suggest that the legislative intent to confide disciplinary matters to arbitrators is not as strong in the case of criminal conduct which engages s. 119 *P.A.*

26 Deuxièmement, aux termes de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, l'arbitre n'est pas investi du même pouvoir discrétionnaire qu'aux termes de l'art. 100.12 *C.T.* L'article 119 *L.P.* est impératif et, lorsqu'il s'applique, entraîne la destitution du policier, exception faite du cas limité prévu au deuxième alinéa. Ainsi, aux termes de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, l'arbitre dispose en matière disciplinaire d'un pouvoir discrétionnaire beaucoup plus restreint que le pouvoir que lui confèrent les al. 100.12*a*) et *f*) *C.T.* Le fait pour l'arbitre d'interpréter et d'appliquer l'art. 119, al. 2 *L.P.* s'inscrit certes dans l'objet plus général de l'arbitrage des griefs, mais il s'agit d'un exercice beaucoup plus limité de ce pouvoir décisionnel, ce qui porte à croire que l'intention législative de confier le règlement des questions disciplinaires aux arbitres n'est pas aussi ferme dans le cas d'activités criminelles faisant intervenir l'art. 119 *L.P.*

Third, the *Police Act* is an external statute. It is not part of the collective agreement or the *Labour Code*. Furthermore, the Court of Québec also has limited jurisdiction to apply s. 119, para. 2 *P.A.* in the context of directors, managers or other police officers who do not count as employees for the purposes of the *Labour Code* (ss. 87 to 89 *P.A.*). The arbitrator's relative expertise in relation to s. 119 does not suggest the highest level of deference.

27 Troisièmement, la *Loi sur la police* n'est pas une loi constitutive. Elle ne fait pas partie de la convention collective ni du *Code du travail*. En outre, la compétence de la Cour du Québec est limitée eu égard à l'application de l'art. 119, al. 2 *L.P.* aux directeurs, gestionnaires ou autres policiers qui ne sont pas des employés au sens du *Code du travail* (art. 87 à 89 *L.P.*). L'expertise relative de l'arbitre en ce qui a trait à l'art. 119 ne commande pas le degré le plus élevé de retenue.

Taking these factors into account suggests something less than the most deferential standard of review. Review on a patent unreasonableness standard will, by its nature, be relatively rare: *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at para. 18. The countervailing factors in this case point to the reasonableness standard of review for the interpretation and application of s. 119, para. 2 *P.A.*

28 Ainsi, lorsqu'ils sont pris en compte, ces facteurs invitent à l'application d'une norme de contrôle ne comportant pas la plus grande retenue. En raison de sa nature même, la norme de la décision manifestement déraisonnable est rarement appliquée : *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 18. Les considérations opposées en l'espèce militent en faveur du contrôle de l'interprétation et de l'application de l'art. 119, al. 2 *L.P.* suivant la norme de la décision raisonnable.

5.2 *Compatibility of Section 119, para. 2 P.A. and Section 116(6) C.T.A.*

29 Before examining whether the arbitrator's decision regarding the conflict between s. 119, para. 2 *P.A.* and s. 116(6) *C.T.A.* was correct, it will be helpful to briefly consider the legislative framework which governs municipal police officers.

5.2.1 Legislative Context

30 Municipal police officers, like all police officers, are governed by the *Police Act*. In 2000, the *Police Act* replaced the old *Police Act*, R.S.Q., c. P-13 and *An Act respecting Police Organization*, R.S.Q., c. O-8.1 ("*Police Organization Act*"). The new legislation is a comprehensive statute providing for the training of police officers (ss. 1 to 47), the composition, organization and regulation of provincial police forces (ss. 48 to 111), the basic requirements for entry into the profession (ss. 115 and 116), and limitations on the activities and interests of police officers (ss. 117 to 125). It is in the context of the latter provisions that s. 119 provides for the dismissal of police officers who are found guilty of indictable or hybrid criminal offences (i.e., offences which may be prosecuted either by indictment or summary conviction). The new *Police Act* also incorporates the provisions from the *Police Organization Act* relating to professional ethics. The *Code of ethics of Québec police officers*, (1990) 122 G.O. II, 1760 ("*Code of ethics*") is continued (s. 127), as well as the Police Ethics Commissioner (ss. 128 to 193), and the Comité de déontologie policière, charged with sanctioning breaches of the *Code of ethics* (ss. 194 to 255.11).

31 Municipal police forces are regulated extensively by the Act (ss. 69 to 89). In particular, every municipality has the responsibility to make a by-law regarding the internal discipline of the members of its police force (s. 256). The by-law must establish the duties and standards of conduct expected of its police officers, a disciplinary procedure and the

5.2 *Compatibilité de l'art. 119, al. 2 L.P. et du par. 116(6) L.C.V.*

Avant d'examiner si la décision de l'arbitre concernant l'incompatibilité de l'art. 119, al. 2 *L.P.* et du par. 116(6) *L.C.V.* était correcte, j'estime utile de passer brièvement en revue le cadre législatif applicable aux policiers municipaux.

5.2.1 Contexte législatif

Les policiers municipaux, comme tous les policiers, sont assujettis à la *Loi sur la police*. En 2000, la *Loi sur la police* a remplacé l'ancienne *Loi de police*, L.R.Q., ch. P-13, et la *Loi sur l'organisation policière*, L.R.Q., ch. O-8.1. La nouvelle loi est exhaustive, comportant des dispositions sur la formation des policiers (art. 1 à 47), la composition des corps de police, leur organisation et la réglementation de leurs activités (art. 48 à 111), les conditions minimales d'exercice de la profession (art. 115 et 116) ainsi que les restrictions imposées aux policiers en ce qui a trait à leurs activités et à leurs intérêts (art. 117 à 125). C'est dans le contexte de ces dispositions que l'art. 119 prévoit la destitution des policiers reconnus coupables d'actes criminels ou d'infractions mixtes (c'est-à-dire des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par voie de mise en accusation ou par procédure sommaire). La nouvelle *Loi sur la police* incorpore également les dispositions de la *Loi sur l'organisation policière* se rapportant à l'éthique professionnelle. Elle proroge le *Code de déontologie des policiers du Québec*, (1990) 122 G.O. II, 2531 (« *Code de déontologie* ») (art. 127) et maintient la fonction de commissaire à la déontologie policière (art. 128 à 193) et le Comité de déontologie policière, qui est chargé d'imposer des sanctions aux policiers qui ont adopté une conduite dérogatoire au *Code de déontologie* (art. 194 à 255.11).

La Loi (art. 69 à 89) réglemente largement les activités des corps de police municipaux. Plus particulièrement, chaque municipalité doit prendre un règlement relatif à la discipline interne des membres de son corps de police (art. 256). Le règlement impose aux policiers des devoirs et des normes de conduite, établit une procédure disciplinaire et

sanctions that may be imposed for breach of the by-law (s. 258).

The conduct of municipal police officers is thus regulated by three separate sources flowing from the *Police Act*. One is the internal discipline by-law of the municipality, which, in the case of the appellant municipality, is entitled *Règlement numéro 756 relatif à l'éthique professionnelle et à la discipline interne des policiers-pompiers de la Ville de Lévis* ("*Règlement n^{o} 756*"). Section 13.10 prohibits the municipality's police officers from violating any law or regulation that the Public security service of Lévis was charged with enforcing (s. 13.10) or with contravening [TRANSLATION] "any law or regulation enacted or made by a legally constituted authority in a manner likely to compromise the effectiveness, credibility or quality of the Service" (s. 13.11). Breach of one of the requirements of *Règlement n^{o} 756* can lead to a number of disciplinary sanctions, including dismissal (s. 22).

Another source is the *Code of ethics*. The Code establishes "the duties and standards of conduct of police officers in their relations with the public in the performance of their duties" (s. 1). This includes the general duty to "act in such a manner as to preserve the confidence and consideration that his duties require" (s. 5). Breach of the Code may lead to dismissal (s. 234(6) *P.A.*).

Finally, the conduct of police officers is in some measure regulated by the *Police Act* itself. Section 117 prohibits police officers from undertaking certain activities or having financial interests related to those activities. Section 119, as we have seen, is concerned with criminal conduct of police officers.

It is important to note that s. 119 was a new addition to the legislative framework governing police. It reflects a heightened concern by the legislature to impose strict consequences for criminal conduct by police officers. This concern can be seen throughout the provisions of the Act that, like s. 119, were not present in the previous legislation. Section 3(3)

prévoit les sanctions à imposer en cas de manquement au règlement (art. 258).

32 Ainsi, trois sources distinctes émanant de la *Loi sur la police* régissent la conduite des policiers municipaux. La première est le règlement interne relatif à la discipline qui, pour la municipalité appelante, s'intitule le *Règlement numéro 756 relatif à l'éthique professionnelle et à la discipline interne des policiers-pompiers de la Ville de Lévis* (« *Règlement n^{o} 756* »). Suivant l'art. 13.10, il est interdit aux policiers de la municipalité de « contrevenir à toute loi ou à tout règlement que la Sécurité publique de Lévis est chargée de faire respecter » (art. 13.10) ou de « contrevenir à toute loi ou à tout règlement édicté par une autorité légalement constituée d'une manière susceptible de compromettre l'efficacité, la crédibilité ou la qualité du Service » (art. 13.11). Un certain nombre de sanctions, dont la destitution, peuvent être imposées pour tout manquement à l'une des dispositions du *Règlement n^{o} 756* (art. 22).

33 La deuxième source, le *Code de déontologie*, « détermine les devoirs et normes de conduite des policiers dans leurs rapports avec le public dans l'exercice de leurs fonctions » (art. 1). Les policiers doivent notamment « se comporter de manière à préserver la confiance et la considération que requiert [leur] fonction » (art. 5). Toute conduite dérogatoire au Code peut entraîner la destitution (par. 234(6) *L.P.*).

34 Enfin, la conduite des policiers est dans une certaine mesure régie par la *Loi sur la police* elle-même. L'article 117 interdit aux policiers de se livrer à certaines activités ou d'avoir des intérêts financiers reliés à ces activités. Comme nous l'avons vu, l'art. 119 porte sur la conduite criminelle des policiers.

35 Il importe de signaler que l'art. 119 a été ajouté récemment au cadre législatif régissant la police, une indication de l'importance accordée par le législateur à la nécessité d'imposer des conséquences sévères à la conduite criminelle des policiers. Cette préoccupation du législateur ressort de l'ensemble des dispositions de la Loi qui, comme l'art. 119, ne

of the former *Police Act* prevented only those who had been convicted of a criminal offence by way of indictment from becoming police officers. By contrast, s. 115(3) *P.A.* requires that a potential candidate have no prior criminal convictions of any kind. Other new provisions ensure that allegations of criminal conduct by police officers are investigated and that such investigations are carried out objectively and thoroughly: ss. 70, para. 5, 260, 264, 286 and 289.

36 The general sanction of dismissal provided in s. 119 *P.A.* is a significant change from the former legislation. Previously, police officers could be disciplined, and even dismissed — as they still can be — for breach of the *Code of ethics* or internal discipline regulations, including for committing a criminal offence, but the result was not certain: see *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 S.C.R. 74, at p. 83. This was due to the fact that the former *Police Act* was silent on the issue of criminal conduct by acting police officers. Section 3(3) of that Act prevented persons who had been convicted of a criminal offence by way of indictment from *becoming* police officers, but it did not extend to police officers during their employment: *Péloquin v. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, [2000] R.J.Q. 2215 (C.A.). The new Act, through s. 119 *P.A.*, ensures that dismissal will generally be the result of serious criminal conduct and thus brings the expectations of acting police officers in line, although not perfectly, with what is required of those seeking entry into the profession.

37 The main practical effect of s. 119 *P.A.* is that it removes a large part of the discretion that previously existed with directors of police, the Police Ethics Commissioner and the Comité de déontologie policière as to whether a police officer who is

faisaient pas partie de l'ancienne loi. Aux termes du par. 3(3) de l'ancienne *Loi de police*, seules les personnes reconnues coupables d'une infraction criminelle punissable par voie de mise en accusation ne pouvaient devenir policiers. Or, le par. 115(3) *L.P.* précise comme condition d'embauche l'absence de déclaration de culpabilité antérieure, quelle qu'elle soit. Suivant d'autres nouvelles dispositions, toute enquête portant sur un policier qui fait l'objet d'une allégation relative à une infraction criminelle doit être menée avec objectivité et minutie : art. 70, al. 5, art. 260, 264, 286 et 289.

La destitution en tant que sanction générale prévue à l'art. 119 *L.P.* constitue un changement majeur par rapport à l'ancienne loi. Auparavant, les policiers pouvaient faire l'objet de mesures disciplinaires et même être destitués — ce qui est encore le cas — pour un acte dérogatoire au *Code de déontologie* ou au règlement de discipline interne, notamment s'ils commettaient une infraction criminelle, mais ce résultat n'était pas assuré : voir *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal*, [1985] 2 R.C.S. 74, p. 83. Il en était ainsi parce que l'ancienne *Loi de police* était muette sur la question de la conduite criminelle des policiers en titre. Le paragraphe 3(3) de cette Loi empêchait l'*embauche* comme policier de toute personne reconnue coupable d'une infraction criminelle punissable par voie de mise en accusation, mais cette restriction ne s'étendait pas aux policiers pendant leur période d'emploi : *Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec*, [2000] R.J.Q. 2215 (C.A.). Selon la nouvelle Loi et son art. 119, la destitution est la sanction généralement imposée à tout policier reconnu coupable d'une infraction criminelle grave, ce qui a permis d'harmoniser, quoique de manière imparfaite, les attentes à l'égard des policiers en titre et celles visant les candidats à l'exercice de la profession.

Sur le plan pratique, l'art. 119 *L.P.* a comme principal effet de retirer aux directeurs des services de police, au commissaire à la déontologie policière et au Comité de déontologie policière une partie importante de leur pouvoir

convicted of a indictable or hybrid criminal offence should be disciplined and, if so, to what extent. A director who discovers that a member of his or her police force has committed an offence that falls within the ambit of s. 119, para. 2 *P.A.* has no choice but to dismiss the police officer. This sanction will apply in all cases unless the officer can show there are specific circumstances that justify another sanction.

Of course discipline regulations and the *Code of ethics* continue to apply to police officers and may result in sanctions independently of s. 119 *P.A.* Criminal offences that fall outside the ambit of s. 119 *P.A.* may still be punishable by dismissal in appropriate circumstances: see e.g. *Lévis (Ville de) v. Syndicat des policiers et pompiers de Lévis*, D.T.E. 89T-344 (T.A.). However, where the offence is covered by s. 119, s. 258 *P.A.* makes clear that disciplinary sanctions imposed in accordance with the municipality's discipline by-law do not remove the general requirement to impose dismissal.

Similarly, a grievance arbitrator may no longer refer to his or her plenary discretion under s. 100.12(*f*) *L.C.* to review the reasonableness of the municipality's decision and substitute what sanction he or she sees fits considering all the circumstances. Absent specific circumstances, which must be proven by the police officer, the only finding open to the arbitrator under s. 119, para. 2 *P.A.* is dismissal.

Having set out the context of the legislation governing the conduct of police officers, we must now consider the effect of municipal law. Municipal police officers, *unlike* other police officers, are also subject to municipal law as municipal employees. In particular, s. 116 *C.T.A.*, which applies to the appellant municipality, establishes conditions for being appointed or holding office as an officer or employee ("*charge de fonctionnaire ou d'employé*"). An almost identical provision applies to municipal police officers

discrétionnaire antérieur de décider de la sanction disciplinaire, le cas échéant, qui doit être imposée à un policier reconnu coupable d'un acte criminel ou d'une infraction mixte. Le directeur d'un service de police qui apprend qu'un membre de son corps de police a commis une infraction visée à l'art. 119, al. 2 *L.P.* est tenu de le destituer. Cette sanction est imposée dans tous les cas, à moins que le policier ne puisse démontrer que des circonstances particulières justifient une autre sanction.

38 Il va sans dire que le règlement de discipline et le *Code de déontologie* continuent de s'appliquer aux policiers et peuvent entraîner l'imposition de sanctions autres que celles prévues à l'art. 119 *L.P.* La destitution peut, dans certaines circonstances, constituer la sanction imposée en cas de perpétration d'infractions criminelles qui ne sont pas visées à l'art. 119 *L.P.* : voir par exemple *Lévis (Ville de) c. Syndicat des policiers et pompiers de Lévis*, D.T.E. 89T-344 (T.A.). Toutefois, si l'infraction est prévue à l'art. 119, l'art. 258 *L.P.* précise qu'en général, la destitution demeure obligatoire, malgré toute autre sanction disciplinaire imposée en vertu d'un règlement municipal relatif à la discipline.

39 De même, un arbitre de griefs ne peut plus invoquer le pouvoir discrétionnaire absolu que prévoit l'al. 100.12*f*) *C.T.* afin de réviser le caractère raisonnable de la décision de la municipalité et d'y substituer la décision qui lui paraît juste compte tenu des circonstances de l'affaire. En l'absence de circonstances particulières, dont la preuve doit être faite par le policier, l'arbitre peut uniquement imposer la destitution en application de l'art. 119, al. 2 *L.P.*

40 Ayant énoncé le cadre législatif régissant la conduite des policiers, je dois maintenant examiner la portée du droit municipal. Les policiers municipaux, *contrairement* à d'autres policiers, sont également assujettis aux lois municipales comme tout employé de la municipalité. Plus particulièrement, l'art. 116 *L.C.V.*, qui s'applique à la municipalité appelante, énonce les conditions de nomination « à une charge de fonctionnaire ou d'employé de la municipalité » et d'exercice d'une telle charge. Une disposition quasi identique s'applique aux policiers

employed by municipalities that are governed by the *Municipal Code of Québec*, R.S.Q., c. C-27.1, s. 269. Subparagraph 6 of the first paragraph of s. 116 *C.T.A.* functions to disqualify persons who have committed an offence punishable by imprisonment for one year or more from taking up or *holding* office. As such, it disqualifies those who are employed by the municipality when the offence is committed. The period of disqualification lasts for five years from the end of the term of imprisonment or from the date of condemnation if no sentence was imposed.

41 There is, however, an important limitation to the disqualification set out in s. 116(6) *C.T.A.* The penultimate paragraph of s. 116 limits disqualification to situations where "the offence is in connection with" the office or employment. This qualification was added in 1986 in order to bring s. 116(6) and (7) *C.T.A.* in line with s. 18.2 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, which protects employees from being dismissed or otherwise penalized in their employment for the mere fact that they were convicted of a penal or criminal offence (*An Act to amend various legislation having regard to the Charter of human rights and freedoms*, S.Q. 1986, c. 95, s. 46). Under s. 18.2 of the Quebec *Charter* there must be an objective connection with the offence and the employment in order for the dismissal not to be discriminatory: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68, at para. 30.

42 I make note of this because it appears that the connection requirement applies differently to municipal police officers than it does to other municipal employees. A criminal offence committed by a police officer is more likely to have a connection with his or her employment than an offence committed by another municipal employee. Thus, for example, a municipal employee was able to prove that a sexual assault during working hours was not connected with his employment, and therefore that he should not be dismissed by virtue of s. 116(6) *C.T.A.* (*Syndicat des employés municipaux de Beauce*

municipaux à l'emploi des municipalités régies par le *Code municipal du Québec*, L.R.Q., ch. C-27.1, art. 269. Aux termes du par. 116(6) *L.C.V.*, aucune personne déclarée coupable d'une infraction punissable d'un emprisonnement d'un an ou plus ne peut être nommée à une charge ni l'*occuper*. Ainsi, lorsque l'infraction est commise, ce paragraphe rend l'auteur de l'infraction inhabile à occuper un emploi municipal. La période d'inhabilité subsiste pendant cinq ans après le terme d'emprisonnement ou, si aucune peine n'a été infligée, pendant les cinq années suivant la date de la condamnation.

Toutefois, l'art. 116 *L.C.V.* prévoit une restriction importante à l'inhabilité visée à son par. 6. Selon l'avant-dernier paragraphe de l'art. 116, l'inhabilité n'existe que si l'infraction a « un lien avec » la charge ou l'emploi. Cette précision a été ajoutée en 1986 afin d'harmoniser les par. 116(6) et (7) *L.C.V.* avec l'art. 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, aux termes duquel les employés ne peuvent être congédiés ni autrement pénalisés dans le cadre de leur emploi du seul fait qu'ils ont été déclarés coupables d'une infraction pénale ou criminelle (*Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1986, ch. 95, art. 46). Suivant l'art. 18.2 de la *Charte* québécoise, il doit y avoir un lien objectif entre l'infraction et l'emploi pour que le congédiement ne soit pas considéré comme une mesure discriminatoire : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68, par. 30.

Je le signale parce que l'exigence relative au lien ne semble pas s'appliquer uniformément aux policiers municipaux et aux autres employés municipaux. Une infraction criminelle commise par un policier aura plus vraisemblablement un lien avec son emploi que celle commise par un autre employé de la municipalité. Ainsi par exemple, il a été possible pour un employé municipal de démontrer qu'une agression sexuelle perpétrée pendant les heures de travail n'avait pas de lien avec son emploi et que par conséquent, il ne devrait pas être congédié en application du par. 116(6) *L.C.V.* (*Syndicat des employés*

(C.S.D.) v. St-Georges (Ville de), J.E. 2000-540, SOQUIJ AZ-00019015 (C.A.)). Similarly, a municipal firefighter who defrauded the municipality's employees' credit union was held not to have committed an offence in connection with his employment (*Association des pompiers de Laval v. Ville de Laval*, [1985] T.A. 446).

The same results would not be possible for municipal police officers under s. 116(6) *C.T.A.* This is because most, if not all, criminal offences committed by a municipal police officer will be connected to his or her employment due to the importance of public confidence in the police officer's abilities to discharge his or her duties. In *Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Ste-Marthe-sur-le-Lac v. Deux-Montagnes (Ville de)*, J.E. 2001-524, SOQUIJ AZ-50083424, a case decided before s. 119 *P.A.* came into effect, the Court of Appeal of Quebec concluded that the arbitrator had committed a patently unreasonable error in not upholding the dismissal of a police officer convicted of concealing a stolen automobile under s. 116(6) *C.T.A.* The court noted that the arbitrator had in fact found that even though the offence had been committed outside of the officer's employment, it was of such a nature as to compromise the integrity and respect for the law that the municipality and the public were entitled to expect from a police officer (para. 18). As such, the court held that the conditions of s. 116(6) *C.T.A.* were satisfied and the officer should have been dismissed.

A similar principle emerges from the judicial application of s. 18.2 of the Quebec *Charter* to police officers who are dismissed for criminal conduct. In *Pelland v. St-Antoine (Ville de)*, J.E. 94-499, 1994 CarswellQue 1900 (C.Q.), a director of police had been dismissed following a conviction for making false declarations in order to secure bank loans. The court held that the connection requirement in s. 18.2 had been satisfied: [TRANSLATION] "In light of the nature of the position held by the applicant, his having been convicted of an indictable offence is incompatible with the very performance of the

municipaux de Beauce (C.S.D.) c. St-Georges (Ville de), J.E. 2000-540, SOQUIJ AZ-00019015 (C.A.)). De même, un tribunal d'arbitrage a conclu qu'un pompier municipal qui avait fraudé la caisse d'économie des employés de la municipalité n'avait pas commis une infraction ayant un lien avec son emploi (*Association des pompiers de Laval c. Ville de Laval*, [1985] T.A. 446).

43 Il ne serait pas possible d'obtenir les mêmes résultats dans le cas de policiers municipaux aux termes du par. 116(6) *L.C.V.*, parce que la plupart, voire toutes les infractions criminelles commises par un policier municipal auront un lien avec son emploi en raison de la grande confiance que doit inspirer au sein du public la capacité du policier de s'acquitter de ses fonctions. Dans *Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Ste-Marthe-sur-le-Lac c. Deux-Montagnes (Ville de)*, J.E. 2001-524, SOQUIJ AZ-50083424, un arrêt rendu avant l'entrée en vigueur de l'art. 119 *L.P.*, la Cour d'appel du Québec a jugé que l'arbitre avait commis une erreur manifestement déraisonnable en ne confirmant pas la décision, rendue en application du par. 116(6) *L.C.V.*, de congédier le policier reconnu coupable de recel d'une automobile. La Cour d'appel a fait remarquer que l'arbitre avait conclu que, même si l'infraction avait été commise alors que le policier n'était pas en devoir, elle était de nature à compromettre l'image d'intégrité et de respect de la loi que l'employeur et le public étaient en droit d'attendre d'un policier (par. 18). Dans ce contexte, la Cour a jugé qu'il avait été satisfait aux conditions énoncées au par. 116(6) *L.C.V.* et que le policier aurait dû être destitué.

44 Un principe semblable se dégage de l'application, par les tribunaux, de l'art. 18.2 de la *Charte* québécoise aux policiers congédiés du fait de leur conduite criminelle. Dans *Pelland c. St-Antoine (Ville de)*, J.E. 94-499, 1994 CarswellQue 1900 (C.Q.), un directeur de police avait été destitué après avoir été reconnu coupable d'avoir fait de fausses déclarations dans le but d'obtenir des prêts bancaires. La cour a conclu qu'il avait été satisfait au lien exigé à l'art. 18.2 : « [v]u la nature de la fonction qu'occupait le requérant, le fait d'être reconnu coupable d'un acte criminel est incompatible avec l'exercice

duties of that position, and this incompatibility is necessarily connected with his employment" (para. 38 (emphasis added)).

45 A dismissal which is the result of a disciplinary sanction will usually not attract the protection of s. 18.2 because it cannot be said that the dismissal was effected for the mere reason of the criminal offence: *Maksteel*, at para. 31. This will often be the case with municipal police officers who, unlike other municipal employees, face disciplinary sanctions for violations of the law. For example, s. 13.11 of the appellant municipality's discipline by-law prohibits police officers from violating any laws in a way that would compromise the effectiveness, credibility and quality of the public security service. In short, a municipal police officer would rarely, if ever, be able to benefit from the protection afforded by the penultimate paragraph of s. 116 to other municipal employees in the context of criminal offences.

46 This brief review of the legislative framework governing the criminal conduct of municipal police officers suggests that s. 116(6) *C.T.A.* is similar in effect to s. 119, para. 2 *P.A.* What is not clear is whether the strict consequences of criminal conduct provided for in s. 116(6) *C.T.A.* were intended to continue to apply to municipal police officers whose conduct also falls under s. 119, para. 2 *P.A.* It is to this question that I now turn.

5.2.2 Are Section 116(6) *C.T.A.* and Section 119, para. 2 *P.A.* in Conflict?

47 The starting point in any analysis of legislative conflict is that legislative coherence is presumed, and an interpretation which results in conflict should be eschewed unless it is unavoidable. The test for determining whether an unavoidable conflict exists is well stated by Professor Côté in his treatise on statutory interpretation:

> According to case law, two statutes are not repugnant simply because they deal with the same subject:

même de cette fonction et cette incompatibilité a nécessairement un lien avec son emploi » (par. 38 (je souligne)).

Il ne sera généralement pas possible d'invoquer l'art. 18.2 de la *Charte* québécoise en cas de congédiement résultant d'une sanction disciplinaire, parce que cette mesure n'aura pas été prise du seul fait de l'infraction criminelle : *Maksteel*, par. 31. Il en sera souvent ainsi dans le cas de policiers municipaux qui, contrairement aux autres employés municipaux, s'exposent à des sanctions disciplinaires lorsqu'ils violent la loi. Par exemple, l'art. 13.11 du règlement de discipline de la municipalité appelante interdit aux policiers de contrevenir à toute loi d'une manière susceptible de compromettre l'efficacité, la crédibilité ou la qualité du service de sécurité publique. Bref, les policiers municipaux pourront rarement, voire jamais, bénéficier de la protection que l'avant-dernier paragraphe de l'art. 116 offre aux autres employés de la municipalité s'ils commettent des infractions criminelles.

Il ressort de ce bref examen du cadre législatif régissant la conduite criminelle des policiers municipaux que l'effet du par. 116(6) *L.C.V.* est semblable à celui de l'art. 119, al. 2 *L.P.* On ne peut toutefois affirmer clairement que les conséquences sévères de la conduite criminelle prévues au par. 116(6) *L.C.V.* devaient continuer de s'appliquer aux policiers municipaux dont la conduite tombe également sous le coup de l'art. 119, al. 2 *L.P.* C'est cette question que j'aborde maintenant.

5.2.2 Le paragraphe 116(6) *L.C.V.* et l'art. 119, al. 2 *L.P.* sont-ils incompatibles?

Le point de départ de toute analyse d'un conflit de lois est qu'il existe une présomption de cohérence législative, et une interprétation qui donne lieu à un conflit devrait être évitée dans la mesure du possible. Le critère à appliquer pour déterminer si un conflit est inévitable est clairement énoncé par le professeur Côté dans son traité d'interprétation des lois :

> Selon la jurisprudence, deux lois ne sont pas en conflit du simple fait qu'elles s'appliquent à la même

application of one must implicitly or explicitly preclude application of the other.

(P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 350)

Thus, a law which provides for the expulsion of a train passenger who fails to pay the fare is not in conflict with another law that only provides for a fine because the application of one law did not exclude the application of the other (*Toronto Railway Co. v. Paget* (1909), 42 S.C.R. 488). Unavoidable conflicts, on the other hand, occur when two pieces of legislation are directly contradictory or where their concurrent application would lead to unreasonable or absurd results. A law, for example, which allows for the extension of a time limit for filing an appeal only before it expires is in direct conflict with another law which allows for an extension to be granted after the time limit has expired (*Massicotte v. Boutin*, [1969] S.C.R. 818).

The arbitrator and the Court of Appeal both found that s. 116(6) *C.T.A.* and s. 119, para. 2 *P.A.* were in conflict and that the conflict could not be avoided by any reasonable interpretation. I agree. Section 119, para. 2 *P.A.* requires the dismissal of police officers who have been convicted of a hybrid criminal offence, *except* if he or she can demonstrate specific circumstances which would justify another sanction. Section 116(6) *C.T.A.* provides for disqualification *without exception* from municipal employment for criminal and penal offences punishable with imprisonment for one year or more where the connection requirement is satisfied. There is a clear zone where the statutes overlap and come into conflict. Most, if not all, hybrid *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, offences targeted by s. 119, para. 2 *P.A.* also carry a term of imprisonment of at least 12 months. Because of the seriousness of criminal conduct by police officers, the connection requirement in the penultimate paragraph of s. 116 *C.T.A.* will most often be satisfied, especially in the case of hybrid offences, which are more serious than summary offences. Disqualification under s. 116 *C.T.A.* will, by necessity, lead to the municipal police officer's

matière : il faut que l'application de l'une exclue, explicitement ou implicitement, celle de l'autre.

(P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 443)

Ainsi, une loi prévoyant que le passager d'un train qui ne paye pas son passage doit être expulsé n'est pas en conflit avec une autre loi prévoyant uniquement l'imposition d'une amende, parce que l'application d'une loi n'exclut pas l'application de l'autre loi (*Toronto Railway Co. c. Paget* (1909), 42 R.C.S. 488). Par contre, il y a conflit inévitable lorsque deux lois sont directement contradictoires ou que leur application concurrente donnerait lieu à un résultat déraisonnable ou absurde. Par exemple, la loi qui autorise la prorogation du délai de dépôt d'un appel uniquement avant l'expiration du délai est en conflit direct avec une autre loi qui autorise l'acceptation d'une demande de prorogation après l'expiration du délai (*Massicotte c. Boutin*, [1969] R.C.S. 818).

48 L'arbitre et la Cour d'appel ont tous les deux conclu à l'incompatibilité du par. 116(6) *L.C.V.* et de l'art. 119, al. 2 *L.P.* et à l'impossibilité de concilier ces dispositions au moyen d'une interprétation raisonnable. Je partage leur avis. Selon l'art. 119, al. 2 *L.P.*, le policier reconnu coupable d'une infraction mixte doit être destitué, *à moins* qu'il ne démontre que des circonstances particulières justifient une autre sanction. Selon le par. 116(6) *L.C.V.*, la personne reconnue coupable d'une infraction pénale ou criminelle punissable d'un emprisonnement d'un an ou plus est inhabile à occuper une charge d'employé de la municipalité *dans tous les cas* où l'infraction a un lien avec cette charge. Il y a clairement chevauchement et incompatibilité d'un élément de ces dispositions législatives. La plupart, voire toutes les infractions mixtes prévues au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui sont visées par l'art. 119, al. 2 *L.P.*, sont punissables d'un emprisonnement d'au moins douze mois. En raison de la gravité de la conduite criminelle des policiers, il sera presque toujours possible d'établir le lien exigé à l'avant-dernier paragraphe de l'art. 116 *L.C.V.*, notamment dans le cas d'infractions mixtes, qui sont plus graves que les infractions punissables sur

dismissal, but without any opportunity, in contrast to s. 119, para. 2 *P.A.*, to demonstrate specific circumstances.

49 In any event, it is certainly the case that Belleau's conduct in this appeal is caught by both provisions. All of his offences were punishable by imprisonment for a term of more than one year. There is also no question that they are sufficiently connected with his employment as a police officer. As a result, Belleau is faced with the situation where one statute would allow him to maintain his employment with the appellant municipality if he can show specific circumstances while the other would not. The application of s. 116(6) *C.T.A.* would necessarily preclude the application of the exception found in s. 119, para. 2 *P.A.* It is a situation where "one enactment says 'yes' and the other says 'no'" (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191).

50 The appellant urges that the two provisions are complementary because s. 119 *P.A.* is concerned with a disciplinary sanction while s. 116 *C.T.A.* is a purely administrative measure providing for admissibility to municipal employment. It is true that s. 119 *P.A.* speaks of "dismissal" ("*destitution*") while s. 116 *C.T.A.* speaks of "disqualification" ("*inhabilité*"). However, the difference in wording should not obscure the practical effect of these two provisions. Both provisions ultimately result in the termination of the employment relationship. The effect of disqualification under s. 116(6) *C.T.A.* is slightly broader in that it prevents a person from holding *any* municipal employment for a period of five years, but that does not diminish the fact that disqualification first and foremost results in the dismissal of the municipal employee. If an employee is disqualified from holding employment, then dismissal must follow. This seems to me to be a necessary corollary of disqualification for acting employees.

déclaration de culpabilité par procédure sommaire. L'inhabilité prévue à l'art. 116 *L.C.V.* entraîne forcément le congédiement du policier municipal, sans toutefois que ce dernier puisse faire la preuve de circonstances particulières, comme il en a la possibilité en vertu de l'art. 119, al. 2 *L.P.*

Quoi qu'il en soit, la conduite de M. Belleau en l'espèce tombe manifestement sous le coup des deux dispositions. Toutes les infractions qu'il a commises sont punissables d'un emprisonnement de plus d'un an. Il ne fait aucun doute non plus que les infractions ont un lien avec sa charge de policier. Par conséquent, M. Belleau se retrouve dans une situation où une loi lui permet de conserver son emploi auprès de la municipalité appelante s'il peut démontrer l'existence de circonstances particulières, tandis que l'autre loi ne le lui permet pas. L'application du par. 116(6) *L.C.V.* empêcherait nécessairement l'application du régime d'exception prévu à l'art. 119, al. 2 *L.P.* Il s'agit d'un cas où « une loi dit "oui" et [. . .] l'autre dit "non" » (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191).

L'appelante fait valoir que les deux dispositions sont complémentaires parce que l'art. 119 *L.P.* prévoit une sanction disciplinaire, tandis que l'art. 116 *L.C.V.* constitue une mesure purement administrative établissant les conditions d'admissibilité à une charge d'employé municipal. Il est vrai qu'il est question de « destitution » à l'art. 119 *L.P.* et d'« inhabilité » à l'art. 116 *L.C.V.* Toutefois, il ne faut pas laisser cette différence de terminologie embrouiller l'incidence pratique de ces deux dispositions. Dans les deux cas, le résultat est la rupture du lien d'emploi. L'inhabilité prévue au par. 116(6) *L.C.V.* a une incidence un peu plus grande dans la mesure où elle empêche une personne d'occuper *toute* charge d'employé de la municipalité pendant une période de cinq ans, mais il n'en demeure pas moins que l'inhabilité entraîne d'abord et avant tout le congédiement de l'employé de la municipalité. Si un employé est inhabile à occuper une charge, il doit donc être congédié. À mon sens, l'inhabilité à occuper une charge a nécessairement pour corollaire le congédiement.

This is also the interpretation given to s. 116(6) *C.T.A.* by the jurisprudence. In cases involving municipal employees convicted of a criminal offence, it is accepted that if s. 116(6) *C.T.A.* applied, it would be the basis for the employee's dismissal: *Beauce*; *Association des pompiers de Laval.* Indeed, dismissal was the result in cases where the offence was held to have a sufficient connection with the employment: *L'Île-Perrot (Ville de) et Union des employés de service, section locale 800*, D.T.E. 2000T-619 (T.A.); *Duguay et Paspébiac (Ville de)*, D.T.E. 2003T-47, SOQUIJ AZ-50152875 (C.T.). This is also true of the application of s. 116(6) *C.T.A.* to municipal police officers before the enactment of s. 119 *P.A.* (see e.g. *Deux-Montagnes*). Section 116(6) *C.T.A.* may not be worded as a legislative sanction of dismissal, but it undeniably has such an effect.

Cette interprétation du par. 116(6) *L.C.V.* est également celle qu'en donne la jurisprudence. Dans les cas se rapportant à des employés municipaux déclarés coupables d'infractions criminelles, il est reconnu que si le par. 116(6) *L.C.V.* s'appliquait, il servirait de fondement au congédiement de l'employé : *Beauce*; *Association des pompiers de Laval.* En effet, le congédiement a été maintenu dans les cas où l'on a jugé que l'infraction comportait un lien suffisant avec l'emploi : *L'Île-Perrot (Ville de) et Union des employés de service, section locale 800*, D.T.E. 2000T-619 (T.A.); *Duguay et Paspébiac (Ville de)*, D.T.E. 2003T-47, SOQUIJ AZ-50152875 (C.T.). C'est également ainsi que le par. 116(6) *L.C.V.* a été appliqué aux policiers municipaux avant l'adoption de l'art. 119 *L.P.* (voir par exemple *Deux-Montagnes*). Le paragraphe 116(6) *L.C.V.* n'est peut-être pas libellé de manière à imposer le congédiement, mais c'est sans conteste l'effet qu'il produit. 51

Furthermore, it is hard to see the appellant's invocation of s. 116(6) *C.T.A.* in this case as anything other than an attempt to give effect to a disciplinary measure. Through s. 116(6) *C.T.A.*, the appellant hopes to find a legal basis for its decision to implement the recommendation of its director of public security to dismiss Belleau, a recommendation which was the result of a disciplinary hearing conducted in accordance with the provisions of the collective agreement and the appellant's *Règlement n^o 756* relating to disciplinary sanctions. I cannot see how an application of s. 116(6) *C.T.A.* in this case could qualify as an administrative measure.

En outre, il est difficile de concevoir la décision de l'appelante d'invoquer le par. 116(6) *L.C.V.* comme autre chose qu'une tentative de donner effet à une mesure disciplinaire. L'appelante souhaite utiliser le par. 116(6) *L.C.V.* comme fondement législatif de sa décision de donner suite à la recommandation de son directeur de la sécurité publique de congédier M. Belleau, une recommandation faite à la suite d'une enquête disciplinaire tenue en conformité avec la convention collective et le *Règlement n^o 756* de l'appelante. Je ne vois pas comment l'application du par. 116(6) *L.C.V.* pourrait en l'espèce être qualifiée de mesure administrative. 52

I further agree with the Court of Appeal that it would not be possible to resolve the conflict by interpreting s. 116(6) *C.T.A.* as imposing, in effect, a five-year suspension rather than an outright dismissal after which the police officer would regain his or her position. That would be markedly out of step with the existing jurisprudence on s. 116(6) *C.T.A.*, which, as we have seen, has uniformly interpreted s. 116(6) as operating to terminate the municipal employee's employment.

À l'instar de la Cour d'appel, je ne crois pas non plus qu'il serait possible de résoudre le conflit en interprétant le par. 116(6) *L.C.V.* comme imposant, dans les faits, non pas un congédiement pur et simple mais une suspension de cinq ans suivant laquelle le policier pourrait réintégrer son poste. Une telle approche serait manifestement contraire à la jurisprudence relative au par. 116(6) *L.C.V.* qui, comme nous l'avons vu, a toujours été interprété de manière à entraîner la cessation d'emploi de l'employé municipal. 53

54 More importantly, such an approach would not actually resolve the conflict in this case. The legislature, in s. 119, para. 2 *P.A.*, has provided for a limited exception to dismissal. When that exception applies, it results in the police officer's employment relationship with his or her police force being maintained. This is a key point. The purpose of the exception in s. 119, para. 2 *P.A.* is to allow a police officer, after the imposition of any disciplinary sanctions, to return to his or her post. An interpretation which suggests that s. 116(6) *C.T.A.* imposes a five-year suspension would negate this important objective of s. 119, para. 2 *P.A.* As Deschamps and Fish JJ. admit, such a lengthy suspension — if it can really be called a "suspension" — would force a police officer to find an equivalent position elsewhere as an officer in the Sûreté du Québec, to seek an appointment as a special constable, or even to give up police work altogether and attempt to become a municipal civil servant. These options, even if one considers them to be viable, are far removed from what the exception in s. 119, para. 2 *P.A.* provides: the preservation of the employment relationship between police officer and police force. With respect, the reading suggested by my colleagues would create two classes of police officers. Those who benefit from the exception in s. 119, para. 2 *P.A.* and those who do not.

55 Moreover, it is doubtful whether a municipal police officer who had been suspended for five years pursuant to s. 116(6) *C.T.A.* would be eligible to transfer to the Sûreté du Québec or to be hired as a special constable. Section 115 *P.A.*, including the requirement in s. 115(3) that a person must be free of a criminal conviction in order to become a police officer, applies whenever a person seeks "to be hired" as a police officer. As such, the hiring requirements apply equally to persons who want to be hired as police officers and to acting police officers who, for whatever reason, would like to be hired by another police force. This is made clear by the last paragraph of s. 115 *P.A.*, which does not apply the hiring requirements when police forces are integrated, amalgamated or merged. There would be little reason for this specific exemption if the s. 115 requirements did not also apply to acting

Ce qui est plus important, une telle approche ne réglerait pas réellement le conflit en l'espèce. À l'article 119, al. 2 *L.P.*, le législateur a prévu une exception limitée à la destitution. Dans les cas où cette exception s'applique, le lien d'emploi entre le policier et le corps de police est maintenu. Il s'agit d'un élément d'une importance primordiale. L'exception prévue à l'art. 119, al. 2 *L.P.* a pour but de permettre au policier ayant fait l'objet de sanctions disciplinaires de réintégrer son poste. L'interprétation selon laquelle le par. 116(6) *L.C.V.* impose une suspension de cinq ans neutraliserait cet objectif important de l'art. 119, al. 2 *L.P.* Comme l'ont reconnu les juges Deschamps et Fish, une suspension d'une aussi longue durée, si elle peut réellement être qualifiée de « suspension », obligerait le policier à trouver un poste équivalent ailleurs comme policier de la Sûreté du Québec ou comme constable spécial, ou même à abandonner entièrement le travail de policier et à tenter d'obtenir un emploi de fonctionnaire municipal. Ces possibilités, même si elles peuvent être jugées viables, s'écartent considérablement de ce que prévoit l'exception à l'art. 119, al. 2 *L.P.*, soit le maintien du lien d'emploi entre le policier et le corps policier. En toute déférence, l'interprétation proposée par mes collègues créerait deux catégories de policiers, ceux qui bénéficient du régime d'exception prévu à l'art. 119, al. 2 *L.P.* et ceux qui n'en bénéficient pas.

De plus, il est peu probable qu'un policier municipal qui a été suspendu de ses fonctions pour cinq ans, en application du par. 116(6) *L.C.V.*, soit admissible à une mutation à la Sûreté du Québec ou à un emploi comme constable spécial. L'article 115 *L.P.*, qui exige notamment au par. 115(3) que les candidats à un poste de policier n'aient jamais été reconnus coupables d'un acte criminel, s'applique dans tous les cas d'embauche d'un policier. Les conditions d'embauche s'appliquent également aux candidats à l'embauche comme policier ainsi qu'aux policiers en titre qui aimeraient être embauchés par un autre corps de police, peu importe la raison. C'est ce qu'indique clairement le dernier alinéa de l'art. 115 *L.P.*, en précisant que les conditions d'embauche ne s'appliquent pas dans le cas d'une intégration, d'une fusion ou de toute autre forme de regroupement de services policiers. Cette exception

police officers. All this to say that a municipal police officer who was "suspended" by virtue of s. 116(6) *C.T.A.* would also be unable to be rehired by the Sûreté du Québec or as a special constable by virtue of s. 115(3). There is therefore little grounds for thinking that the application of s. 116(6) *C.T.A.* would somehow allow a municipal police officer to potentially continue working as a police officer.

The appellant also argues that there is nothing inconsistent in the fact that Belleau is subject to two sets of obligations: one as a police officer, and the other as a municipal employee. There is of course nothing wrong with a municipal police officer having to abide by higher standards as a police officer or as a municipal employee, but where those standards come into conflict, the conflict cannot be explained away by the fact that the two standards emanate from different sources. Here, both statutes provide for the consequences of criminal conduct. One provides for an exception to the rule of dismissal; the other does not. The practical effect of s. 116(6) *C.T.A.* as it applies to municipal police officers is to negate the limited exception provided by the legislature in s. 119, para. 2 *P.A.* As such, this is not a case of one legislative regime imposing a higher standard than another. Rather, it is a case of one statute implicitly taking away what another statute has explicitly allowed. It is for this reason that whatever one thinks about which provision should prevail, the conflict is, in my opinion, unavoidable.

I hasten to add, as Bich J.A. noted, that the conflict between s. 116(6) *C.T.A.* and s. 119 *P.A.* is not complete. Both provisions continue to apply unproblematically outside of the municipal police officer context. In the case of a municipal police officer convicted of indictable offences, the two sections are also not in conflict since the first paragraph of s. 119 *P.A.* provides for dismissal without exception. Section 116(6) also covers penal offences that are not captured by s. 119 *P.A.* Some federal penal offences are punishable for a term of imprisonment for one year or more and could

particulière n'aurait pas vraiment sa raison d'être si les exigences prévues à l'art. 115 ne s'appliquaient pas aussi aux policiers en titre. Bref, un policier municipal qui a été « suspendu » en application du par. 116(6) *L.C.V.* ne pourrait pas être réembauché par la Sûreté du Québec ou comme constable spécial, suivant le par. 115(3). Il y a donc peu de raisons de croire que l'application du par. 116(6) *L.C.V.* permettrait éventuellement à un policier municipal de continuer de travailler comme policier.

56 L'appelante prétend également qu'il n'y a pas d'incohérence à obliger M. Belleau à se conformer à deux ensembles d'obligations, celles d'un policier et celles d'un employé de la municipalité. Il est tout à fait acceptable qu'un policier municipal doive respecter des normes plus élevées en sa qualité de policier ou d'employé de la municipalité. Toutefois, lorsque ces normes sont incompatibles, on ne peut donner comme explication plus ou moins ingénieuse le fait que les deux normes émanent de sources différentes. En l'espèce, les deux lois prévoient des conséquences à la conduite criminelle. L'une comporte un régime d'exception à la règle de la destitution, mais pas l'autre. En pratique, le par. 116(6) *L.C.V.*, lorsqu'il s'applique aux policiers municipaux, a pour effet de neutraliser l'exception limitée prévue par le législateur à l'art. 119, al. 2 *L.P.* Dans ce contexte, il n'est pas question d'un régime législatif qui impose une norme plus élevée qu'un autre. Il s'agit plutôt d'un cas où une loi retire implicitement ce qu'une autre loi autorise explicitement. C'est pourquoi j'estime que le conflit en l'espèce ne peut être évité, peu importe la position retenue concernant la disposition qui devrait prévaloir.

57 Je m'empresse d'ajouter, comme la juge Bich l'a signalé, que le par. 116(6) *L.C.V.* et l'art. 119 *L.P.* ne sont pas entièrement incompatibles. Les deux dispositions continuent de s'appliquer sans problème dans les situations qui ne visent pas des policiers municipaux. Dans le cas d'un policier municipal reconnu coupable d'un acte criminel, les deux dispositions ne sont également pas incompatibles puisque le premier alinéa de l'art. 119 *L.P.* prévoit la destitution sans exception. Le paragraphe 116(6) *L.C.V.* s'applique également dans le cas d'infractions pénales non visées à l'art. 119 *L.P.* Certaines

lead to the dismissal of a police officer as a municipal employee: *Customs Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (2nd Supp.), s. 160.1; *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 5(*c*); *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 238(1); *Air Travellers Security Charge Act*, S.C. 2002, c. 9, s. 62(2).

5.2.3 How Should the Conflict Between Section 116(6) *C.T.A.* and Section 119, para. 2 *P.A.* Be Resolved?

58 When a conflict does exist and it cannot be resolved by adopting an interpretation which would remove the inconsistency, the question that must be answered is which provision should prevail. The objective is to determine the legislature's intent. Where there is no express indication of which law should prevail, two presumptions have developed in the jurisprudence to aid in this task. These are that the more recent law prevails over the earlier law and that the special law prevails over the general (Côté, at pp. 358-62). The first presumes that the legislature was fully cognizant of the existing laws when a new law was enacted. If a new law conflicts with an existing law, it can only be presumed that the new one is to take precedence. The second presumes that the legislature intended a special law to apply over a general one since to hold otherwise would in effect render the special law obsolete. Neither presumption is, however, absolute. Both are only indices of legislative intent and may be rebutted if other considerations show a different legislative intent (Côté, at pp. 358-59).

59 In this case, both presumptions point to the conclusion that the *Police Act* should prevail over the *Cities and Towns Act*. Section 116 *C.T.A.* has existed in some form at least since the enactment of *An Act respecting Cities and Towns*, S.Q. 1922, 13 Geo. V, c. 65, s. 123(12), while s. 119 *P.A.* is of much more recent vintage. Section 116, and the *Cities and Towns Act* generally, have been modified since the *Police Act* came into force but none

infractions pénales à des lois fédérales sont punissables d'un emprisonnement d'au moins un an et pourraient entraîner le congédiement d'un policier en sa qualité d'employé de la municipalité : *Loi sur les douanes*, L.R.C. 1985, ch. 1 (2e suppl.), art. 160.1; *Loi sur l'importation des boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, ch. I-3, al. 5*c*); *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.), par. 238(1); *Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien*, L.C. 2002, ch. 9, par. 62(2).

5.2.3 Quelle est la façon de résoudre le conflit entre le par. 116(6) *L.C.V.* et l'art. 119, al. 2 *L.P.*?

S'il existe effectivement un conflit et qu'il est impossible de le résoudre au moyen d'une interprétation qui éliminerait l'incohérence, il faut alors décider laquelle des dispositions doit prévaloir. L'objectif est de cerner l'intention du législateur. En l'absence d'indication expresse de la loi qui doit prévaloir, il convient de faire appel à deux principes qui se dégagent de la jurisprudence. Selon ces principes, la loi plus récente prévaut sur la loi plus ancienne, et la loi spéciale prévaut sur la loi générale (Côté, p. 453 à 459). Dans le premier cas, le législateur est réputé bien connaître l'existence des lois en vigueur lorsqu'il adopte une nouvelle loi. Si une nouvelle loi entre en conflit avec une loi existante, il faut conclure que la nouvelle loi a préséance. Dans le deuxième cas, le législateur est réputé avoir voulu que la loi spéciale l'emporte sur la loi générale, car toute autre interprétation rendrait caduque la loi spéciale. Ces principes n'ont toutefois pas un caractère absolu. Ils ne donnent qu'une indication de la volonté du législateur et peuvent être réfutés si d'autres considérations révèlent une intention législative différente (Côté, p. 453 et 454).

En l'espèce, les deux principes donnent à penser que la *Loi sur la police* devrait primer la *Loi sur les cités et villes*. L'article 116 *L.C.V.* existe sous une forme ou une autre au moins depuis l'adoption de la *Loi concernant les cités et les villes*, S.Q. 1922, 13 Geo. V, ch. 65, par. 123(12), alors que l'art. 119 *L.P.* est beaucoup plus récent. L'article 116 et la *Loi sur les cités et villes* en général ont été modifiés depuis l'entrée en vigueur

of these affected s. 116(6) *C.T.A.* Section 119 *P.A.* is therefore the newer provision suggesting that the legislature intended it to prevail over s. 116 *C.T.A.* in case of conflict.

The *Police Act*, and s. 119 in particular, is also of a special nature in relation to the *Cities and Towns Act* in the context of disciplinary matters. The *Police Act* applies to municipal police officers' training, the conditions for their employment and generally how the municipal police force is organized. Discipline of municipal police officers is governed either by the professional ethics regime set out in the Act or the disciplinary regulations that municipalities are *required* by the *Police Act* to put in place. Section 119 *P.A.* further requires municipalities to deal with criminal conduct by automatic dismissal. By contrast, the *Cities and Towns Act* is a general statute providing for the organization and operation of municipalities generally. Section 116 is not focussed exclusively on discipline and also serves to prevent certain persons from taking up municipal employment.

Section 119 *P.A.* thus satisfies both presumptions in that it is more recent and more specific in comparison to s. 116 *C.T.A.* But there is another reason to hold that s. 119, para. 2 *P.A.* should prevail. This has to do with the reasons for the inclusion of the exception in s. 119, para. 2 *P.A.* In particular, the specific circumstances exception was intended to meet the concerns of police associations that it might not always be fair to dismiss an acting police officer convicted of a hybrid offence (*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1st Sess., 36th Leg., May 26, 2000, at pp. 2-4). It appears from the debates surrounding s. 119, para. 2 *P.A.*, that it was drafted, like most legislation, so as to satisfy various interests. The Minister of Public Security described the balancing achieved by s. 119 in the following way:

de la *Loi sur la police*, mais aucune de ces modifications ne visait le par. 116(6) *L.C.V.* L'article 119 *L.P.* est donc la disposition postérieure, ce qui donne à penser que le législateur voulait qu'il l'emporte sur l'art. 116 *L.C.V.* en cas de conflit.

60 En outre, la *Loi sur la police* et son art. 119 en particulier sont de nature spéciale par rapport à la *Loi sur les cités et villes* eu égard aux questions de discipline. La *Loi sur la police* s'applique à la formation dispensée aux policiers municipaux, à leurs conditions d'embauche et, de façon générale à l'organisation du corps de police de la municipalité. Les mesures disciplinaires applicables aux policiers municipaux sont régies soit par les règles d'éthique professionnelle établies dans la Loi, soit par le règlement de discipline interne que les municipalités *doivent* prendre en application de la *Loi sur la police*. En outre, l'art. 119 *L.P.* exige que les municipalités imposent la destitution automatique comme sanction à la conduite criminelle. Par contre la *Loi sur les cités et villes* est une loi de nature générale qui prévoit l'organisation et le fonctionnement des municipalités en général. L'article 116 ne vise pas exclusivement les mesures disciplinaires et permet aussi d'empêcher certaines personnes d'occuper un emploi dans la municipalité.

61 L'article 119 *L.P.* satisfait ainsi aux exigences des deux principes, puisqu'il est plus récent et plus spécifique que l'art. 116 *L.C.V.* Mais il y a un autre motif de conclure à la préséance de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, à savoir les raisons pour lesquelles il a été décidé d'inclure dans cette disposition un régime d'exception. Plus précisément, il a été décidé d'inclure le régime d'exception des circonstances particulières en raison des observations faites par les associations de policiers inquiètes du fait qu'il pourrait ne pas toujours être juste de destituer un policier en titre reconnu coupable d'une infraction mixte (*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1re sess., 36e lég., 26 mai 2000, p. 2 à 4). Il ressort des débats portant sur l'art. 119, al. 2 *L.P.* que cette disposition a été rédigée, comme la plupart des lois, dans le but de satisfaire à divers intérêts. Le ministre de la Sécurité publique a décrit ainsi les intérêts pris en compte lors de la rédaction de l'art. 119 :

[TRANSLATION] In [the case of a hybrid offence], the rule is again dismissal, except that a disciplinary committee will be convened and the police officer, if he can raise the fact that the act was committed in exceptional or specific circumstances that justify a sanction other than dismissal, then he can be heard and get something.

. . . This also satisfies concerns in the submissions made to us by the police associations, which said: Listen, it's terrible, someone who, after a 20-year career, for example, can in exceptional circumstances, let us say he is depressed because a member of his family is seriously ill, and then commits an offence he would never have committed otherwise, a minor offence such as shoplifting, or even impaired driving, etc. Well, in such circumstances, he could raise those specific circumstances, which might justify another sanction. So I think this responds at the same time to the justified criticisms that were made.

. . .

I also believe that this satisfies the public's concerns. . . . As you can see, members of the general public think, like us, that a police officer should not have a criminal record. But I think that, if certain exceptional cases, like those presented by the Fraternité des policiers de Montréal, were put to them, they might be open to their having one. This is what it means. [Emphasis added; pp. 2-3.]

62 If s. 116(6) *C.T.A.* is held to prevail over s. 119, para. 2 *P.A.*, then the stated legislative objective of providing a narrow exception for all police officers who have committed a hybrid offence during the course of their career will be defeated. Municipal police officers will be dismissed by virtue of s. 116(6) *C.T.A.* (or s. 269 of the *Municipal Code of Québec*) without the benefit of being able to prove that there are specific circumstances to justify another sanction. There is no indication in the debates that the exception in para. 2 of s. 119 *P.A.* was not intended to apply to municipal police officers. Indeed, the debates suggest that a conscious policy choice was made, after taking into account the views of various interests, to provide a specific exception for *all* acting police officers. In my view, courts should avoid an interpretation that would serve to defeat such a clearly stated legislative

Dans [le cas d'une infraction mixte], la règle, c'est encore la destitution. Sauf qu'un comité de discipline sera convoqué et que le policier, s'il peut faire valoir que l'acte a été commis dans des circonstances exceptionnelles ou particulières qui justifient une autre sanction que la destitution, il pourra se faire entendre et obtenir un résultat.

. . . Ça vient satisfaire aussi les représentations qui nous ont été faites par les associations de policiers, qui disent : Écoutez, c'est terrible, quelqu'un, après 20 ans de carrière, par exemple, peut, dans des circonstances exceptionnelles, comme il peut être dépressif parce qu'un membre de sa famille est gravement malade et puis commettre une infraction qu'il n'aurait jamais commise autrement, une infraction minime comme un vol à l'étalage ou même une conduite avec facultés affaiblies, etc. Bon. Dans ces circonstances-là, il pourra faire valoir ces circonstances particulières qui justifieraient une autre sanction. Donc, je pense que ça satisfait à la fois les critiques justifiées qui étaient faites.

. . .

Je crois aussi que ça satisfait le public. [. . .] On s'aperçoit que, dans le public en général, les gens pensent effectivement, comme nous, qu'un policier ne doit pas avoir de dossier judiciaire. Mais je pense que, si on leur exposait certains cas exceptionnels, comme l'a fait la Fraternité des policiers de Montréal, ils seraient peut-être ouverts à ce qu'ils en aient. Alors, ça va dans ce sens-là. [Je souligne; p. 2 et 3.]

La conclusion que le par. 116(6) *L.C.V.* doit primer l'art. 119, al. 2 *L.P.* irait à l'encontre de l'objectif déclaré de la loi d'établir un régime d'exception bien précis accessible à tous les policiers ayant commis une infraction mixte pendant leur carrière. Suivant le par. 116(6) *L.C.V.* (ou l'art. 269 du *Code municipal du Québec*), les policiers municipaux sont congédiés sans avoir la possibilité de démontrer que des circonstances particulières justifient une autre sanction. Rien dans les débats n'indique que le régime d'exception prévu à l'art. 119, al. 2 *L.P.* ne devait pas s'appliquer aux policiers municipaux. En fait, les débats donnent plutôt à penser qu'une décision de principe a été prise avec lucidité, après examen de tous les intérêts en cause, afin de prévoir un régime d'exception bien précis accessible à *tous* les policiers. À mon avis, les tribunaux devraient éviter toute

objective. This gives further support for the conclusion that s. 119, para. 2 *P.A.* should prevail over s. 116(6) *C.T.A.* in case of conflict.

Like the Court of Appeal, I do not find persuasive the appellant's argument that the absence of any positive exclusion of s. 116(6) *C.T.A.* in relation to municipal police officers suggests that it should prevail over s. 119, para. 2 *P.A.* The appellant points to the fact, as did Lemelin J., that the *Cities and Towns Act* has been modified a number of times subsequent to the enactment of the new *Police Act*. Some provisions of the *Cities and Towns Act* relating to discipline were even modified by the *Police Act* itself (ss. 71 and 72 *C.T.A.* by ss. 316 and 317 *P.A.*). On none of these occasions did the legislature see fit to disapply or modify the application of s. 116(6) *C.T.A.* to municipal police officers. This line of argument is, however, of little assistance when confronted with an absence of express legislative intent. It could just as easily be said that since s. 119 *P.A.* was enacted without expressly excluding municipal police officers, it was intended to apply to all police officers without distinction. Indeed, this makes more sense as it preserves the legislative bargain that was struck when s. 119 *P.A.* was drafted without offending the applicability of s. 116(6) *C.T.A.* to other municipal employees. Moreover, as Bich J.A. noted, the amendments made to the *Cities and Towns Act* were to references to the previous version of the *Police Act*. This is hardly evidence of legislative intent that s. 116(6) *C.T.A.* should take precedence over s. 119, para. 2 *P.A.*

For similar reasons, I see nothing determinative in the fact that s. 116(6) *C.T.A.* was not mentioned in the legislative debates surrounding s. 119, para. 2 *P.A.* On the contrary, this would seem to be further evidence that the legislature intended that provision to apply equally to all police officers. If municipal police officers were meant to be treated

interprétation qui irait à l'encontre d'un tel objectif clairement déclaré de la loi. Ces considérations renforcent la conclusion que l'art. 119, al. 2 *L.P.* devrait avoir préséance sur le par. 116(6) *L.C.V.* en cas de conflit.

63 À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que l'argument de l'appelante, selon lequel le par. 116(6) *L.C.V.* devrait l'emporter sur l'art. 119, al. 2 *L.P.* parce que rien n'exclut spécifiquement son application aux policiers municipaux, n'est pas convaincant. L'appelante souligne, comme l'a fait le juge Lemelin, que la *Loi sur les cités et villes* a été modifiée à maintes reprises après l'adoption de la nouvelle *Loi sur la police*. Certaines dispositions de la *Loi sur les cités et villes* ayant trait aux mesures disciplinaires ont même été modifiées par la *Loi sur la police* elle-même (art. 71 et 72 *L.C.V.* mod. par les art. 316 et 317 *L.P.*). Le législateur n'a pas cru bon, à aucune de ces occasions, de soustraire les policiers municipaux à l'application du par. 116(6) *L.C.V.* ni de modifier l'application de cette disposition à leur égard. En l'absence d'une indication claire de la volonté du législateur, cette argumentation n'est d'aucun secours. Il serait tout aussi facile de soutenir qu'en édictant l'art. 119 *L.P.*, sans exclure expressément les policiers municipaux de son application, le législateur voulait qu'il s'applique à tous les policiers sans distinction. En fait, cet argument est plus logique puisqu'il sauvegarde les intérêts pris en compte lors de la rédaction de l'art. 119 *L.P.*, sans influer sur l'application du par. 116(6) *L.C.V.* aux autres employés municipaux. En outre, comme la juge Bich l'a fait remarquer, les modifications apportées à la *Loi sur les cités et villes* visaient des renvois à l'ancienne *Loi de police*, ce qui ne constitue certainement pas une preuve de l'intention du législateur de donner au par. 116(6) *L.C.V.* préséance sur l'art. 119, al. 2 *L.P.*

64 Pour des motifs semblables, j'estime que l'absence de mention du par. 116(6) *L.C.V.* lors des débats de l'Assemblée nationale portant sur l'art. 119, al. 2 *L.P.* n'est pas déterminante. Au contraire, il s'agirait plutôt d'une preuve supplémentaire que le législateur voulait que cette disposition s'applique également à tous les policiers. Si l'on avait

differently, one would expect that this point would have been raised in the debates.

65 A final argument raised by the appellant is that allowing s. 119, para. 2 *P.A.* to prevail over s. 116(6) *C.T.A.* would create two classes of municipal employees. The implication is that municipal police officers might be treated more leniently than other municipal employees. The Court of Appeal rejected this argument on the grounds that the same could be said about allowing s. 116(6) *C.T.A.* to prevail. This would in effect create two classes of police officers contrary to the stated intentions behind s. 119 *P.A.* There is another reason why the appellant's concern is unfounded. As we have seen, municipal police officers were treated differently from other municipal employees *before* s. 119, para. 2 *P.A.* was enacted, by virtue of the way the connection requirement in s. 116(6) *C.T.A.* applied to police officers. The concern over creating distinctions between municipal police officers and other municipal employees is therefore misplaced. Moreover, s. 119, para. 2 *P.A.*, by requiring dismissal except if there are specific circumstances, continues to impose higher standards on municipal police officers. Allowing it to prevail over s. 116(6) *C.T.A.* would not significantly alter the relative treatment of municipal police officers compared to municipal employees. It would, *a fortiori*, not result in municipal police officers being treated more leniently than municipal employees.

66 Lastly, the predominance of s. 119, para. 2 *P.A.* seems to concord with the *status quo* and would not represent a marked departure from current practice. For instance, in his report recommending the dismissal of Belleau, the appellant's director of public security relied on the breaches of the municipality's discipline regulations, s. 119, para. 2 *P.A.* and the absence, in his opinion, of specific circumstances rather than the *Cities and Towns Act*. This is not surprising given the comprehensive nature of the new *Police Act* in relation to

voulu accorder un traitement différent aux policiers municipaux, le cas échéant, ce fait aurait probablement été soulevé pendant les débats.

Comme dernier argument, l'appelante a fait valoir qu'en concluant à la préséance de l'art. 119, al. 2 *L.P.* sur le par. 116(6) *L.C.V.*, on créerait deux catégories d'employés municipaux. On laisse entendre que les policiers municipaux pourraient bénéficier d'un régime plus clément que les autres employés municipaux. La Cour d'appel a rejeté cet argument au motif que l'on pourrait en dire autant si le par. 116(6) *L.C.V.* devrait prévaloir. On créerait effectivement ainsi deux catégories de policiers, contrairement aux intentions déclarées relativement à l'art. 119 *L.P.* L'inquiétude de l'appelante n'est pas fondée pour une autre raison. Comme nous l'avons vu, les policiers municipaux et les autres employés de la municipalité n'étaient pas traités de la même façon *avant* l'adoption de l'art. 119, al. 2 *L.P.* en raison de l'incidence, sur les policiers municipaux, du lien exigé au par. 116(6) *L.C.V.* Par conséquent, la crainte de créer des distinctions entre les policiers municipaux et les autres employés municipaux est sans fondement. Qui plus est, en imposant la destitution comme sanction sauf sur preuve de circonstances particulières, l'art. 119, al. 2 *L.P.* continue d'imposer des normes de comportement plus sévères aux policiers municipaux. Donner la préséance à cette disposition plutôt qu'au par. 116(6) *L.C.V.* ne modifierait pas considérablement le traitement réservé aux policiers municipaux par rapport à celui réservé aux employés de la municipalité. A fortiori, les policiers municipaux ne bénéficieraient pas d'un régime plus clément que les autres employés de la municipalité.

Enfin, il semble que la préséance est déjà donnée à l'art. 119, al. 2 *L.P.* et que cette approche ne s'écarte pas substantiellement de la pratique actuellement en cours. Par exemple, dans son rapport recommandant la destitution de M. Belleau, le directeur de la sécurité publique de l'appelante a fondé sa décision sur les manquements au règlement de discipline de la municipalité et à l'art. 119, al. 2 *L.P.* ainsi que sur l'absence, à son avis, de circonstances particulières plutôt que sur la *Loi sur les cités et villes*. Sa position n'est pas surprenante

disciplinary matters, including criminal conduct, but it does confirm that the disruptions that would be caused by disapplying s. 116(6) *C.T.A.* in the limited context of municipal police officers convicted of hybrid criminal offences are not as grave as the appellant, with hindsight, makes them out to be.

To summarize, the conflict between s. 116(6) *C.T.A.* and s. 119, para. 2 *P.A.* should be resolved in favour of the latter. As the more recent and more specific provision, s. 119, para. 2 *P.A.* should take precedence. This would give effect to legislative intention as reflected by the presumptions and, more specifically, in the debates surrounding the enactment of s. 119, para. 2 *P.A.* Section 119, para. 2 *P.A.* was intended to satisfy a number of divergent interests and to recognize that dismissal may not be the appropriate sanction in every case. No violence is done to municipal law and no unfairness is visited upon municipal employees by allowing s. 119, para. 2 *P.A.* to prevail in case of conflict. Municipal employees are still subject to s. 116(6) *C.T.A.* and still benefit from the less restrictive (relative to municipal police officers) application of its terms. Municipal police officers must still suffer the consequences of s. 116(6) *C.T.A.* for offences outside the ambit of s. 119, para. 2 *P.A.*, and they are still bound by s. 119, para. 2, which requires, as a general rule, dismissal for hybrid offences. Only in limited situations where a police officer can demonstrate specific circumstances will another sanction be possible.

5.3 *Application of Section 119, para. 2 P.A.*

The final issue that must be considered is whether the arbitrator committed a reviewable error in finding that Belleau had demonstrated specific circumstances that justified a sanction other than dismissal under s. 119, para. 2 *P.A.* I am of the opinion that the arbitrator's decision on this issue was unreasonable, although for different reasons than those given by the Superior Court.

étant donné la nature exhaustive de la nouvelle *Loi sur la police* eu égard aux questions de discipline, dont la conduite criminelle, mais elle confirme, avec le recul, que les perturbations qu'entraînerait la décision de soustraire à l'application du par. 116(6) *L.C.V.* les policiers municipaux reconnus coupables d'infractions criminelles mixtes ne sont pas aussi sérieuses que le soutient l'appelante.

67 En résumé, le conflit entre le par. 116(6) *L.C.V.* et l'art. 119, al. 2 *L.P.* devrait être résolu en donnant la préséance à cette dernière disposition puisque celle-ci est plus récente et de nature plus spécifique. Cette solution serait conforme à l'intention du législateur qui se dégage des principes et, plus particulièrement, des débats entourant l'adoption de l'art. 119 al. 2 *L.P.* Cette disposition visait à satisfaire à un certain nombre d'intérêts opposés et à reconnaître que la destitution pourrait ne pas être la sanction qui convient dans tous les cas. Donner la préséance à l'art. 119, al. 2 *L.P.* en cas de conflit ne porte pas atteinte au droit municipal ni ne crée une inégalité de traitement eu égard aux employés municipaux. Ces derniers demeurent assujettis au par. 116(6) *L.C.V.* et continuent de bénéficier de son application moins restrictive (comparativement aux policiers municipaux). Les policiers municipaux continuent de s'exposer aux conséquences prévues au par. 116(6) *L.C.V.* en cas de perpétration des infractions qui ne sont pas visées à l'art. 119, al. 2 *L.P.* et ils demeurent assujettis à l'application de l'art. 119, al. 2 *L.P.* qui prévoit, en règle générale, la destitution en cas de perpétration d'une infraction mixte. Une autre sanction pourra être imposée uniquement dans les cas très restreints où un policier pourra faire la preuve de circonstances particulières.

5.3 *Application de l'art. 119, al. 2 L.P.*

68 La dernière question qui se pose est de savoir si l'arbitre a commis une erreur donnant ouverture à la révision lorsqu'il a conclu que M. Belleau avait fait la preuve de circonstances particulières justifiant une sanction autre que la destitution, conformément à l'art. 119, al. 2 *L.P.* J'estime que la décision de l'arbitre à cet égard était déraisonnable, mais pour des motifs autres que ceux donnés par la Cour supérieure.

69 An initial problem with the arbitrator's decision is that he equated his jurisdiction under s. 119, para. 2 *P.A.* to the jurisdiction he would normally enjoy under s. 100.12(*f*) *L.C.* A grievance arbitration involving the application of s. 119, para. 2 *P.A.* is different than one involving only s. 100.12(*f*) *L.C.* Under s. 119, para. 2 *P.A.*, the municipality does not have the burden of proving that dismissal was the appropriate sanction. The burden is rather on the police officer to show that specific circumstances exist to exclude dismissal. The arbitrator is also not free to substitute the decision that he or she deems to be fair and reasonable. Unless the police officer can demonstrate specific circumstances, the arbitrator *must* confirm the dismissal. The arbitration is still governed by the collective agreement and the *Labour Code*, but the arbitrator does not have the same discretion in disciplinary matters that he or she would otherwise enjoy under s. 100.12(*f*). This is a necessary implication of s. 119 *P.A.*, which was intended to make dismissal for criminal conduct the general rule. If arbitrators maintained their plenary jurisdiction under s. 100.12(*f*) there would be little point to a provision that mandates dismissal. The reasonable interpretation of s. 119, para. 2 *P.A.* is one under which the arbitrator's jurisdiction is limited to considering whether the police officer has demonstrated specific circumstances and, if so, what other sanction should be applied.

Tout d'abord, la décision de l'arbitre pose problème dans la mesure où l'arbitre se croyait investi, aux termes de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, du pouvoir qu'il exercerait normalement au titre de l'al. 100.12*f*) *C.T.* L'arbitrage de griefs qui fait intervenir l'art. 119, al. 2 *L.P.* est différent de celui qui ne porte que sur l'al. 100.12*f*) *C.T.* Sous le régime de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, il n'incombe pas à la municipalité de démontrer que la destitution était la sanction adéquate. Il appartient plutôt au policier de démontrer que des circonstances particulières justifient une sanction autre que la destitution. L'arbitre n'a pas non plus le loisir de substituer à la décision de l'employeur la décision qui lui paraît juste et raisonnable. À moins que le policier ne lui fasse la preuve de l'existence de circonstances particulières, l'arbitre *doit* confirmer la destitution. La convention collective et le *Code du travail* continuent de s'appliquer à l'arbitrage, mais l'arbitre ne jouit pas en matière disciplinaire du même pouvoir discrétionnaire qu'aux termes de l'al. 100.12*f*). C'est ce qui ressort, par implication nécessaire, de l'art. 119 *L.P.*, dont l'objet était de faire de la destitution la sanction généralement appliquée dans les cas de conduite criminelle. Si les arbitres conservaient la compétence absolue que leur confère l'al. 100.12*f*), une disposition qui impose la destitution n'aurait pas d'utilité. Selon l'interprétation raisonnable de l'art. 119, al. 2 *L.P.*, le pouvoir de l'arbitre se limite à l'examen de la question de savoir si le policier a fait la preuve de l'existence de circonstances particulières et, le cas échéant, à déterminer la sanction qui devrait être imposée.

70 In deciding whether there are specific circumstances, the arbitrator must not lose sight of the special role of police officers and the effect of a criminal conviction on their capacity to carry out their functions. A criminal conviction, whether it occurs on-duty or off-duty, brings into question the moral authority and integrity required by a police officer to discharge his or her responsibility to uphold the law and to protect the public. It undermines the confidence and trust of the public in the ability of a police officer to carry out his or her duties faithfully: *Deux-Montagnes*; *Ville de Lévis*. This requirement is reflected in the police *Code of ethics*, discipline regulations such as the appellant's

Lorsqu'il se prononce sur la question des circonstances particulières, l'arbitre ne doit pas perdre de vue le rôle spécial que jouent les policiers et l'incidence d'une déclaration de culpabilité sur leur capacité d'exercer leurs fonctions. Une déclaration de culpabilité pour un acte posé par un policier, qu'il ait ou non été en devoir au moment de cet acte, remet en cause l'autorité morale et l'intégrité du policier dans l'exercice de ses responsabilités en matière d'application de la loi et de protection du public. Du point de vue du public, il y a rupture du lien de confiance nécessaire à l'exercice, par le policier, de ses fonctions : *Deux-Montagnes*; *Ville de Lévis*. C'est ce qui ressort du *Code de déontologie*,

Règlement n^{o} 756 and, importantly, in the *Police Act* itself in ss. 115(3) and 119 *P.A.*

While dismissal is the harshest disciplinary sanction that can be imposed, it is worth recalling that the criminal offences targeted by both paragraphs of s. 119 *P.A.* are serious ones. They are all offences for which Parliament has considered it necessary to attach the possibility of significant terms of imprisonment. A conviction for a summary offence does not entail dismissal in all cases. Dismissal is only mandatorily prescribed for indictable or hybrid offences that can be prosecuted either by indictment or summary conviction.

The limited exception provided in the second paragraph of s. 119 *P.A.* must be considered in this light. The general rule is that conviction for an indictable or hybrid criminal offence by an acting police officer leads to dismissal. The ability to invoke "specific circumstances" to justify a lesser sanction, while an important safeguard against unfairness, must not be taken as a general licence for arbitrators to impose what sanction they think is appropriate.

What constitutes "specific circumstances" is not defined in the legislation. However, in discussing the exception in s. 119, para. 2 *P.A.*, the Minister commented on what types of specific circumstances might be considered:

[TRANSLATION] Listen, it's terrible, someone who, after a 20-year career, for example, can in exceptional circumstances, let us say he is depressed because a member of his family is seriously ill, and then commits an offence he would never have committed otherwise, a minor offence such as shoplifting, or even impaired driving, etc. Well, in such circumstances, he could raise those specific circumstances, which might justify another sanction.

. . .

If we consider the examples given to us by the associations representing police officers, I think it is clear

des règlements de discipline comme le *Règlement n^{o} 756* de l'appelante et, il convient de le noter, du par. 115(3) et de l'art. 119 *L.P.*

71 La destitution est la sanction la plus sévère qui puisse être imposée, mais les infractions criminelles visées aux deux alinéas de l'art. 119 *L.P.* sont, rappelons-le, des infractions graves pour lesquelles le législateur a jugé nécessaire de prévoir la possibilité de lourdes peines d'emprisonnement. Une condamnation pour une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire n'entraîne pas la destitution dans tous les cas. La Loi impose la destitution uniquement dans le cas d'actes criminels et d'infractions mixtes punissables, sur déclaration de culpabilité, par voie de mise en accusation ou par procédure sommaire.

72 L'exception limitée prévue au deuxième alinéa de l'art. 119 *L.P.* doit être envisagée sous cet angle. En règle générale, un policier reconnu coupable d'un acte criminel ou d'une infraction mixte est destitué. La possibilité d'invoquer les « circonstances particulières » justifiant une sanction moins sévère assure une protection importante contre l'iniquité; toutefois, les arbitres ne doivent pas y voir une autorisation générale d'imposer la sanction qu'ils jugent indiquée.

73 Les dispositions législatives ne précisent pas en quoi consistent les « circonstances particulières ». Toutefois, lors des débats portant sur le régime d'exception prévu à l'art. 119, al. 2 *L.P.*, le ministre a donné des exemples de circonstances particulières qui pourraient être prises en compte :

Écoutez, c'est terrible, quelqu'un, après 20 ans de carrière, par exemple, peut, dans des circonstances exceptionnelles, comme il peut être dépressif parce qu'un membre de sa famille est gravement malade et puis commettre une infraction qu'il n'aurait jamais commise autrement, une infraction minime comme un vol à l'étalage ou même une conduite avec facultés affaiblies, etc. Bon. Dans ces circonstances-là, il pourra faire valoir ces circonstances particulières qui justifieraient une autre sanction.

. . .

Si on regarde les exemples que nous ont donnés les associations représentatives des policiers, je pense qu'on

that [specific circumstances] can or cannot be shown. I mean, if someone, for example, following a severe depression, continued to work, or even if he was on leave without pay because of an unfortunate incident that occurred, well, I mean, it either did or did not occur, and then, I mean, I feel that such things, which are established in an award. . . . I do not believe the burden of proof generally has so great. . . . When such things happen, they are easy to prove on a preponderance of evidence rather than by raising a doubt.

(*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, May 26, 2000, at pp. 3-4)

The range of appropriate considerations is of course in no way exhausted by the Minister's comments. Indeed, in the absence of any legislative indication to the contrary, it would be inappropriate to limit specific circumstances to certain types of considerations. Broadly speaking, an arbitrator may take into account any circumstance surrounding the offence which relates to whether the police officer will be able to continue to serve the public effectively and credibly. Reference to attenuating and aggravating circumstances in other employment law contexts may sometimes be useful, but this must be done with regard to the unique issues that are raised by the criminal conduct of police officers.

74 In light of these comments, the arbitrator was entitled to consider the specific circumstances that he did. Belleau's family problems were plausibly related to his conduct on the evening and morning of December 29 and 30. Similarly, it was relevant that Belleau was a long-serving officer who had no prior record of disciplinary problems and who, the evidence suggested, was generally seen as a non-violent man.

75 Another important element is of course consideration of the gravity and the nature of the offences. The Minister spoke of [TRANSLATION] "a minor offence" but, as I have said, that cannot be determinative. While s. 119, para. 2 *P.A.* imposes dismissal for all hybrid offences, that does not mean that the nature of the offences and the

voit que [les circonstances particulières] se démontrent ou ne se démontrent pas. Je veux dire, si quelqu'un, par exemple, c'est à la suite d'une dépression grave, il travaillait encore ou bien même il était en congé sans solde à cause d'un événement malheureux qui s'est produit, bien, je veux dire, il s'est produit ou il ne s'est pas produit, et puis, je veux dire, je crois que ces choses-là, qui sont établies sur sentence. . . Généralement, je ne crois pas que le fardeau de preuve ait une si grande. . . Quand ces choses-là arrivent, elles sont facilement démontrables par une prépondérance de preuve plutôt que de soulever un doute.

(*Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 26 mai 2000, p. 3 et 4)

Il va sans dire que le ministre n'a pas soulevé toutes les considérations possibles dans ses observations. En effet, en l'absence d'une indication contraire du législateur, il ne conviendrait pas de limiter les circonstances particulières à certaines considérations. Pour l'essentiel, un arbitre peut tenir compte de toute circonstance relative à l'infraction qui se rapporte à la capacité future du policier de servir le public avec efficacité et crédibilité. Il peut parfois être utile de faire des renvois aux circonstances atténuantes ou aggravantes dont il est question dans d'autres situations relevant du droit du travail, mais il faut tenir compte, à cet égard, des questions uniques que soulève la conduite criminelle des policiers.

À la lumière de ces commentaires, l'arbitre pouvait tenir compte des circonstances particulières comme il l'a fait. Les problèmes familiaux de M. Belleau étaient vraisemblablement reliés à sa conduite le soir du 29 décembre et le matin du 30 décembre. De même étaient pertinents les faits que M. Belleau avait de longs états de service, qu'il n'avait pas d'antécédents en matière disciplinaire et que, selon la preuve, il n'était pas considéré de manière générale comme un homme violent.

Il importe également de tenir compte, bien entendu, de la gravité et de la nature des infractions. Le ministre a parlé d'une « infraction minime » mais, comme je l'ai déjà dit, il ne peut s'agir d'un élément déterminant. L'article 119, al. 2 *L.P.* prévoit la destitution dans tous les cas d'infractions mixtes, mais cela ne veut pas dire que la nature des

circumstances surrounding them will not be relevant to whether specific circumstances can be found to exist in a given case. This is especially so, given the variety of hybrid offences and the obvious fact that not all offences are committed in the same way. In my view, the decision of the arbitrator is unreasonable in this case mainly because of his failure to properly relate the factors considered to the special role of a police officer. For instance, though it may have been reasonable for the arbitrator to take into account that there were no traces of violence or physical harm, it was not reasonable for him to attach great importance to this fact without considering the violent nature of the conduct of the officer. Even if there are no definitive findings of fact regarding specific acts of violence, the context here is one of domestic violence, and the officer pleaded guilty to a charge of assault on his wife; this is a very important consideration in light of the reliance of the public on police intervention in such cases, one the arbitrator could not reasonably ignore.

infractions et les circonstances s'y rapportant ne pourront servir à déterminer s'il existe des circonstances particulières dans un cas donné. Il en est tout particulièrement ainsi puisqu'il existe diverses infractions mixtes et que les infractions ne sont manifestement pas toutes commises de la même façon. À mon avis, l'arbitre a rendu une décision déraisonnable en l'espèce principalement parce qu'il n'a pas établi les liens nécessaires entre les facteurs examinés et le rôle particulier d'un policier. Par exemple, il était peut-être raisonnable que l'arbitre tienne compte de l'absence de traces de violence ou de préjudice physique, mais il n'était pas raisonnable qu'il accorde beaucoup d'importance à ce fait sans prendre en compte la nature violente de la conduite du policier. Malgré l'absence de conclusions de fait définitives concernant des actes de violence en particulier, il convient de noter qu'il est question en l'espèce de violence conjugale et que le policier a reconnu sa culpabilité à une accusation de voies de fait contre sa conjointe; il s'agit d'une considération très importante puisque le public s'en remet aux interventions des policiers dans de tels cas, une considération que l'arbitre ne pouvait raisonnablement écarter.

Furthermore, the firearm offences cannot be attributed to Belleau's personal problems, nor can they be justified, as the arbitrator sought to do, merely on the grounds that they are technical offences. Firearms are dangerous. That is why the *Criminal Code* prohibits their storage in a careless manner. Belleau, as a police officer, would have known the importance of safety surrounding firearms. The fact that his house may have been under construction is not a reasonable excuse for why the firearms were not properly stored. He knew the importance of properly storing firearms and that the state of one's house was no exception to the legal requirements. He could have easily brought the firearms to a place where they would have been legally and safely stored.

76 De plus, il n'est pas possible de mettre les infractions relatives aux armes à feu sur le compte des problèmes personnels de M. Belleau, ni de les justifier en les qualifiant d'infractions à caractère technique, comme l'arbitre a tenté de le faire. Les armes à feu sont dangereuses. C'est pourquoi le *Code criminel* interdit leur entreposage de manière négligente. En sa qualité de policier, M. Belleau était au courant de l'importance des mesures de sécurité à prendre relativement aux armes à feu. Les rénovations à sa maison n'expliquent pas de manière raisonnable pourquoi les armes à feu n'étaient pas entreposées de manière sécuritaire. Il connaissait l'importance de l'entreposage sécuritaire des armes à feu et l'état de sa maison ne lui permettait pas de se soustraire aux exigences prévues par la loi. Il aurait très bien pu apporter les armes à feu à un endroit où elles auraient pu être entreposées en toute légalité et de manière sécuritaire.

More serious still is Belleau's conscious defiance of his undertaking to the court not to communicate

77 Je juge plus sérieuse encore la décision consciente de M. Belleau de ne pas se conformer à

with his spouse. As a police officer, Belleau would have known the importance of undertakings to the court. The breach of an undertaking by a police officer is especially serious, given the role that police officers play in the administration of justice. It suggests a lack of respect for the judicial system of which he forms an integral part. Moreover, the obligation not to communicate with his spouse was the most important obligation in the undertaking. The seriousness of the breach of this obligation is further evidenced by the fact that the Crown chose to prosecute the offence by way of indictment.

78 The arbitrator excused Belleau's breach of his undertaking on the grounds that his conduct on December 29 and 30 had to be seen as forming a continuum. But it is difficult to see how his mental state and intoxication from the previous evening could reasonably explain Belleau's conduct the next day, several hours after the incident and two hours after he had agreed to the undertaking. There is no question that Belleau clearly understood the terms of his release. Indeed, his arraignment that day would have impressed upon him the seriousness of his actions the night before. I am thus unable to see how it would be reasonable to conclude that Belleau's conduct could be justified on the grounds that he was not fully aware of what he was doing when he breached his undertaking.

79 As mentioned earlier, the arbitrator failed to properly weigh the effect of Belleau's criminal conduct on his ability to carry out his duties as a police officer; this affected the rationality of his decision. Although the issue of public trust and confidence should not be approached exclusively from the vantage of media reports, it is also unreasonable to suggest that had the public been properly informed of the specific circumstances, it would still have confidence in Belleau as a police officer. Unfortunately, whether they tell the whole story or not, media reports of criminal conduct by police officers do have an effect on public confidence,

l'engagement qu'il avait pris envers le tribunal de ne pas communiquer avec sa conjointe. En sa qualité de policier, M. Belleau connaissait l'importance des engagements au tribunal. Le manquement à un engagement par un policier est particulièrement grave étant donné le rôle du policier dans l'administration de la justice. Un tel comportement dénote un manque de respect pour le système judiciaire dont le policier fait partie intégrante. En outre, l'obligation de ne pas communiquer avec sa conjointe était l'obligation la plus importante de l'engagement. D'ailleurs, le ministère public a décidé de poursuivre M. Belleau par voie de mise en accusation, ce qui constitue une autre preuve de la gravité de ce manquement.

L'arbitre a excusé le manquement de M. Belleau à son engagement, estimant qu'il fallait considérer son comportement les 29 et 30 décembre comme une suite logique. Toutefois, il est difficile de comprendre comment l'état psychologique de M. Belleau et son état d'ébriété de la veille pouvaient raisonnablement expliquer sa conduite le lendemain, plusieurs heures après l'incident et deux heures après la prise de son engagement envers le tribunal. Il ne fait aucun doute que M. Belleau avait bien compris les conditions de sa remise en liberté. En effet, son interpellation le jour même lui aurait fait comprendre la gravité des actes qu'il avait commis la veille. Par conséquent, je ne vois pas comment il serait raisonnable de conclure que la conduite de M. Belleau était justifiée parce qu'il n'était pas pleinement conscient de ce qu'il faisait lorsqu'il a violé son engagement.

Comme nous l'avons vu, l'arbitre n'a pas apprécié adéquatement les répercussions de la conduite criminelle de M. Belleau sur sa capacité d'exercer ses fonctions de policier, ce qui a influé sur la rationalité de sa décision. La question de la confiance du public ne devrait pas être abordée uniquement du point de vue des reportages des médias, mais il n'est pas non plus raisonnable de laisser entendre que le public continuerait de faire confiance à M. Belleau en sa qualité de policier s'il avait été bien informé des circonstances particulières. Malheureusement, qu'ils soient exacts ou non, les reportages des médias sur la conduite

and, once lost, that confidence is extremely difficult to regain. Moreover, it is entirely possible that for some members of the public, even if they were informed of the specific circumstances, they would still lack confidence in Belleau's ability to perform his duties. One only needs to think of a victim of domestic abuse to realize that some would have understandable difficulty trusting Belleau. This is not to say that such considerations should necessarily trump any specific circumstances that have been proven. Rather, public confidence must be an important part of the balancing that takes place when considering whether specific circumstances are found to justify the avoidance of dismissal. But in treating the issue as one about properly informing the public, the arbitrator failed to take into account the gravity of the offences committed by Belleau and the effect that they would have on public confidence.

Given all the elements discussed above, taken together, it was unreasonable for the arbitrator to conclude that the specific circumstances raised by Belleau were sufficient to satisfy the s. 119 *P.A.* exception. Such a conclusion undercuts the grave importance that is attached by s. 119 *P.A.* to criminal conduct by police officers.

6. Conclusion

This appeal should be resolved according to the law governing police and not municipal law. While s. 119, para. 2 *P.A.* allows for a narrow exception to dismissal when a police officer can demonstrate specific circumstances, the justification of another sanction must itself be reasonable. Accordingly, the appeal should be allowed and the sanction of dismissal restored, with costs to the appellant before the Court of Appeal and before this Court.

criminelle des policiers ont des répercussions sur la confiance du public, et cette confiance est très difficile à regagner une fois qu'elle a été perdue. En outre, il est tout à fait possible que certains membres du public, même s'ils avaient été bien informés des circonstances particulières de l'affaire, n'auraient toujours pas confiance en la capacité de M. Belleau d'exercer ses fonctions. Il suffit de penser par exemple à une victime de violence conjugale pour se rendre compte que certaines personnes auraient avec raison beaucoup de mal à faire confiance à M. Belleau. Je ne dis pas que de telles considérations devraient nécessairement faire échec à toutes les circonstances particulières dont l'existence a été démontrée. J'estime plutôt que la confiance du public doit figurer au nombre des éléments importants qui sont pris en compte au moment de déterminer s'il existe des circonstances particulières justifiant une sanction autre que la destitution. Or, en limitant son examen de la question à la justesse de l'information communiquée au public, l'arbitre a omis de tenir compte de la gravité des infractions commises par M. Belleau et de leur incidence possible sur la confiance du public.

80 À la lumière de tous les éléments examinés ci-dessus, considérés cumulativement, il n'était pas raisonnable que l'arbitre conclue que les circonstances particulières soulevées par M. Belleau permettaient de satisfaire à l'exception prévue à l'art. 119 *L.P.* Une telle conclusion a pour effet de diminuer la grande importance accordée à la conduite criminelle des policiers à l'art. 119 *L.P.*

6. Conclusion

81 Le présent pourvoi doit être tranché en conformité avec les textes législatifs régissant la police et non selon le droit municipal. L'article 119, al. 2 *L.P.* prévoit une exception limitée à la sanction de destitution dans les cas où le policier peut démontrer que des circonstances particulières justifient une autre sanction, mais la justification dans de tels cas doit elle-même être raisonnable. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la sanction de la destitution avec dépens en faveur de l'appelante en Cour d'appel et dans cette Cour.

English version of the reasons delivered by

82 DESCHAMPS AND FISH JJ. — We agree with Bastarache J.'s conclusion concerning the applicability of s. 119, para. 2 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1 ("*P.A.*"), to the facts of this case. With respect, however, we are of the opinion that s. 119, para. 2 *P.A.* is compatible with s. 116(6) of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19 ("*C.T.A.*").

83 For almost one hundred years, the Court's view has been that two provisions can apply concurrently if they are not contradictory. The fact that one provision is more restrictive or imposes different conditions than the other, or that both provisions apply to the same person and the same fact situation, is in itself insufficient to support the conclusion that one of the provisions has been repealed or is inapplicable in part. In the case at bar, disqualifying individuals from municipal employment during the five-year period provided for in s. 116 *C.T.A.* is not incompatible with the exception to dismissal set out in s. 119, para. 2 *P.A.* In the words used by Bastarache J., this is not a case where one enactment says "yes" and the other says "no". We therefore agree with the principles stated by Bastarache J. on this point, but we find that he applies them in a way that gives the concept of conflict a scope that is broader than the one it is recognized as having at law.

1. Provisions in Issue

84 Bastarache J. is of the opinion that s. 116 *C.T.A.* is inapplicable where an arbitrator concludes under s. 119, para. 2 *P.A.* that specific circumstances justify a sanction other than dismissal. In his interpretation of the provisions in question, our colleague relies, *inter alia*, on s. 18.2 of the Quebec *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and s. 115 *P.A.* In our view, there is no need to rely on s. 18.2 of the Quebec *Charter* to resolve this dispute. We feel that the interpretation of that provision should await a case in which the issue is raised. Section 115 *P.A.*, however, is quite relevant, and it will be appropriate for us to discuss it, since our interpretation differs from the one advanced by

Les motifs suivants ont été rendus par

LES JUGES DESCHAMPS ET FISH — Nous partageons la conclusion du juge Bastarache concernant l'application de l'art. 119, al. 2 de la *Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1 (« *L.P.* »), en l'espèce. Avec égards, par ailleurs, nous sommes d'avis que l'art. 119, al. 2 *L.P.* est compatible avec le par. 116(6) de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19 (« *L.C.V.* »).

Depuis près de cent ans, la Cour tient que deux normes peuvent s'appliquer de façon concomitante si elles ne sont pas contradictoires. Le simple fait qu'une norme soit plus contraignante que l'autre, impose des conditions différentes ou s'applique à la même personne et à la même situation de faits ne suffit pas pour conclure à l'abrogation ou à l'inapplicabilité partielle de l'une ou l'autre de ces normes. En l'espèce, l'inhabilité à travailler dans la municipalité pendant la période de cinq ans prévue par l'art. 116 *L.C.V.* n'est pas incompatible avec l'application de l'exception au congédiement prévue à l'al. 2 de l'art. 119 *L.P.* Pour reprendre l'expression utilisée par le juge Bastarache, il ne s'agit pas d'un cas où une loi dit « oui » et l'autre loi dit « non ». Nous sommes en conséquence d'accord avec les principes exposés par notre collègue sur ce point, mais estimons que l'application qu'il en fait élargit la notion de conflit au-delà de la portée que le droit reconnaît à celle-ci.

1. Les dispositions en cause

Le juge Bastarache est d'avis que l'art. 116 *L.C.V.* est inapplicable lorsqu'un arbitre conclut, en vertu de l'al. 2 de l'art. 119 *L.P.*, à l'existence de circonstances particulières justifiant une sanction autre que la destitution. Dans son interprétation des dispositions en cause, notre collègue s'appuie, entre autres, sur l'art. 18.2 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, et sur l'art. 115 *L.P.* À notre avis, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à l'art. 18.2 de la *Charte* québécoise pour résoudre le présent litige. Nous estimons qu'il est préférable d'attendre pour interpréter cette disposition un dossier où la question se posera. L'article 115 *L.P.* est cependant très

Bastarache J. The provisions to which we will be referring read as follows:

Police Act

Police Officers.

115. To be hired as a police officer a person must meet the following requirements:

. . .

(3) not have been found guilty, in any place, of an act or omission defined in the Criminal Code (Revised Statutes of Canada, 1985, chapter C-46) as an offence, or of an offence referred to in section 183 of that Code under one of the Acts listed therein;

. . .

Special constables.

The requirements specified in subparagraphs 1 to 3 of the first paragraph apply also to special constables.

Additional requirements.

The Government may, by regulation, prescribe additional hiring requirements for police officers and special constables.

Additional requirements.

Municipalities may do likewise as regards members of their police forces and municipal special constables. Such additional requirements may vary depending on whether they apply to a police officer or to a special constable.

Applicability.

The hiring requirements do not apply to the members of police forces when police services are integrated, amalgamated or otherwise merged.

Conviction.

119. Any police officer or special constable who is found guilty, in any place, of an act or omission referred to in subparagraph 3 of the first paragraph of section

pertinent et il est utile d'en discuter, parce que notre interprétation diffère de celle suggérée par le juge Bastarache. Voici le texte des dispositions auxquelles nous nous référerons :

Loi sur la police

Conditions d'embauche.

115. Les conditions minimales pour être embauché comme policier sont les suivantes :

. . .

3° ne pas avoir été reconnu coupable, en quelque lieu que ce soit, d'un acte ou d'une omission que le Code criminel (Lois révisées du Canada (1985), chapitre C-46) décrit comme une infraction, ni d'une des infractions visées à l'article 183 de ce Code, créées par l'une des lois qui y sont énumérées;

. . .

Constables spéciaux.

Les exigences prévues aux paragraphes 1° à 3° du premier alinéa s'appliquent également aux constables spéciaux.

Conditions supplémentaires.

Le gouvernement peut, par règlement, prescrire des conditions supplémentaires d'embauche pour les policiers et les constables spéciaux.

Conditions supplémentaires.

Les municipalités peuvent faire de même à l'égard des membres de leur corps de police et des constables spéciaux municipaux. Ces conditions supplémentaires peuvent être différentes selon qu'elles s'appliquent à un policier ou à un constable spécial.

Application.

Les conditions d'embauche ne s'appliquent pas dans le cas d'une intégration, d'une fusion ou de toute autre forme de regroupement de services policiers aux membres de ces services.

Destitution.

119. Est automatiquement destitué tout policier ou constable spécial qui a été reconnu coupable, en quelque lieu que ce soit et par suite d'un jugement passé en

115 that is triable only on indictment, shall, once the judgment has become *res judicata*, be automatically dismissed.

Conviction.

A disciplinary sanction of dismissal must, once the judgment concerned has become *res judicata*, be imposed on any police officer or special constable who is found guilty, in any place, of such an act or omission punishable on summary conviction or by indictment, unless the police officer or special constable shows that specific circumstances justify another sanction.

Cities and Towns Act

Disqualification under other Act.

116. The following persons shall not be appointed to or hold any office as an officer or employee of the municipality:

. . .

Crime;

(6) Any person convicted of treason or of an act punishable under a law of the Parliament of Canada or of the Legislature of Québec, by imprisonment for one year or more.

Such disqualification shall continue for five years after the term of imprisonment fixed by the sentence, and, if only a fine was imposed or the sentence is suspended, for five years from the date of such condemnation, unless the person has obtained a pardon;

. . .

Disqualification.

Disqualification from municipal office or employment under subparagraph 6 or 7 of the first paragraph shall be incurred only if the offence is in connection with such an office or employment.

2. Golden Rule Applicable to Conflicts

85 The golden rule where laws conflict is that if there is a reasonable interpretation that allows two enactments to be reconciled, that interpretation must prevail. As Professor Pierre-André Côté writes:

force de chose jugée, d'un acte ou d'une omission visé au paragraphe 3° de l'article 115, poursuivable uniquement par voie de mise en accusation.

Sanction disciplinaire de destitution.

Doit faire l'objet d'une sanction disciplinaire de destitution tout policier ou constable spécial qui a été reconnu coupable, en quelque lieu que ce soit et par suite d'un jugement passé en force de chose jugée, d'un tel acte ou d'une telle omission, poursuivable soit sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, soit par voie de mise en accusation, à moins qu'il ne démontre que des circonstances particulières justifient une autre sanction.

Loi sur les cités et villes

Inhabilité.

116. Les personnes suivantes ne peuvent être nommées à une charge de fonctionnaire ou d'employé de la municipalité, ni l'occuper :

. . .

Acte criminel;

6° Toute personne déclarée coupable de trahison ou d'un acte punissable en vertu d'une loi du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec, d'un an d'emprisonnement ou plus.

Cette inhabilité subsiste durant cinq années après le terme d'emprisonnement fixé par la sentence, et, s'il y a condamnation à une amende seulement ou si la sentence est suspendue, durant cinq années de la date de cette condamnation, à moins que la personne ait obtenu un pardon;

. . .

Inhabilité.

L'inhabilité à une charge de fonctionnaire ou d'employé prévue au paragraphe 6° ou 7° du premier alinéa n'existe que si l'infraction a un lien avec cette charge.

2. La règle d'or en matière de conflit

Suivant la règle d'or en matière de conflit de lois, si une interprétation raisonnable permet de concilier deux lois, cette interprétation doit prévaloir. Le professeur Pierre-André Côté écrit :

But there is a strong presumption against implied repeal of one enactment by another. Any interpretation permitting reconciliation is to be favoured, because it is assumed this better reflects the work of a . . . legislature.

(*The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 349)

Or, il y a une présomption forte contre l'abrogation tacite d'un texte par un autre : elle ne doit jamais être encouragée. À l'inverse, toute interprétation qui permet d'éviter les conflits de lois doit être favorisée, car on présume qu'elle a plus de chances de refléter la volonté du législateur . . .

(*Interprétation des lois* (3e éd. 1999), p. 442)

This statement of the rule is based on a comment by the Quebec Court of King's Bench that has never been called into question:

86 Cette formulation de la règle s'appuie sur un énoncé de la Cour du Banc du Roi du Québec, qui n'a jamais été remis en question :

Repeal by implication is not favoured. It is a reasonable presumption that the Legislature did not intend to keep really contradictory enactments on the statute book or, on the other hand, to effect so important a measure as the repeal of a law without expressing an intention to do so. Such an interpretation, therefore, is not to be adopted unless it be inevitable. Any reasonable construction which offers an escape from it, is more likely to be in consonance with the real intention.

(*Duval v. The King* (1938), 64 B.R. 270, at p. 273)

[TRADUCTION] L'abrogation implicite n'est pas considérée avec faveur. Il est raisonnable de présumer que le législateur n'a pas voulu maintenir en vigueur des dispositions vraiment contradictoires ni, par contre, prendre une mesure aussi importante que l'abrogation sans en exprimer l'intention. Il ne faut pas adopter une telle interprétation à moins qu'elle ne soit inévitable. Toute interprétation raisonnable qui permet d'éviter ce résultat a de bonnes chances d'être conforme à l'intention véritable.

(*Duval c. Le Roi* (1938), 64 B.R. 270, p. 273)

In *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517, at p. 526, Judson J. endorsed an equally clear and restrictive formulation of the rule taken from *Halsbury's Laws of England* (3rd ed. 1961), vol. 36, at p. 466: two laws conflict "if, but only if, [one of them] is so inconsistent with or repugnant to [the] other that the two are incapable of standing together" (see to the same effect R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 178). The courts have interpreted the meaning of the word "conflict" as narrowly as possible.

87 De même, dans *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517, p. 526, le juge Judson approuve une formulation de la règle tout aussi claire et restrictive tirée de *Halsbury's Laws of England* (3e éd. 1961), vol. 36, p. 466 : il y a conflit entre deux lois [TRADUCTION] « si et seulement si elles sont à ce point incompatibles ou contraires qu'elles ne puissent coexister » (au même effet, R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), p. 178). Dans la mesure du possible, les tribunaux restreignent le sens du mot « conflit » à sa portée la plus étroite.

Some commentators implicitly incorporate the constitutional principles of the paramountcy doctrine into the analysis of conflicts between statutes or regulations: Sullivan, at pp. 178-79. The "doctrinal similarity" to the principles of paramountcy was noted by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 38-39. The parallels are obvious. Thus, in *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191, a "conflict" is defined as a situation in which "one enactment says 'yes' and the other says 'no'; 'the same

88 Certains auteurs incorporent implicitement à l'analyse des conflits de lois ou de règlements les principes constitutionnels de la doctrine de la prépondérance : Sullivan, p. 178-179. Cette "ressemblance doctrinale" a d'ailleurs été notée par le juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 38-39. Le rapprochement est évident. Ainsi, dans *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, p. 191, un conflit est défini comme étant une situation où « une loi dit "oui" et [où] l'autre dit "non"; "on demande aux mêmes

citizens are being told to do inconsistent things'; compliance with one is defiance of the other".

89 If, for reasons related in large part to the balancing of legislative powers within Confederation, a restrictive approach has been taken to conflicts in constitutional law, the rule should in our view be applied even more rigorously where the conflicting laws have been enacted by a single legislature. Since the legislature is presumed to know its own laws and to intend that they be applied consistently, the application of a rule favouring an interpretation that makes it possible to avoid conflicts is fully justified.

90 A finding by a court that a conflict exists is necessarily founded on an assumption that the legislature has been inconsistent in enacting its laws. It is therefore only where conflict is unavoidable that a court must apply the principles of interpretation that give precedence to one law over the other, in which case the conflicting provision will be tacitly repealed or found to be partially inapplicable.

3. The Two Provisions in Issue Are Reconcilable

91 The respondents contend that neither the appellant nor the Superior Court judge has explained how the two provisions can be applied concurrently in practice. In our opinion, the following scenarios provide a full answer to this statement:

(1) Where a municipal police officer commits an indictable offence. In such a case, the first paragraph of s. 119 *P.A.* provides that dismissal from the police force is automatic. Section 116 *C.T.A.* imposes a five-year disqualification from employment by the municipality except where the offence is not in connection with the office or employment. (This exception implicitly does not apply to police officers because there will generally be a connection between the commission of an indictable offence and employment as a police officer.) After five years, the dismissed officer is still ineligible, under

citoyens d'accomplir des actes incompatibles"; l'observa[tion] de l'une entraîne l'inobserva[tion] de l'autre ».

À notre avis, si le droit constitutionnel, pour des motifs liés en grande partie à l'équilibre des compétences législatives à l'intérieur de la confédération, a adopté une approche restrictive en matière de conflit, c'est avec plus de rigueur encore que la règle doit être appliquée dans les cas où les lois conflictuelles émanent du même législateur. Comme celui-ci est censé connaître ses propres lois et vouloir qu'elles soient appliquées de façon cohérente, la règle favorisant l'interprétation qui permet d'éviter les conflits est pleinement justifiée.

Le tribunal qui conclut à l'existence d'un conflit tient nécessairement pour acquis que le législateur a été incohérent dans l'adoption de ses lois. Ce n'est donc que dans les cas de conflit inévitable que le tribunal doit faire appel aux règles d'interprétation qui font primer une loi sur l'autre, ce qui entraîne l'abrogation tacite ou l'inapplicabilité partielle du texte qui est écarté.

3. Les deux dispositions en cause sont conciliables

Les intimés plaident que ni l'appelante ni le juge de la Cour supérieure n'ont expliqué la façon dont, en pratique, les deux dispositions s'appliquent de façon concomitante. À notre avis, les scénarios suivants répondent de façon complète à ce commentaire :

(1) Un policier municipal commet un acte criminel. Dans un tel cas, le premier alinéa de l'art. 119 *L.P.* impose la destitution automatique du policier. L'article 116 *L.C.V.* prévoit l'inhabilité à occuper un emploi auprès de la municipalité pendant une période de cinq ans, sauf dans les cas où l'infraction n'a pas de lien avec la charge ou l'emploi. (Implicitement, cette exception ne s'applique pas à l'égard des policiers, parce qu'il existera généralement un lien entre la perpétration d'un acte criminel et l'emploi de policier.) À l'expiration de la période de cinq ans, le policier qui a été destitué ne peut encore

s. 115 *P.A.*, to be rehired as a police officer, but can be hired as a municipal employee in any other capacity. There is no conflict under this scenario, and both laws can apply concurrently.

(2) Where a municipal police officer commits a crime that is a hybrid offence punishable by imprisonment for one year or more and there are no specific circumstances that justify a sanction other than dismissal. Both laws can apply concurrently in the same manner as in scenario (1).

(3) Where a municipal police officer commits a crime that is a hybrid offence punishable by imprisonment for one year or more but there are specific circumstances that justify a sanction other than dismissal from employment as a police officer. In this case, the officer is not dismissed from the municipal police force but, in light of s. 116 *C.T.A.*, is nonetheless disqualified for five years from employment by the municipality. After five years, however, the officer requalifies as an employee of the municipality. During the five years of disqualification, the officer can work as a police officer for the Sûreté du Québec or as a special constable, or can work for a municipality in any capacity where the offence is not in connection with the office or employment. The two laws can apply concurrently.

In our view, the two provisions are thus perfectly reconcilable. There is no conflict in the fact that, in the third scenario, they apply concurrently to deprive the officer of his or her employment as a municipal employee for a period of five years even though he or she has not lost the right to serve as a police officer: this is the consequence of the relevant provision of the *C.T.A.* The *C.T.A.* clearly evinces the legislature's intention in this regard.

Although the rule appears to involve a purely literal test, it is now accepted that a court

être réembauché comme policier en raison de l'art. 115 *L.P.*, mais il peut être embauché à tout autre titre par une municipalité. Suivant ce scénario, il n'y a pas de conflit et les deux lois peuvent s'appliquer de façon concomitante.

(2) Un policier municipal commet une infraction mixte punissable d'un emprisonnement d'un an ou plus et il n'existe pas de circonstances particulières justifiant une sanction autre que la destitution. Les deux textes de loi peuvent s'appliquer de façon concomitante tout comme dans le scénario (1).

(3) Un policier municipal commet une infraction mixte punissable d'un emprisonnement d'un an ou plus, mais il existe des circonstances particulières justifiant une sanction autre que la destitution. Dans un tel cas, le policier n'est pas congédié de son poste au sein de la police municipale, mais, du fait de l'art. 116 *L.C.V.*, il est néanmoins inhabile à occuper quelque emploi que ce soit au sein de la municipalité pendant une période de cinq ans. À l'expiration de cette période, le policier redevient habile à occuper un poste d'employé de la municipalité. Pendant la période d'inhabilité de cinq ans, le policier peut travailler comme policier à la Sûreté du Québec ou comme constable spécial, ou encore exercer toute autre fonction au sein d'une municipalité, si l'infraction qu'il a commise n'a pas de lien avec cette charge ou cet emploi. Les deux textes de loi peuvent s'appliquer de façon concomitante.

À notre avis, les deux dispositions sont donc parfaitement conciliables. Le fait que, selon le troisième scénario, leur application concomitante prive le policier de son emploi comme fonctionnaire municipal pour une période de cinq ans, alors qu'il n'a pas perdu le droit d'occuper la fonction de policier, n'est pas source d'incompatibilité : c'est la conséquence de la disposition pertinente de la *L.C.V.* La *L.C.V.* exprime clairement la volonté du législateur à cet égard.

92

Bien que la règle paraisse impliquer un test purement littéral, il est maintenant admis que, outre la

assessing the compatibility of two laws must, in addition to determining whether there is an express conflict between them, consider their respective purposes to ensure that the legislature's objective will not be frustrated if the laws in question are applied concurrently: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, [2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13, at para. 12. Thus, the court must ensure that the proposed interpretation does not frustrate the purposes of the provisions in question.

4. Purposes of the Provisions in Issue

93 Bastarache J. refers to certain elements that, in his opinion, show the provisions to be incompatible. In our view, it can be seen by reading all the provisions in issue together that this incompatibility is merely apparent.

94 Section 119 *P.A.* is disciplinary in nature. However, the sanction of dismissal has an impact on the individual's eligibility to serve as a police officer under the *P.A.* The use of the words *dismissal* in English and *destitution* in French clearly demonstrates the overlap. An arbitrator is not entitled to review an employer's decision to terminate the employment of a police officer who has been convicted of an indictable offence. Under s. 115 *P.A.*, the officer is not only dismissed, but is also no longer eligible to serve as a police officer. Where an officer is convicted of a hybrid offence, on the other hand, the employer and the arbitrator have a discretion that, when exercised, can have a decisive impact both on the officer's employment and on his or her eligibility to serve as a police officer. If the officer establishes the existence of specific circumstances, the employer or the arbitrator may substitute a less severe sanction for dismissal. In such a case, the officer is not disqualified from serving as a police officer under the *P.A.*

95 The fact that an officer who benefits from the exception under s. 119 *P.A.* continues to be eligible to serve as a police officer obviously has an impact on the interpretation of s. 115 *P.A.* If it is

situation de conflit exprès entre deux lois, le tribunal appelé à vérifier la compatibilité des lois examine aussi leur objet respectif pour s'assurer que la réalisation du but poursuivi par le législateur n'est pas empêchée par l'application concomitante des lois en question : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13, par. 12. Il y a donc lieu de s'assurer que l'interprétation proposée ne fait pas obstacle à l'objet des dispositions en question.

4. Objet des dispositions en cause

Le juge Bastarache signale des éléments qu'il dit de nature à mettre en relief l'incompatibilité des dispositions. Nous estimons qu'une analyse fondée sur une lecture corrélative de toutes les dispositions en cause démontre plutôt que cette incompatibilité n'est qu'apparente.

L'article 119 *L.P.* s'inscrit dans le contexte disciplinaire. La sanction du congédiement a cependant des répercussions sur l'habilité de la personne à agir comme policier selon les termes de la *L.P.* L'usage des mots *destitution* en français et *dismissal* en anglais révèle clairement le chevauchement. Un arbitre n'a pas le droit de réviser la décision d'un employeur de mettre fin à l'emploi d'un policier déclaré coupable d'un acte criminel. Ce policier est non seulement congédié, mais il n'est plus admissible à la fonction de policier suivant l'art. 115 *L.P.* Cependant, lorsque le policier est reconnu coupable d'une infraction mixte, l'employeur ou l'arbitre bénéficient d'un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut avoir des conséquences déterminantes tant sur l'emploi de l'intéressé que sur son habilité à exercer la fonction de policier. En effet, lorsque le policier fait la preuve de circonstances particulières, l'employeur ou l'arbitre peuvent alors substituer au congédiement une sanction moins sévère. Dans un tel cas, cela signifie aussi qu'il ne perd pas son habilité à exercer la fonction de policier en vertu de la *L.P.*

Le fait que le policier qui bénéficie de l'exception prévue par l'art. 119 *L.P.* continue d'être habilité à exercer la fonction de policier a des conséquences évidentes sur l'interprétation de l'art. 115

found under s. 119 that the officer is fit to serve as a police officer, this also holds true for any other police officer positions that he or she may apply for in the future. Thus, an officer could be dismissed because a municipality that is duly authorized to do so decides to abolish its police force and terminate the employment of all its police officers. An officer who has benefited from the exception under s. 119 *P.A.* will be able to apply for a position on another police force, because he or she will still be eligible to serve as a police officer under the *P.A.* Similarly, an officer who wants to apply for a position on another police force for personal reasons, relating perhaps to a move or a possibility of promotion, cannot be told, on the basis of s. 115 *P.A.* alone, that he or she is ineligible owing to a conviction for a hybrid offence. Section 115 must necessarily be read in conjunction with s. 119 *P.A.* Where an officer has benefited from the exception under s. 119 *P.A.*, this must be reflected in the interpretation of s. 115 *P.A.* Otherwise, it would be difficult to meet the clear objective of the exception that the legislature has expressly established, namely to allow the individual in question to continue his or her career as a police officer.

L.P. En effet, si le policier est jugé apte pour l'application de l'art. 119, cela vaut également pour les autres emplois de policier qu'il pourrait postuler dans le futur. Ainsi, on peut imaginer qu'un policier soit licencié parce qu'une municipalité, dûment autorisée à le faire, décide de démanteler son service de police et de mettre fin à l'emploi de tous ses policiers. Le policier qui a bénéficié de l'exception prévue à l'art. 119 *L.P.* pourra postuler dans un autre corps de police, puisqu'il sera toujours habilité à exercer cette fonction selon la *L.P.* De même, un policier qui voudrait solliciter un emploi dans un autre service de police pour des motifs personnels, par exemple en raison d'un déménagement ou d'une possibilité d'avancement, ne pourrait se voir reprocher, sur la seule base de l'art. 115 *L.P.*, qu'il n'est pas admissible parce qu'il a été reconnu coupable d'une infraction mixte. Cet article doit nécessairement être lu en corrélation avec l'art. 119 *L.P.* L'exception dont peut bénéficier le policier en vertu de l'art. 119 *L.P.* doit se refléter dans l'interprétation de l'art. 115 *L.P.* Autrement, l'exception qu'a expressément établie le législateur pourrait difficilement réaliser son objectif manifeste — c'est-à-dire permettre à l'intéressé de poursuivre sa carrière comme policier.

We agree with Bastarache J. that the exception must be interpreted very narrowly. However, if an officer can establish the existence of specific circumstances, he or she should be able to benefit from the conclusion of the employer or the arbitrator, as the case may be, for the purposes of any employment that requires eligibility under the *P.A.* To limit the benefit of the exception to the employment held by the officer at the time of the decision to let the officer keep his or her job would be to make the retention of eligibility conditional on circumstances that have nothing to do with the officer's conduct or competence. This cannot be in keeping with the spirit and the purpose of the exception.

96 Nous sommes d'avis, tout comme le juge Bastarache, que l'exception doit être interprétée de façon très étroite. Cependant, si le policier est en mesure de faire valoir des circonstances particulières, il doit pouvoir bénéficier de la conclusion de l'employeur ou de l'arbitre, selon le cas, pour tous les emplois qui nécessitent d'être habilité selon la *L.P.* Une interprétation qui limiterait le bénéfice de l'exception au seul emploi que le policier occupe au moment de la décision de lui permettre de conserver son poste ferait dépendre le maintien de l'habilitation de circonstances qui n'ont rien à voir avec le comportement ou la compétence du policier. Tels ne sauraient être l'esprit et le but de l'exception.

Consequently, we are of the opinion that a police officer who benefits from the exception also benefits from job mobility. Should the officer's employment be terminated for any reason whatsoever, he or she may apply for employment in another police force. This is relevant where the compatibility of

97 En conséquence, nous sommes d'avis que le policier qui bénéficie de l'exception profite aussi de la mobilité d'emploi. À l'occasion d'une cessation d'emploi, pour quelque motif que ce soit, le policier peut demander un emploi dans un autre service de police. Cette précision est pertinente en

s. 119 *P.A.* with s. 116 *C.T.A.* is concerned, because an officer who retains his or her eligibility is not barred from working for the Sûreté du Québec or as a special constable.

98 When the *P.A.* and the *C.T.A.* are read together, it is clear that the former governs the capacity to serve as a police officer and the sanctions attached to breaches of the conditions of eligibility for a position as a police officer, while the latter governs the conditions of eligibility for municipal office or employment. A person who is qualified to serve in both capacities must meet the conditions of both statutes. This dual impact on the individual's employment is not a ground for not applying one of the standards.

5. Examples From the Case Law

99 The Court has heard similar arguments in criminal law cases in which the facts were clearly analogous to those of the case at bar. In *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, the Court had to decide whether two statutory provisions could be applied concurrently. The first, a provision of the *Criminal Code*, authorized the imposition of restrictions on the operation of motor vehicles. Under the second, a provision of a province's highway safety legislation, the driver's licence of a person convicted of an offence under the *Criminal Code* was to be suspended or revoked automatically. What was in issue in the case was that the trial judge, in sentencing the offender, had exercised his discretion and decided, under the federal legislation, that no driving restrictions would be imposed on the offender. The Court did not see any problem in applying the two standards concurrently. The fact that the judge who heard the criminal case had not imposed a suspension did not render the automatic suspension provided for under provincial law inapplicable. See to the same effect: *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *Bell v. Attorney General for Prince Edward Island*, [1975] 1 S.C.R. 25.

ce qui concerne la compatibilité de l'art. 119 *L.P.* avec l'art. 116 *L.C.V.*, car le policier qui conserve son habilitation n'est pas empêché de travailler à ce titre pour la Sûreté du Québec ou encore comme constable spécial.

La lecture corrélative de la *L.P.* et de la *L.C.V.* permet de constater que la première régit la capacité d'agir comme policier et les sanctions qui sont attachées aux violations des conditions d'admissibilité à cette fonction et que la deuxième régit les conditions d'admissibilité à une charge ou à un emploi municipal. Dans le cas où une personne cumule les deux habilitations, elle doit satisfaire aux conditions prescrites par les deux lois. Ce double effet sur l'emploi de l'intéressé n'est pas un motif d'inapplicabilité d'une des normes.

5. Les exemples jurisprudentiels

Le droit pénal a donné lieu à des débats similaires devant la Cour, à l'occasion de litiges où les faits s'apparentaient clairement à ceux de la présente espèce. Dans *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396, la Cour devait statuer sur la possibilité d'appliquer de façon concomitante deux dispositions législatives. La première, figurant dans le *Code criminel*, autorisait l'imposition de restrictions en matière de conduite automobile. La deuxième, prévue par une loi provinciale sur la sécurité routière, imposait la suspension ou révocation automatique du permis d'un contrevenant déclaré coupable d'une infraction au *Code criminel*. Le problème est survenu lorsque, en déterminant la peine, le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire et décidé, selon la loi fédérale, que le contrevenant ne serait soumis à aucune restriction en matière de conduite. La Cour a jugé que l'application concomitante des deux normes ne soulevait aucun problème. Le fait que le juge saisi de l'accusation criminelle n'avait pas imposé de suspension ne rendait pas inopérante celle, automatique, prévue par le droit provincial. Voir au même effet : *Ross c. Régistraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *Bell c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1975] 1 R.C.S. 25.

In our view, the parallel with the case at bar is obvious. In one case, the provincial provision requiring the suspension of the driver's licence was not rendered inapplicable by the exercise of the discretion not to suspend it. In the other case, the one now before the Court, the sanction of temporary disqualification provided for in s. 116 *C.T.A.* would not have been rendered inapplicable by the arbitrator's conclusion under s. 119, para. 2 *P.A.* that specific circumstances justified the imposition of a sanction other than dismissal.

Both cases concern the exercise of an activity: one, the driving of a motor vehicle, and the other, the holding of employment. In both situations, the activity could continue to be carried out under one provision, but was suspended under the other. These decisions make it particularly clear that conflict is to be interpreted narrowly.

In municipal law, the area of law applicable to the facts of the instant case, there are several examples of the concurrent application of two standards that differ in severity. For present purposes, it is enough to say that municipal employees are often subject to standards in addition to those provided for in the *C.T.A.* Professionals or other officers or employees who perform duties governed by different statutes are not automatically exempt from any of those statutes. For example, the courts have held that a statute establishing an administrative measure designed solely to regulate the conditions to be met to be eligible for and hold municipal office was perfectly compatible with a penal provision that applied to the same person and the same fact situation: *Ricard v. Lord*, [1941] S.C.R. 1; *Beaudoin v. Roy*, [1984] R.L. 315 (Sup. Ct.); *Roy v. Mailloux*, [1966] B.R. 468. The provisions in question are complementary. In the case of police officers, s. 115 *P.A.* explicitly provides for the possibility of imposing additional conditions on them.

Thus, the argument that a police officer who would otherwise benefit from the exception under

Le parallèle avec l'affaire qui nous occupe nous semble évident. Dans un cas, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas suspendre le permis de conduire ne rendait pas inapplicable la disposition prévoyant la suspension du même permis en vertu de la loi provinciale. Dans l'autre cas, celui qui nous intéresse, le fait que l'arbitre conclue en vertu de l'art. 119, al. 2 *L.P.* que des circonstances particulières justifient l'imposition d'une sanction autre que la destitution n'aurait pas rendu inapplicable la sanction d'inhabilité temporaire prévue par l'art. 116 *L.C.V.* 100

Dans les deux cas, il s'agit de l'exercice d'une activité : d'une part la conduite automobile; d'autre part le travail. Dans les deux situations, l'activité peut être continuée en vertu d'une disposition, alors qu'elle est suspendue en vertu de l'autre. Ces décisions font ressortir avec acuité le fait que le conflit est interprété de façon restrictive. 101

Le droit municipal, domaine dans lequel s'inscrivent les faits, donne plusieurs exemples d'application concomitante de deux normes de sévérité différente. Qu'il suffise de mentionner, pour les besoins de la présente affaire, que les fonctionnaires municipaux sont souvent assujettis à des normes qui s'ajoutent à celles par ailleurs prévues par la *L.C.V.* Les professionnels ou autres fonctionnaires ou employés qui exercent par ailleurs des fonctions régies par des lois distinctes ne sont pas automatiquement exemptés de l'une ou de l'autre. Par exemple, les tribunaux ont reconnu qu'une loi établissant une mesure administrative ayant uniquement pour but de régler les conditions d'admissibilité à une charge municipale et d'occupation d'une telle charge était tout à fait compatible avec une disposition pénale s'appliquant à la même personne et à la même situation de faits : *Ricard c. Lord*, [1941] R.C.S. 1; *Beaudoin c. Roy*, [1984] R.L. 315 (C.S.); *Roy c. Mailloux*, [1966] B.R. 468. Ces dispositions sont complémentaires. Dans le cas des policiers, l'art. 115 *L.P.* prévoit d'ailleurs explicitement la possibilité que ceux-ci soient assujettis à des conditions supplémentaires. 102

L'argument selon lequel un policier ne peut voir le bénéfice de l'exception prévue à l'art. 119 être 103

s. 119 cannot have that benefit taken away by means of a suspension under s. 116 *C.T.A.* is supported neither by the rule for interpreting conflicts between statutes nor by the case law. The need to comply with two rules, one of which is more restrictive than the other, is an insufficient basis for concluding that a conflict exists.

6. Conclusion

104 In the case at bar, the respondents have not shown that the two provisions were incompatible. On the contrary, the two provisions complement each other in that they address two different aspects of the same fact situation.

105 For these reasons, we agree with Bastarache J.'s conclusion that the arbitrator's decision was unreasonable but would add that the two provisions at issue are not incompatible.

The following are the reasons delivered by

106 ABELLA J. — I agree with Justice Bastarache's analysis of s. 119, para. 2 of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13.1; with his conclusion that it is in conflict with and should prevail over s. 116(6) of the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19; with his conclusion that the arbitrator's application of s. 119, para. 2 to Belleau was unreasonable. Where I part company with him, with great respect, is in his discussion of the standards of review.

107 The primary concern I have relates to his determination that the arbitrator's decision *whether* to apply s. 119, para. 2 should be subjected to a different standard than his decision on *how* to apply it. It seems to me that applying the factors in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, the clear legislative directive here is that the arbitrator's decision as a whole is entitled to deference.

108 First, there is an unequivocal privative clause in s. 101 of the Quebec *Labour Code*, R.S.Q.,

écarté par une suspension fondée sur l'art. 116 *L.C.V.* ne trouve donc appui ni dans la règle d'interprétation des conflits de lois ni dans la jurisprudence. Le fait de devoir se conformer à deux règles, l'une plus contraignante que l'autre, n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'un conflit.

6. Conclusion

En l'espèce, les intimés n'ont pas réussi à démontrer que les deux dispositions étaient incompatibles. Au contraire, les deux dispositions se complètent, en ce qu'elles traitent de deux aspects différents d'une même situation de faits.

Pour ces motifs, nous arrivons à la même conclusion que le juge Bastarache sur le caractère déraisonnable de la décision de l'arbitre, mais ajoutons toutefois que les deux dispositions en cause ne sont pas incompatibles.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ABELLA — Je suis d'accord avec le juge Bastarache pour ce qui est de son analyse de l'art. 119, al. 2 de la *Loi sur la police*, L.R.Q., ch. P-13.1, et de sa conclusion que cette disposition est en conflit avec le par. 116(6) de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, et devrait prévaloir. J'accepte également sa conclusion que la décision de l'arbitre d'appliquer l'art. 119, al. 2 à M. Belleau était déraisonnable. En toute déférence cependant, je ne partage pas son avis sur la question des normes de contrôle.

Ma principale réserve a trait à sa conclusion selon laquelle il faut assujettir à des normes de contrôle différentes la décision de l'arbitre concernant l'*opportunité* d'appliquer l'art. 119, al. 2 et sa décision concernant la *façon* de l'appliquer. À mon sens, il ressort de l'application des facteurs énoncés dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, que la législation appelle manifestement à la retenue eu égard à l'ensemble de la décision de l'arbitre.

Tout d'abord, l'art. 101 du *Code du travail* du Québec, L.R.Q., ch. C-27, comporte une clause

c. C-27, stating that the arbitrator's award is "without appeal" and "binds the parties". Second, s. 100.12(*a*) of the *Labour Code* authorizes the arbitrator to "interpret and apply any Act or regulation to the extent necessary to settle a grievance".

The privative clause is the legislature's way of protecting the arbitrator's exclusive responsibility for deciding the grievance, and s. 100.12(*a*) clothes him with the authority to determine how *any* relevant statutory provision ought to apply to it. Any assessment of the degree of deference owed to the arbitrator must be respectful of these unambiguous legislative instructions. Combined with the expertise of the arbitrator in labour disputes and the legislative objective of having them resolved expeditiously and conclusively, there seems to me to be a strong argument in favour of an integrated standard for assessing the arbitrator's interpretation both of his jurisdictional mandate and its application.

As this Court held in *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39, the interpretation of legislation, external or otherwise, that is "intimately connected with the mandate of the tribunal and is encountered frequently as a result" is entitled to deference. (See also *Canada Post Corp. v. Smith* (1998), 40 O.R. (3d) 97 (C.A.).) In interpreting the applicability of s. 119, para. 2 of the *Police Act* and s. 116(6) of the *Cities and Towns Act*, the arbitrator was interpreting and applying legislation relating to issues of the discipline and sanctioning of police officers. Both issues are central to his mandate to decide the grievance under the collective agreement and the *Labour Code*.

There is a danger that the routine segmentation of such mandates leads to an unduly interventionist approach more reminiscent of "the wrong question" or "preliminary or collateral matter" doctrines found in cases like *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 W.L.R. 163 (H.L.), and *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local*

privative non équivoque en précisant que la sentence arbitrale est « sans appel » et qu'elle « lie les parties ». Ensuite, l'al. 100.12*a*) du *Code du travail* autorise l'arbitre à « interpréter et appliquer une loi ou un règlement dans la mesure où il est nécessaire de le faire pour décider d'un grief ».

109 La clause privative est le moyen retenu par le législateur pour protéger la compétence exclusive de l'arbitre en matière d'arbitrage de griefs, et l'al. 100.12*a*) lui confère le pouvoir de décider de quelle manière *toute* disposition législative pertinente devrait s'y appliquer. L'appréciation du degré de retenue que commande la décision de l'arbitre doit tenir compte de ces directives claires du législateur. Compte tenu en outre de l'expertise de l'arbitre en matière de conflits de travail et de l'objet de la loi qui est d'assurer un règlement rapide et définitif de ces différends, il semble se dégager, à mon sens, un argument solide à l'appui d'une norme intégrée d'évaluation de l'interprétation par l'arbitre de sa compétence et de la façon de l'exercer.

110 Suivant la décision de notre Cour dans *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39, l'interprétation d'une loi, extrinsèque ou non, qui « est intimement liée au mandat du tribunal et où celui-ci est souvent appelé à l'examiner » commande la retenue. (Voir également *Canada Post Corp. c. Smith* (1998), 40 O.R. (3d) 97 (C.A.).) En se prononçant sur l'applicabilité de l'art. 119, al. 2 de la *Loi sur la police* et du par. 116(6) de la *Loi sur les cités et villes*, l'arbitre interprétait et appliquait des dispositions législatives portant sur les questions de discipline et de sanctions à imposer aux policiers, deux questions qui relèvent nettement du mandat que lui confèrent la convention collective et le *Code du travail* en matière d'arbitrage de griefs.

111 Le fractionnement systématique de tels mandats risque d'entraîner l'application d'une approche indûment interventionniste, qui rappelle davantage les théories de « la mauvaise question » ou de « la question préalable ou auxiliaire » énoncées notamment dans *Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission*, [1969] 2 W.L.R. 163 (H.L.), et *Metropolitan Life Insurance Co.*

796, [1970] S.C.R. 425, than of the more deferential approach applied by Dickson J. in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233. Dickson J.'s admonition in *C.U.P.E.* remains instructive:

> The question of what is and is not jurisdictional is often very difficult to determine. The courts, in my view, should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so.

112 Similarly, legal issues ought not to be declared readily extricable when they are legitimately and necessarily intertwined with the adjudicator's mandate and expertise. In such circumstances, the decision ought to be reviewed as a whole, not as a segmented compilation subject to an increased degree of scrutiny and intervention. As LeBel J. observed in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 76:

> [T]he various strands that go into a decision are more likely to be inextricably intertwined, particularly in a complex field such as labour relations, such that the reviewing court should view the adjudicator's decision as an integrated whole.

113 This integrated approach was reinforced by Iacobucci J. in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 56, when he emphasized that "not . . . every element of the reasoning given must independently pass a test for reasonableness. The question is rather whether the reasons, taken as a whole, are tenable as support for the decision."

114 Similarly in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, 2006 SCC 22, Binnie J., writing for the majority, refused to separate the

c. International Union of Operating Engineers, Local 796, [1970] R.C.S. 425, plutôt que le recours à l'approche fondée sur la retenue adoptée par le juge Dickson dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, p. 233. La mise en garde du juge Dickson dans cet arrêt demeure utile :

> Il est souvent très difficile de déterminer ce qui constitue une question de compétence. À mon avis, les tribunaux devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard.

De même, il ne convient pas d'affirmer que des questions de droit peuvent facilement être isolées lorsqu'elles sont légitimement et nécessairement liées au mandat et à la compétence spécialisée de l'arbitre. Dans de telles circonstances, il y a lieu de procéder au contrôle de la décision dans son ensemble plutôt qu'au contrôle d'éléments fractionnés pouvant faire l'objet d'un examen plus minutieux et d'une intervention accrue. Le juge LeBel a fait la remarque suivante dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 76 :

> Les divers éléments qui sous-tendent une décision ont plus de chance d'être inextricablement liés les uns aux autres, en particulier dans un domaine complexe comme celui des relations de travail, de sorte que la cour de justice chargée du contrôle doit considérer que la décision du tribunal forme un tout.

Le juge Iacobucci a fait ressortir l'importance de cette approche intégrée dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 56, lorsqu'il a souligné que « [c]ela ne signifie pas que chaque élément du raisonnement présenté doive passer individuellement le test du caractère raisonnable. La question est plutôt de savoir si les motifs, considérés dans leur ensemble, sont soutenables comme assise de la décision. »

De même, dans l'arrêt *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22, le juge Binnie, s'exprimant au nom de la majorité,

legal issue, the interpretation of s. 6 of the *Trade-marks Act*, R.S.C. 1985, c. T-13, from the Trademarks Opposition Board's overall decision, noting, at para. 39, that the "legal issue is not neatly extricable from its factual context, but calls for an interpretation within the expertise of the Board".

a refusé d'isoler la question de droit, à savoir l'interprétation de l'art. 6 de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13, de l'ensemble de la décision de la Commission des oppositions des marques de commerce, soulignant au par. 39 que la « question de droit ne peut être clairement isolée de son contexte factuel, mais commande une interprétation qui relève de l'expertise de la Commission ».

If, on the other hand, the legal issue is genuinely external to the adjudicator's mandate or expertise and easily differentiated from other issues in the case, such heightened scrutiny is entirely warranted: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157.

115 Si, par contre, la question de droit ne relève réellement pas du mandat ou de la compétence spécialisée de l'arbitre et peut facilement être distinguée des autres questions en litige dans l'affaire, il est tout à fait justifié de procéder à un examen plus minutieux : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157.

In this case, the labour arbitrator's mandate and expertise merge to entitle him to a single deferential standard of review both for his decision as to the scope of the relevant legislation and its application to this case.

116 En l'espèce, le mandat et la compétence spécialisée de l'arbitre de griefs s'allient de manière à permettre l'application d'une seule norme de contrôle fondée sur la retenue relativement à ses décisions concernant la portée de la loi applicable et son application en l'espèce.

But I agree, for the reasons given by Bastarache J., that even on that standard, the arbitrator's decision as to the appropriate sanction is unsustainable.

117 Néanmoins, je conviens avec le juge Bastarache, pour les motifs qu'il a donnés, que la décision de l'arbitre eu égard à la sanction à imposer est insoutenable, même suivant cette norme.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellant: Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Procureurs de l'appelante : Langlois Kronström Desjardins, Lévis.

Solicitors for the respondents: Trudel, Nadeau, Anjou.

Procureurs des intimés : Trudel, Nadeau, Anjou.

Solicitors for the intervener: Castiglio & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante : Castiglio & Associés, Montréal.

Council of Canadians with Disabilities *Appellant*

v.

VIA Rail Canada Inc. *Respondent*

and

Canadian Transportation Agency, Canadian Human Rights Commission, Ontario Human Rights Commission, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Manitoba Human Rights Commission, Saskatchewan Human Rights Commission, Transportation Action Now, Alliance for Equality of Blind Canadians, Canadian Association for Community Living, Canadian Hard of Hearing Association, Canadian Association of Independent Living Centres and DisAbled Women's Network Canada *Interveners*

Conseil des Canadiens avec déficiences *Appelant*

c.

VIA Rail Canada Inc. *Intimée*

et

Office des transports du Canada, Commission canadienne des droits de la personne, Commission ontarienne des droits de la personne, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Commission des droits de la personne du Manitoba, Saskatchewan Human Rights Commission, Transportation Action Now, Alliance pour l'égalité des personnes aveugles du Canada, Association canadienne pour l'intégration communautaire, Association des malentendants canadiens, Association canadienne des centres de vie autonome et Réseau d'action des femmes handicapées du Canada *Intervenants*

INDEXED AS: COUNCIL OF CANADIANS WITH DISABILITIES *v.* VIA RAIL CANADA INC.

Neutral citation: 2007 SCC 15.

File No.: 30909.

2006: May 19; 2007: March 23.

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

RÉPERTORIÉ : CONSEIL DES CANADIENS AVEC DÉFICIENCES *c.* VIA RAIL CANADA INC.

Référence neutre : 2007 CSC 15.

N° du greffe : 30909.

2006 : 19 mai; 2007 : 23 mars.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Transportation law — Railways — Duty to accommodate passengers with disabilities — VIA Rail purchasing rail cars — Canadian Transportation Agency ordering VIA Rail to modify 13 economy coach cars and 17 service cars to make them personal wheelchair accessible — Whether accommodation imposing undue hardship on VIA Rail — Whether Agency's decision ordering VIA Rail to retrofit some of its newly purchased cars patently

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit des transports — Chemins de fer — Obligation d'accommoder les voyageurs ayant une déficience — Achat de voitures de chemin de fer par VIA Rail — Office des transports du Canada ordonnant à VIA Rail de modifier 13 voitures-coach de la classe économique et 17 voitures de service afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels — Cette mesure d'accommodement impose-t-elle une contrainte excessive à

unreasonable — Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 172.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Transportation Agency ordering VIA Rail to modify 13 economy coach cars and 17 service cars to make them personal wheelchair accessible — Standard of review applicable to Agency's decision — Whether preliminary jurisdictional question subject to different standard of review — Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 172.

In late 2000, VIA Rail paid $29.8 million to purchase 139 rail cars ("Renaissance cars") no longer required for overnight train service through the Channel Tunnel. These cars were inaccessible to persons with disabilities using personal wheelchairs. VIA saw the Renaissance cars as a unique opportunity to substantially increase the size of its fleet at a comparatively moderate cost. Preparing the equipment for service was estimated at $100 million, but there was no "plan document" to enhance accessibility when the cars were purchased. VIA claimed that the cars were sufficiently accessible and that its employees would transfer passengers into on-board wheelchairs and assist them with services, such as washroom use. The Council of Canadians with Disabilities ("CCD") applied to the Canadian Transportation Agency under s. 172 of the *Canada Transportation Act* ("*CTA*"), complaining that many features of the Renaissance cars constituted undue obstacles to the mobility of persons with disabilities. CCD relied, in part, on VIA's alleged non-compliance with the "1998 Rail Code", a voluntary Code negotiated with and agreed to by VIA that sets minimum standards applicable to its transportation network. Under this Code, modern accessibility standards apply to new rail cars or cars undergoing a major refurbishment. The Code also provides that at least one car in every train that leaves a railway station must be accessible to persons using personal wheelchairs. VIA argued that the Renaissance cars were not newly manufactured or undergoing a major refurbishment. The Agency found otherwise, concluding that the Code's modern accessibility standards applied to the Renaissance cars.

VIA Rail? — La décision de l'Office enjoignant à VIA Rail de réaménager certaines de ses voitures nouvellement acquises est-elle manifestement déraisonnable? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 172.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Office des transports du Canada ordonnant à VIA Rail de modifier 13 voitures-coach de la classe économique et 17 voitures de service afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels — Norme de contrôle applicable à la décision de l'Office — Une question préliminaire de compétence est-elle assujettie à une norme de contrôle différente? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 172.

À la fin des années 2000, VIA Rail a payé la somme de 29,8 millions de dollars pour acheter 139 voitures de chemin de fer (« voitures Renaissance ») qui n'étaient plus requises pour assurer le service de nuit empruntant le tunnel sous la Manche. Ces voitures étaient inaccessibles aux personnes ayant une déficience qui utilisent un fauteuil roulant personnel. VIA voyait dans les voitures Renaissance une occasion unique d'accroître substantiellement la taille de son parc à un coût relativement modique. Le coût estimatif de la préparation de ce matériel en vue de sa mise en service était de 100 millions de dollars, mais il n'y avait aucun « plan » d'amélioration de l'accessibilité au moment de l'achat des voitures. VIA prétendait que les voitures étaient suffisamment accessibles et que ses employés transféreraient les voyageurs dans des fauteuils roulants de bord et les aideraient à obtenir des services, notamment à utiliser les toilettes. Le Conseil des Canadiens avec déficiences (« CCD ») s'est fondé sur l'art. 172 de la *Loi sur les transports au Canada* (« *LTC* ») pour présenter à l'Office des transports du Canada une demande dans laquelle il se plaignait du fait que de nombreuses caractéristiques des voitures Renaissance constituaient des obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Le CCD a notamment fait valoir que VIA ne respectait pas le « code ferroviaire de 1998 », qui est un code d'application volontaire qui a été négocié et accepté par VIA et qui établit les normes minimales applicables à son réseau de transport. Aux termes de ce code, des normes d'accessibilité modernes s'appliquent aux nouvelles voitures ou à celles qui subissent un réaménagement majeur. Le code prévoit également qu'au moins une voiture par train quittant une gare doit être accessible aux personnes qui utilisent leur fauteuil roulant personnel. VIA a soutenu que le code ne s'appliquait pas aux voitures Renaissance. L'Office a conclu le contraire et décidé que les voitures Renaissance étaient des voitures nouvellement construites ou des voitures qui subissaient un réaménagement majeur au sens du code.

The Agency issued a preliminary decision in March 2003 in which it gave VIA a final opportunity to provide specific evidence to show cause to the Agency why the obstacles it had identified were not undue and to provide feasibility and costing information relating to the remedial options under consideration by the Agency. Two months later, VIA replied that it was not reasonable to require it to modify the cars; it gave the Agency a brief estimate in a three-page letter without any supporting evidence. In June 2003, the Agency advised VIA that its response lacked detail and feasibility information and was therefore unverifiable. The Agency reissued its original show cause order, giving VIA additional time to prepare a response. VIA submitted some cost estimates, but indicated that it was unable to comply with the show cause order any further. VIA did not request more time, instead repeatedly asking the Agency to render its final decision. On the basis of the record before it, the Agency issued its final decision and ordered VIA to implement remedial measures, all of which had been identified by the Agency by the time it had reissued its preliminary decision in June 2003. The main changes required VIA to modify 13 economy coach cars and 17 service cars out of the 139 cars, so that there would be one personal wheelchair accessible car on each daytime train and one car with personal wheelchair accessible sleeper facilities on each overnight train. The existing fleet provided one personal wheelchair accessible car per train. VIA used its VIA 1 cars for this purpose, which had been retrofitted to accommodate passenger-owned wheelchairs, but the existing fleet was to be phased out and replaced by the Renaissance cars.

VIA successfully sought leave to appeal the Agency's preliminary and final decisions to the Federal Court of Appeal. In support of its application for leave, VIA filed a report it had commissioned to review the Agency's final decision. The report, which was prepared in less than 40 days after the Agency's final decision, estimated that the cost of implementing that decision would be at least $48 million. The Federal Court of Appeal concluded that the Agency's identification of undue obstacles to the mobility of persons with disabilities was reviewable on the standard of patent unreasonableness, but that the Agency's interpretation of its jurisdiction under s. 172 of the *CTA* was reviewable on the standard of correctness. Although the court found that the Agency was correct to conclude that it

En mars 2003, l'Office a rendu une décision préliminaire dans laquelle il offrait à VIA une dernière occasion de fournir une preuve précise indiquant pourquoi il ne devrait pas conclure que les obstacles qu'il avait relevés étaient abusifs, et de donner des renseignements sur la faisabilité et le coût des mesures correctives qu'il envisageait. Deux mois plus tard, VIA a répondu qu'il n'était pas raisonnable de l'obliger à modifier les voitures; elle a fourni à l'Office, dans une lettre de trois pages, une estimation sommaire dépourvue d'éléments justificatifs. En juin 2003, l'Office a informé VIA que sa réponse manquait de précisions et de renseignements sur la faisabilité et que, par conséquent, elle était invérifiable. Il a réitéré son ordonnance de justification initiale et accordé à VIA un délai supplémentaire pour préparer une réponse. VIA a fourni des estimations de coûts, mais a indiqué qu'elle n'était pas en mesure de se conformer davantage à l'ordonnance de justification. VIA n'a pas sollicité un délai supplémentaire, mais a plutôt demandé, à maintes reprises, à l'Office de rendre sa décision finale. L'Office a rendu sa décision finale en se fondant sur le dossier dont il disposait, et a ordonné à VIA de mettre en œuvre des mesures correctives qu'il avait toutes décrites au moment où il a réitéré sa décision préliminaire en juin 2003. Les principales mesures que VIA devrait prendre consistaient à modifier 13 voitures-coach de la classe économique et 17 voitures de service parmi les 139 voitures, de manière à assurer qu'une voiture par train de jour soit accessible aux fauteuils roulants personnels et qu'une voiture par train de nuit soit dotée de compartiments-lits accessibles aux fauteuils roulants personnels. Dans le parc existant, une voiture par train était accessible aux fauteuils roulants personnels. À cette fin, VIA utilisait ses voitures VIA 1 qu'elle avait réaménagées afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels. Cependant, le parc de voitures existant devait être progressivement retiré du service et remplacé par des voitures Renaissance.

VIA a demandé avec succès à la Cour d'appel fédérale l'autorisation d'appeler des décisions préliminaire et finale de l'Office. Pour appuyer sa demande d'autorisation, VIA a déposé un rapport qu'elle avait commandé au sujet de la décision finale de l'Office. Selon ce rapport qui a été préparé en moins de 40 jours après la décision finale de l'Office, la mise en œuvre de cette décision coûterait au moins 48 millions de dollars. La Cour d'appel fédérale a conclu que la détermination par l'Office des obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience pouvait faire l'objet d'un contrôle selon la norme du caractère manifestement déraisonnable, mais elle a ajouté que l'interprétation que l'Office donnait de sa compétence conférée par l'art. 172 *LTC* pouvait faire l'objet d'un

had jurisdiction under s. 172 to proceed with CCD's complaint, it disagreed with the Agency's findings that the obstacles in the Renaissance cars were undue, concluding that the decision was made without considering VIA's entire network, the interests of non-disabled persons, and the interests of persons with disabilities other than personal-wheelchair users. The court also disagreed with the Agency's conclusion that there was no evidence on the record to support VIA's view that its existing network was able to address obstacles in the Renaissance cars. Holding the Agency's decision to be patently unreasonable, the court set it aside and referred the matter back to the Agency for reconsideration. The court was also of the view that, having identified the modifications it thought necessary, the Agency had violated VIA's procedural fairness rights by failing to give VIA an adequate opportunity to respond to its requests for cost and feasibility information.

Held (Binnie, Deschamps, Fish and Rothstein JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the Agency's decisions restored.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Abella and Charron JJ.: The standard of review applicable to the Agency's decision as a whole is patent unreasonableness. Under s. 172 of the *CTA*, Parliament gave the Agency a specific mandate to determine how to render transportation systems more accessible to persons with disabilities. While that mandate undoubtedly has a human rights aspect, this does not take the questions of how and when the Agency exercises its human rights expertise outside the mandate conferred on it by Parliament. The Agency made a decision with many component parts, each of which fell squarely and inextricably within its expertise and mandate. The decision is therefore entitled to a single, deferential standard of review. Where an expert tribunal has charted an appropriate analytical course for itself, with reasons that serve as a rational guide, a reviewing court should not lightly interfere with the tribunal's interpretation and application of its enabling legislation. Here, the Agency interpreted its authority to proceed with CCD's complaint under s. 172(1) in a manner that is rationally supported by the relevant legislation. It also defined the analytical process to be followed in identifying undue obstacles in the federal transportation network in a way that is supported by the *CTA* and human rights jurisprudence. Viewed as a whole, the Agency's reasons show that it approached and applied

contrôle selon la norme de la décision correcte. Bien qu'elle ait estimé que l'Office avait eu raison de décider que l'art. 172 lui conférait le pouvoir d'instruire la plainte du CCD, la cour n'était pas d'accord avec les conclusions de l'Office selon lesquelles les obstacles des voitures Renaissance étaient abusifs, statuant que la décision avait été rendue sans tenir compte de l'ensemble du réseau de VIA, des intérêts des personnes n'ayant pas de déficience et des intérêts des personnes ayant une déficience autres que les utilisateurs d'un fauteuil roulant personnel. Elle n'était pas d'accord non plus avec la conclusion de l'Office selon laquelle aucun élément de preuve versé au dossier n'étayait l'opinion de VIA voulant que son réseau existant permette de contourner les obstacles des voitures Renaissance. Estimant que la décision de l'Office était manifestement déraisonnable, la cour l'a annulée et a renvoyé l'affaire à l'Office pour qu'il la réexamine. La cour était également d'avis que, après avoir décrit les modifications qu'il croyait nécessaires, l'Office avait violé le droit de VIA à l'équité procédurale en ne lui donnant pas une possibilité suffisante de répondre à ses demandes de renseignements sur les coûts et la faisabilité.

Arrêt (les juges Binnie, Deschamps, Fish et Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et les décisions de l'Office sont rétablies.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Abella et Charron : La norme de contrôle applicable à l'ensemble de la décision de l'Office est celle du caractère manifestement déraisonnable. À l'article 172 *LTC*, le législateur a donné à l'Office le mandat précis de déterminer la façon de rendre les systèmes de transport plus accessibles aux personnes ayant une déficience. Bien que ce mandat comporte indéniablement un aspect « droits de la personne », cela n'a pas pour effet d'exclure du mandat que le législateur a confié à l'Office les questions de savoir quand et comment ce tribunal administratif doit mettre à profit son expertise en matière de droits de la personne. La décision rendue par l'Office comportait plusieurs parties, chacune d'elles relevant clairement et inextricablement de son domaine d'expertise et de son mandat. Elle commande donc l'application d'une seule norme de contrôle faisant appel à la déférence. Lorsqu'un tribunal spécialisé a établi une méthode d'analyse appropriée à ses besoins et que ses motifs servent de guide rationnel, les cours de révision ne devraient pas modifier à la légère son interprétation et son application de sa loi habilitante. En l'espèce, l'Office a interprété le pouvoir d'instruire la plainte du CCD, qu'il tient du par. 172(1), d'une manière qui peut rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente. Il a aussi défini, d'une manière qui s'appuie sur la *LTC* et la jurisprudence en matière de droits de la personne,

its mandate reasonably. [88] [97] [100] [104-105] [108-109]

Under Part V of the *CTA*, the Agency must identify — and order appropriate remedies for — undue obstacles to persons with disabilities in the transportation context in a manner that is consistent with the approach to identifying and remedying discrimination in human rights law. Here, it is the design of the Renaissance cars that is said to represent an undue obstacle. Under the concept of reasonable accommodation, service providers have a duty to do whatever is reasonably possible to accommodate persons with disabilities. The discriminatory barrier must be removed unless there is a *bona fide* justification for its retention, which is proven by establishing that accommodation imposes undue hardship on the service provider. What constitutes undue hardship depends on factors relevant to the circumstances and legislation governing each case. The factors set out in s. 5 of the *CTA* are compatible with those that apply under human rights principles. They flow out of the factors inherent in a reasonable accommodation analysis, such as cost, economic viability, safety, and the quality of service to all passengers, but are assessed based on the unique realities of the federal transportation context. In this case, VIA did not meet its onus of establishing that the obstacles created by its purchase of the Renaissance cars were not "undue". The Agency's analysis or decision was not unreasonable; in particular, there was nothing inappropriate about the factors it did, and did not, rely on. [117-118] [121] [123] [133] [135] [138] [142] [144]

The Rail Code was a proper factor for the Agency to consider in its analysis. The purpose of this Code is to function as self-imposed minimum standards all rail carriers have agreed to meet. The standard of "personal wheelchair use" set out in the Code is also consistent with human rights jurisprudence. Independent access to the same comfort, dignity, safety and security as those without physical limitations is a fundamental human right for all persons who use wheelchairs. In view of the widespread domestic and international acceptance of personal wheelchair-based accessibility standards, and particularly of VIA's own Rail Code commitments, it was not unreasonable for the Agency to rely on the personal wheelchair as a guiding accessibility paradigm. VIA was not entitled to resile from this norm because

le processus analytique qui doit être suivi pour relever les obstacles abusifs dans le réseau de transport fédéral. Considérés globalement, les motifs de l'Office démontrent qu'il a interprété et exercé son mandat de manière raisonnable. [88] [97] [100] [104-105] [108-109]

Aux termes de la partie V de la *LTC*, l'Office doit relever les obstacles abusifs pour les personnes ayant une déficience — et ordonner des mesures correctives indiquées à cet égard — d'une manière compatible avec l'approche adoptée pour relever la discrimination visée par les lois sur les droits de la personne et y remédier. En l'espèce, c'est la conception des voitures Renaissance qui est qualifiée d'obstacle abusif. Selon la notion d'accommodement raisonnable, les fournisseurs de services ont l'obligation de faire tout ce qui est raisonnablement possible pour accommoder les personnes ayant une déficience. L'obstacle discriminatoire doit être éliminé, sauf s'il existe un motif justifiable de le maintenir, lequel peut être établi en prouvant que l'accommodement impose au fournisseur de services une contrainte excessive. Ce qui constitue une contrainte excessive dépend des facteurs pertinents sur le plan des circonstances et des mesures législatives qui régissent chaque cas. Les facteurs énoncés à l'art. 5 *LTC* sont compatibles avec ceux qui s'appliquent en vertu des principes en matière de droits de la personne. Ils découlent des facteurs inhérents à l'analyse de l'accommodement raisonnable, à savoir le coût, la rentabilité, la sécurité et la qualité du service offert à tous les voyageurs, mais ils sont évalués en fonction des réalités exceptionnelles du système de transport fédéral. En l'espèce, VIA ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir que les obstacles résultant de son achat des voitures Renaissance n'étaient pas « abusifs ». L'analyse ou la décision de l'Office n'était pas déraisonnable; plus particulièrement, il n'y avait rien d'inapproprié dans les facteurs sur lesquels il s'est — ou ne s'est pas — fondé. [117-118] [121] [123] [133] [135] [138] [142] [144]

Le code ferroviaire était un facteur dont l'Office pouvait tenir compte dans son analyse. Ce code sert à établir des normes minimales d'application volontaire auxquelles tous les transporteurs ferroviaires acceptent de se conformer. La norme de l'« utilisation d'un fauteuil roulant personnel » énoncée dans le code est également compatible avec la jurisprudence en matière de droits de la personne. L'accès indépendant au même confort, à la même dignité et à la même sécurité que les personnes n'ayant aucune déficience physique est un droit fondamental de la personne pour tous les utilisateurs d'un fauteuil roulant. Compte tenu de l'acceptation générale, au Canada et à l'échelle internationale, des normes d'accessibilité fondées sur l'utilisation d'un fauteuil roulant personnel et, plus particulièrement,

it found a better bargain for its able-bodied customers. Neither the Rail Code, the *CTA*, nor any human rights principle recognizes that a unique opportunity to acquire inaccessible cars at a comparatively low purchase price may be a legitimate justification for sustained inaccessibility. [146-147] [161-165]

The Agency also considered VIA's network and found that none of the evidence on the record supported VIA's position that its existing fleet, or its network generally, would address obstacles found to exist in the Renaissance cars. The fact that there are accessible trains travelling along only some routes does not justify inaccessible trains on others. It is the global network of rail services that should be accessible. The *ad hoc* provision of services does not satisfy Parliament's continuing goal of ensuring accessible rail services. To permit VIA to point to its existing cars, which were to be phased out, and special service-based accommodations as a defence would be to overlook the fact that while human rights law includes an acknowledgment that not every barrier can be eliminated, it also includes a duty to prevent new ones, or at least not knowingly to perpetuate old ones where preventable. Here, VIA did not appear, from the evidence, to have seriously investigated the possibility of reasonably accommodating the use of personal wheelchairs or, for that matter, to have given serious consideration to any other issue related to providing access for persons with disabilities. [169] [176] [186-187]

Finally, the Agency appropriately considered the cost of remedying an obstacle when determining whether it was "undue". Its reasons make clear that retrofitting some cars in the Renaissance fleet to accommodate persons using personal wheelchairs would cost nowhere near the amounts claimed by VIA. Moreover, the record belies VIA's assertions that it could not have provided cost estimates of the remedial measures prior to the Agency's final decision, since VIA provided a new cost estimate 37 days after this decision was released. Each remedial measure with any cost implications had long been identified by the Agency and VIA's views on the structural, operational and economic implications of each were repeatedly sought. However, the issue is not just cost; it is whether the cost constitutes undue hardship. In

des engagements que VIA a elle-même pris en adhérant au code ferroviaire, il n'était pas déraisonnable que l'Office retienne l'accès en fauteuil roulant personnel comme modèle d'accessibilité. VIA n'avait pas le droit de déroger à cette norme parce qu'elle avait trouvé une meilleure aubaine pour ses clients physiquement aptes. Le code ferroviaire, la *LTC* et les principes en matière de droits de la personne ne reconnaissent pas qu'une occasion unique d'acquérir des voitures inaccessibles à un prix d'achat relativement peu élevé peut être un motif légitime de maintenir l'inaccessibilité. [146-147] [161-165]

L'Office a également tenu compte du réseau de VIA et a conclu qu'aucun élément de preuve au dossier n'étayait l'opinion de VIA selon laquelle son parc ferroviaire existant ou l'ensemble de son réseau permettrait de remédier aux obstacles constatés dans les voitures Renaissance. Le fait que des trains soient accessibles sur certains parcours seulement ne justifie pas la présence de trains inaccessibles sur d'autres parcours. Il doit y avoir accessibilité dans l'ensemble du réseau ferroviaire. Offrir des services spéciaux ne cadre pas avec l'objectif permanent du législateur d'assurer des services ferroviaires accessibles. Permettre à VIA d'invoquer comme moyen de défense ses voitures existantes, qui seront retirées du service, et les services spéciaux qu'elle fournit à titre de mesures d'accommodement ne tient pas compte du fait que, tout en reconnaissant que les obstacles ne peuvent pas tous être éliminés, le droit en matière de droits de la personne interdit également d'en créer de nouveaux ou, à tout le moins, de maintenir sciemment de vieux obstacles lorsqu'ils sont évitables. D'après la preuve soumise en l'espèce, VIA ne paraît pas avoir sérieusement étudié la possibilité d'accommoder raisonnablement les utilisateurs d'un fauteuil roulant personnel, ni même avoir examiné toute autre question concernant la possibilité de donner accès aux personnes ayant une déficience. [169] [176] [186-187]

Enfin, l'Office a dûment pris en considération le coût de la mesure qui permettrait de remédier à un obstacle pour déterminer si cet obstacle était « abusif ». Ses motifs indiquent clairement que le coût du réaménagement de certaines voitures du parc Renaissance pour accommoder les personnes utilisant un fauteuil roulant personnel est loin de correspondre à celui avancé par VIA. De plus, le dossier contredit les affirmations de VIA selon lesquelles elle n'était pas en mesure de fournir une estimation du coût des mesures correctives avant la décision finale de l'Office, étant donné qu'elle a fourni une nouvelle estimation des coûts 37 jours après que cette décision eut été rendue. L'Office avait décrit depuis longtemps chacune des mesures correctives qui entraînaient des coûts et avait demandé, à

light of VIA's refusal to provide concrete evidence in support of its undue hardship argument, no reasonable basis existed for refusing to eliminate the undue obstacles created by the design of the Renaissance cars. With the information it had, the Agency determined that the cost of the remedial measures it ordered would not be prohibitive and did not justify a finding of undue hardship based on financial cost. The Agency's findings with respect to cost and undue hardship were reasonable. They should not, therefore, be disturbed. [190] [218-219] [226-229]

VIA's right to procedural fairness was not breached by the Agency. There are no grounds for a reviewing court to interfere with the Agency's decision not to wait for VIA to produce the cost estimates that VIA had repeatedly and explicitly refused to provide. Acceding to VIA's persistent requests, the Agency released its final decision. VIA had obviously made a tactical decision to deprive the Agency of information uniquely in VIA's possession that would have made the evaluation more complete. Further, the Agency's final decision did not order any remedial measures for which VIA had not previously been asked to prepare feasibility and cost estimates. Lastly, the fact that a third party commissioned by VIA to prepare a cost estimate did so in less than 40 days after the Agency's final decision belies VIA's position that it lacked the time, expertise and money to prepare cost estimates. The timing of the third-party report and its untested conclusions — conclusions fundamentally at odds with some of the Agency's binding factual findings — render it an inappropriate basis for interfering with those findings and the Agency's remedial responses. [235] [238-239] [242] [245]

Per Binnie, Deschamps, Fish and Rothstein JJ. (dissenting): When the relevant factors of the pragmatic and functional approach are properly considered, the standard of review applicable to the issues of the Agency's jurisdiction to adjudicate CCD's application and the Agency's determination of the applicable human rights law principles in the federal transportation context is correctness. These issues are pure questions of law, and the Agency is not protected by a privative clause in respect of questions of law or jurisdiction. Rather, there is a statutory appeal procedure on such questions under s. 41(1) of the *CTA*. On questions of jurisdiction and

maintes reprises, à VIA son avis quant à leurs conséquences sur les plans structural, opérationnel et économique. Toutefois, le coût n'est pas la seule question qui se pose. Il s'agit aussi de savoir si ce coût constitue une contrainte excessive. Compte tenu du refus de VIA de fournir une preuve concrète étayant son argument de la contrainte excessive, il n'y a aucun motif raisonnable de refuser d'éliminer les obstacles abusifs résultant de la conception des voitures Renaissance. À la lumière des renseignements dont il disposait, l'Office a estimé que le coût des mesures correctives qu'il ordonnait ne serait pas prohibitif et ne justifiait pas une conclusion de contrainte excessive fondée sur le coût financier. Les conclusions de l'Office relatives au coût et à la preuve en matière de contrainte excessive étaient raisonnables. Il n'y a donc pas lieu de les modifier. [190] [218-219] [226-229]

L'Office n'a pas violé le droit de VIA à l'équité procédurale. Rien ne justifie une cour de révision de modifier la décision de l'Office de ne pas attendre que VIA produise l'estimation des coûts qu'elle avait continuellement et explicitement refusé de produire. Accédant aux demandes persistantes de VIA, l'Office a rendu sa décision finale. Il est évident que VIA avait pris la décision stratégique de priver l'Office de renseignements dont elle seule disposait et qui auraient rendu l'évaluation plus complète. En outre, dans sa décision finale, l'Office n'a ordonné aucune mesure corrective au sujet de laquelle VIA n'avait pas déjà été invitée à préparer une estimation du coût et de la faisabilité. Enfin, le fait qu'une tierce partie, à qui VIA avait commandé une estimation des coûts, ait préparé cette estimation en moins de 40 jours après la décision finale de l'Office contredit l'argument de VIA selon lequel elle manquait de temps, d'expertise et d'argent pour préparer une estimation des coûts. En raison du moment où il a été déposé et de ses conclusions non vérifiées, qui étaient fondamentalement opposées à certaines conclusions de faits définitives de l'Office, le rapport de la tierce partie ne saurait justifier de modifier ces conclusions et les mesures correctives que l'Office a ordonnées. [235] [238-239] [242] [245]

Les juges Binnie, Deschamps, Fish et Rothstein (dissidents) : Lorsque les facteurs pertinents de l'analyse pragmatique et fonctionnelle sont examinés correctement, la norme de contrôle applicable aux questions touchant la compétence de l'Office pour statuer sur la demande du CCD, et à la décision de l'Office concernant les principes applicables en matière de droits de la personne dans le contexte des règles fédérales sur le transport, est celle de la décision correcte. Ces questions sont purement des questions de droit, et l'Office ne bénéficie pas de la protection d'une clause privative en ce qui concerne les questions de droit ou de

the determination of the applicable human rights law principles, the Agency does not have greater relative expertise than a court. Nor do these questions involve a balancing of interests. [281-286]

The Agency did not exceed its jurisdiction. Under s. 172(1) of the *CTA*, the Agency has jurisdiction where an application is made to it, and its inquiry is to be directed to determining whether there is an undue obstacle. There is nothing to prevent the Agency from initiating an inquiry based on an application from a public interest group as long as the alleged obstacle exists. Given that the Renaissance cars had already been acquired by VIA, the inquiry into alleged obstacles in those cars was not beyond the Agency's jurisdiction. Further, the Agency did not lose jurisdiction when its inquiry extended past the 120-day deadline provided for in s. 29(1) of the *CTA*. When applied to s. 172 proceedings, this deadline is directory, not mandatory. Lastly, while the Agency's exercise of its regulatory power is subject to more stringent oversight than the exercise of its adjudicative power, the Agency is given broad and pervasive jurisdiction under Part V of the *CTA*. It may not have been Parliament's expectation that broad inquiries would be conducted under s. 172, but the words used do not preclude such adjudications, even though they might impose a significant burden on the carrier. [315] [317] [321] [323-324]

Part V of the *CTA*, which grants the Agency jurisdiction to deal with undue obstacles to the mobility of persons with disabilities, must be reconciled with prevailing human rights principles. Applying those principles in the federal transportation context, the Agency is required, in adjudicating applications under s. 172, to conduct an undueness analysis: (1) the applicant must satisfy the Agency of the existence of a *prima facie* obstacle to the mobility of persons with disabilities; and (2) the burden then shifts to the carrier to demonstrate, on a balance of probabilities, that the obstacle is not undue because (i) it is rationally connected to a legitimate objective, (ii) the carrier has opted not to eliminate the obstacle based on an honest and good faith belief that it was necessary for the fulfilment of that legitimate objective, and (iii) not eliminating the obstacle is reasonably necessary for the accomplishment of that legitimate objective. [291] [293] [297]

compétence. La *LTC* établit plutôt, au par. 41(1), une procédure d'appel relativement à ces questions. Quant aux questions de compétence et à la détermination des principes applicables en matière de droits de la personne, l'Office ne possède pas une expertise relative supérieure à celle d'une cour de justice. Une mise en balance des divers intérêts n'est pas requise non plus pour trancher ces questions. [281-286]

L'Office n'a pas outrepassé sa compétence. Aux termes du par. 172(1) *LTC*, l'Office a compétence lorsqu'une demande lui est présentée et que son enquête vise à déterminer s'il existe un obstacle abusif. Pourvu que l'obstacle invoqué existe, rien n'empêche l'Office de tenir une enquête lorsqu'un groupe de défense de l'intérêt public lui présente une demande. Étant donné que VIA avait déjà fait l'acquisition des voitures Renaissance, l'enquête sur les prétendus obstacles que comportaient ces voitures n'excédait pas la compétence de l'Office. De plus, l'Office n'a pas perdu compétence lorsque son enquête a duré plus que les 120 jours prévus au par. 29(1) *LTC*. Ce délai est de nature directive et non impérative en ce qui concerne les procédures prévues à l'art. 172. Enfin, alors que l'exercice de son pouvoir de réglementation fait l'objet d'une supervision plus rigoureuse que l'exercice de son pouvoir juridictionnel, l'Office se voit conférer une large compétence générale à la partie V de la *LTC*. Le législateur ne s'attendait peut-être pas à ce que de vastes enquêtes soient menées en vertu de l'art. 172, mais les mots utilisés ne font pas obstacle à la prise de telles mesures juridictionnelles même si elles sont susceptibles d'imposer un fardeau considérable au transporteur visé. [315] [317] [321] [323-324]

La partie V de la *LTC*, qui habilite l'Office à remédier aux obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience, doit être conciliée avec les principes applicables en matière de droits de la personne. Si l'on applique ces principes dans le contexte des règles fédérales régissant le transport, l'Office doit, en statuant sur des demandes fondées sur l'art. 172, procéder à une analyse du caractère abusif : (1) le demandeur doit convaincre l'Office qu'il existe un obstacle *prima facie* aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience, et (2) il appartient ensuite au transporteur de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que cet obstacle n'est pas abusif du fait (i) qu'il est rationnellement lié à un objectif légitime, (ii) qu'il a choisi de ne pas l'éliminer parce qu'il croyait sincèrement qu'il était nécessaire pour réaliser cet objectif légitime, et (iii) que l'omission d'éliminer l'obstacle est raisonnablement nécessaire pour réaliser cet objectif légitime. [291] [293] [297]

In this case, the Agency erred in law with respect to the test for determining the undueness of an obstacle. Although the Agency did discuss some of the principles in the abstract, its analysis reveals that most of the applicable principles were excluded from its reasoning. The Agency did not acknowledge that it was required to identify the goals pursued by VIA in purchasing the cars; nor did it state whether it accepted VIA's argument and evidence that the acquisition of the cars was rationally connected to a legitimate purpose. VIA was attempting to operate within the subsidy allocated by the federal government for the purchase of rail cars. Efficiency and economic viability are objectives of the National Transportation Policy under s. 5 of the *CTA* and must be considered legitimate. Moreover, the acquisition of the Renaissance cars for $130 million was rationally connected to these objectives. The error at this stage was compounded at the second stage by the Agency's failure to identify VIA's motives and to assess the evidence relevant to good faith belief. At the third stage, the Agency did not consider how the obstacles might be circumvented by network alternatives that would accommodate persons with disabilities, but focussed only on the Renaissance cars themselves. The basis of the Agency's rejection of the network as a reasonable alternative was the requirement that the Renaissance cars be accessible to persons using personal wheelchairs as provided for in the Rail Code. But the Rail Code and other voluntary codes of practice cannot be elevated to the status of laws as if they were legally binding regulations. In adopting the Rail Code and personal wheelchair accessibility standards as if they were regulatory requirements, the Agency failed to consider the full range of reasonable alternatives offered through the network and thereby erred in law. Furthermore, the third stage also requires the Agency to balance the significance of the obstacles for the mobility of persons with disabilities against other factors, such as structural constraints and the total estimated cost to remedy the obstacles, having regard to the objective of economic viability. Where cost constraints are at issue in an undueness analysis, it is an error of law for the Agency not to determine a total cost estimate for the corrective measures it orders. Although the Agency provided figures and calculations in respect of certain corrective measures, it never provided its best estimate of the total cost to VIA. Without a total cost estimate, the Agency could not conduct the undueness analysis required by s. 172. The Agency was also dismissive in its consideration of VIA's ability to fund the corrective measures, treating VIA's resources as virtually unlimited. The Agency's reasons do not demonstrate the attention that is required in a case where the cost of the measures is potentially very substantial. It is up to the Agency, on

Dans la présente affaire, l'Office a commis une erreur de droit en ce qui concerne le critère applicable pour déterminer le caractère abusif d'un obstacle. Bien que l'Office ait effectivement traité de certains principes dans l'abstrait, son analyse révèle que la plupart des principes applicables ont été exclus de son raisonnement. L'Office n'a pas reconnu qu'il était tenu d'identifier les objectifs que VIA visait en achetant les voitures, et il n'a pas non plus précisé s'il retenait l'argumentation et la preuve de VIA selon lesquelles l'achat des voitures était rationnellement lié à un objectif légitime. VIA s'efforçait de ne pas dépasser la subvention que le gouvernement fédéral lui avait accordée pour l'achat de voitures de chemin de fer. L'efficacité et la rentabilité sont des objectifs de la politique nationale des transports, qui est énoncée à l'art. 5 *LTC*, et ces objectifs doivent être considérés comme légitimes. De plus, l'acquisition des voitures Renaissance pour la somme de 130 millions de dollars avait un lien rationnel avec ces objectifs. L'erreur commise à cette étape s'est aggravée à la deuxième étape en raison de l'omission de l'Office de dégager les raisons de la conduite de VIA et d'apprécier la preuve relative à la croyance sincère. À la troisième étape, l'Office ne s'est pas demandé comment le réseau pourrait permettre de contourner les obstacles en offrant d'autres solutions susceptibles d'accommoder les personnes ayant une déficience, mais ne s'est intéressé qu'aux voitures Renaissance elles-mêmes. L'Office a écarté le réseau, comme solution de rechange raisonnable, en se fondant sur l'exigence du code ferroviaire selon laquelle les voitures Renaissance doivent être accessibles aux personnes qui utilisent un fauteuil roulant personnel. Cependant, le code ferroviaire et les autres codes de pratiques d'application volontaire ne sauraient se voir reconnaître le statut de texte de loi comme s'ils étaient des règlements ayant force exécutoire. En appliquant le code ferroviaire et la norme d'accessibilité du fauteuil roulant personnel comme s'il s'agissait d'exigences réglementaires, l'Office n'a pas pris en considération toute la gamme de solutions de rechange raisonnables que le réseau offrait et il a, de ce fait, commis une erreur de droit. L'Office doit en outre, à la troisième étape, évaluer l'incidence des obstacles sur les possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience par rapport à d'autres facteurs — par exemple les contraintes structurales et le coût total estimatif de l'élimination de ces obstacles — en tenant compte de l'objectif de rentabilité. Lorsque des contraintes de coût sont en cause dans une analyse du caractère abusif, l'Office commet une erreur de droit s'il n'effectue pas une estimation du coût total des mesures correctives qu'il ordonne. Bien qu'il ait présenté des chiffres et des calculs concernant certaines mesures correctives, l'Office n'a jamais fourni sa meilleure estimation de leur coût total pour VIA. Sans une estimation du coût total, l'Office ne pouvait pas effectuer

the basis of new evidence, to determine the cost of the corrective measures and VIA's ability to fund them, and to carry out the balancing exercise required of it at the third stage of the undueness analysis. [327-328] [337] [340-344] [346] [351-352] [354-356] [359] [366]

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; **approved:** *Canadian National Railway Co. v. Ferroequus Railway Co.*, [2002] F.C.J. No. 762 (QL), 2002 FCA 193; **referred to:** *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, [2003] 4 F.C. 558, 2003 FCA 271; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, [2006] 1 S.C.R. 513, 2006 SCC 14; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R.

l'analyse du caractère abusif requise par l'art. 172. L'Office s'est également peu soucié de la capacité de VIA de financer les mesures correctives, considérant que VIA disposait de ressources pratiquement illimitées. Les motifs de l'Office démontrent qu'il n'a pas prêté toute l'attention requise dans un cas où le coût des mesures risque d'être très élevé. Il appartient à l'Office de déterminer, à la lumière des nouveaux éléments de preuve, combien coûteront les mesures correctives et si VIA sera capable de les financer, et d'effectuer la mise en balance des intérêts en jeu à laquelle il est tenu à la troisième étape de l'analyse du caractère abusif. [327-328] [337] [340-344] [346] [351-352] [354-356] [359] [366]

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; **arrêt approuvé :** *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Ferroequus Railway Co.*, [2002] A.C.F. nº 762 (QL), 2002 CAF 193; **arrêts mentionnés :** *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office des Transports)*, [2003] 4 C.F. 558, 2003 CAF 271; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human*

536; *Howard v. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353; *Brock v. Tarrant Film Factory Ltd.* (2000), 37 C.H.R.R. D/305; *Quesnel v. London Educational Health Centre* (1995), 28 C.H.R.R. D/474; *Maine Human Rights Commission v. City of South Portland*, 508 A.2d 948 (1986); *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; *Application by Yvonne Gaudet, on behalf of Marcella Arsenault*, CTA Decision No. 641-AT-R-1998, December 29, 1998; *Hutchinson v. British Columbia (Ministry of Health) (No. 4)* (2004), 49 C.H.R.R. D/348, 2004 BCHRT 58; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Gateway Packers 1968 Ltd. v. Burlington Northern (Manitoba) Ltd.*, [1971] F.C. 359; *Allied Auto Parts Ltd. v. Canadian Transport Commission*, [1983] 2 F.C. 248.

By Deschamps and Rothstein JJ. (dissenting)

Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc., [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, 2006 SCC 22; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Canadian National Railway Co. v. Ferroequus Railway Co.*, [2002] F.C.J. No. 762 (QL), 2002 FCA 193; *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104.

Statutes and Regulations Cited

Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. § 12162 (2000).

Rights Commission), [1990] 2 R.C.S. 489; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Howard c. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353; *Brock c. Tarrant Film Factory Ltd.* (2000), 37 C.H.R.R. D/305; *Quesnel c. London Educational Health Centre* (1995), 28 C.H.R.R. D/474; *Maine Human Rights Commission c. City of South Portland*, 508 A.2d 948 (1986); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25; *Demande présentée par Yvonne Gaudet, au nom de Marcella Arsenault*, décision OTC nº 641-AT-R-1998, 29 décembre 1998; *Hutchinson c. British Columbia (Ministry of Health) (No. 4)* (2004), 49 C.H.R.R. D/348, 2004 BCHRT 58; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Gateway Packers 1968 Ltd. c. Burlington Northern (Manitoba) Ltd.*, [1971] C.F 359; *Allied Auto Parts Ltd. c. Commission canadienne des transports*, [1983] 2 C.F. 248.

Citée par les juges Deschamps et Rothstein (dissidents)

Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc., [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Ferroequus Railway Co.*, [2002] A.C.F. nº 762 (QL), 2002 CAF 193; *Ainsley Financial Corp. c. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104.

Lois et règlements cités

Americans with Disabilities Act, 42 U.S.C. § 12162 (2000).

Americans with Disabilities Act Accessibility Guidelines for Transportation Vehicles, 36 CFR Part 1192 (1999).

Americans With Disabilities Act (ADA) Accessibility Guidelines for Transportation Vehicles; Final Guidelines, 56 Fed. Reg. 45530 (September 6, 1991).

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 17, 20, 25, 25.1, 27(1), 28(2), 29, 31, 32, 33(1), 36, 40, 41(1), 170(1), 171, 172.

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 5(*a*), 15.

Disability Discrimination Act 1995 (U.K.), 1995, c. 50, s. 46.

Disability Standards for Accessible Public Transport 2002 (Austl.).

Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11.

National Transportation Act, 1987, R.S.C. 1985, c. 28 (3rd Supp.).

National Transportation Agency General Rules, SOR/88-23, s. 8.

Rail Vehicle Accessibility Regulations 1998, S.I. 1998/2456.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, r. 29(3).

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005).

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 17, 1987, p. 7273.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XIII, 2nd Sess., 33rd Parl., June 17, 1988, p. 16573.

Canada. House of Commons. Report of the Standing Committee on Transport. *The Renaissance of Passenger Rail in Canada*, June 1998.

Canada. Transport Canada. *Passenger Car Safety Rules*, November 8, 2001 (online: http://www.tc.gc.ca/railway/rules/TC_0-26.htm).

Canadian Standards Association. *Barrier-Free Design Standard*, CAN/CSA-B651-95.

Jones, David P., and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 4th ed. Toronto: Thomson Canada Ltd., 2004.

Lepofsky, M. David. "Federal Court of Appeal De-Rails Equality Rights for Persons With Disabilities — *Via Rail v. Canadian Transportation Agency* and the Important Duty Not to Create New Barriers to Accessibility" (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 169.

Americans with Disabilities Act Accessibility Guidelines for Transportation Vehicles, 36 CFR Part 1192 (1999).

Americans With Disabilities Act (ADA) Accessibility Guidelines for Transportation Vehicles; Final Guidelines, 56 Fed. Reg. 45530 (September 6, 1991).

Charte canadienne des droits et libertés.

Disability Discrimination Act 1995 (R.-U.), 1995, ch. 50, art. 46.

Disability Standards for Accessible Public Transport 2002 (Austl.).

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 5*a*), 15.

Loi de 1987 sur les transports nationaux, L.R.C. 1985, ch. 28 (3^{e} suppl.).

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, ch. F-11.

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 17, 20, 25, 25.1, 27(1), 28(2), 29, 31, 32, 33(1), 36, 40, 41(1), 170(1), 171, 172.

Rail Vehicle Accessibility Regulations 1998, S.I. 1998/2456.

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 29(3).

Règles générales de l'Office national des transports, DORS/88-23, art. 8.

Doctrine citée

Association canadienne de normalisation. *Accessibilité des bâtiments et autres installations : règles de conception*, CAN/CSA-B651-F95.

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2005).

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^{e} sess., 33^{e} lég., 17 juin 1987, p. 7272-7273.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 2^{e} sess., 33^{e} lég., 17 juin 1988, p. 16573.

Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité permanent des transports. *La Renaissance des services ferroviaires voyageurs au Canada*, juin 1998.

Canada. Transport Canada. *Règlement de sécurité relatif aux voitures voyageurs*, 8 novembre 2001 (en ligne : http://www.tc.gc.ca/railway/regles/TC_0-26.htm).

Jones, David P., and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 4th ed. Toronto : Thomson Canada Ltd., 2004.

Lepofsky, M. David. « Federal Court of Appeal De-Rails Equality Rights for Persons With Disabilities — *Via Rail v. Canadian Transportation Agency* and the Important Duty Not to Create New Barriers to Accessibility » (2005-2006), 18 *R.N.D.C.* 169.

Lepofsky, M. David. "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1.
McKenna, Ian B. "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153.
Mullan, David. "Tribunals and Courts — The Contemporary Terrain: Lessons from Human Rights Regimes" (1999), 24 *Queen's L.J.* 643.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Décary, Sexton and Evans JJ.A.), [2005] 4 F.C.R. 473, 251 D.L.R. (4th) 418, 330 N.R. 337, [2005] F.C.J. No. 376 (QL), 2005 FCA 79, setting aside decisions of the Canadian Transportation Agency. Appeal allowed, Binnie, Deschamps, Fish and Rothstein JJ. dissenting.

David Baker and *Sarah Godwin*, for the appellant.

John A. Campion, *Robin P. Roddey*, *Annie M. K. Finn* and *Carole Mackaay*, for the respondent.

Inge Green and *Elizabeth Barker*, for the intervener the Canadian Transportation Agency.

Leslie A. Reaume and *Philippe Dufresne*, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Written submissions only by *Hart Schwartz*, *Eric del Junco* and *Sylvia Davis*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Written submissions only by *Béatrice Vizkelety* and *Stéphanie Fournier*, for the intervener Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Written submissions only by *Sarah Lugtig*, for the interveners the Manitoba Human Rights Commission and the Saskatchewan Human Rights Commission.

Written submissions only by *Debra M. McAllister* and *Lana Kerzner*, for the interveners Transportation Action Now, the Alliance

Lepofsky, M. David. « The Duty to Accommodate : A Purposive Approach » (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1.
McKenna, Ian B. « Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada : Can the Impasse Be Resolved? » (1997-1998), 29 *R.D. Ottawa* 153.
Mullan, David. « Tribunals and Courts — The Contemporary Terrain : Lessons from Human Rights Regimes » (1999), 24 *Queen's L.J.* 643.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Décary, Sexton et Evans), [2005] 4 R.C.F. 473, 251 D.L.R. (4th) 418, 330 N.R. 337, [2005] A.C.F. nº 376 (QL), 2005 CAF 79, qui a annulé des décisions de l'Office des transports du Canada. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, Deschamps, Fish et Rothstein sont dissidents.

David Baker et *Sarah Godwin*, pour l'appelant.

John A. Campion, *Robin P. Roddey*, *Annie M. K. Finn* et *Carole Mackaay*, pour l'intimée.

Inge Green et *Elizabeth Barker*, pour l'intervenant l'Office des transports du Canada.

Leslie A. Reaume et *Philippe Dufresne*, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Argumentation écrite seulement par *Hart Schwartz*, *Eric del Junco* et *Sylvia Davis*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Argumentation écrite seulement par *Béatrice Vizkelety* et *Stéphanie Fournier*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Argumentation écrite seulement par *Sarah Lugtig*, pour les intervenantes la Commission des droits de la personne du Manitoba et la Saskatchewan Human Rights Commission.

Argumentation écrite seulement par *Debra M. McAllister* et *Lana Kerzner*, pour les intervenantes Transportation Action Now, l'Alliance pour

for Equality of Blind Canadians, the Canadian Association for Community Living and the Canadian Hard of Hearing Association.

Written submissions only by *David Shannon* and *Paul-Claude Bérubé*, for the intervener the Canadian Association of Independent Living Centres.

Written submissions only by *Melina Buckley* and *Fiona Sampson*, for the intervener the DisAbled Women's Network Canada.

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

ABELLA J. — This appeal raises questions about the degree to which persons who use wheelchairs can be self-reliant when using the national rail network.

Under the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, it is declared to be "National Transportation Policy" that Canada's transportation services be accessible to persons with disabilities. Responsibility for determining whether there is an "undue obstacle" to the mobility of persons with disabilities is assigned by the Act to the Canadian Transportation Agency. Where such obstacles are found to exist, the Agency is also responsible for determining what corrective measures are appropriate in accordance with the Act and human rights principles.

In 1998, VIA Rail Canada Inc. took part in the negotiation and drafting of a voluntary Rail Code. The Code stipulated that for new or substantially refurbished rail cars, at least one car on each train should be accessible to persons using their own wheelchairs.

To replace its existing fleet, in late 2000 VIA purchased 139 rail cars and car parts no longer

l'égalité des personnes aveugles du Canada, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et l'Association des malentendants canadiens.

Argumentation écrite seulement par *David Shannon* et *Paul-Claude Bérubé*, pour l'intervenante l'Association canadienne des centres de vie autonome.

Argumentation écrite seulement par *Melina Buckley* et *Fiona Sampson*, pour l'intervenant le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

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

LA JUGE ABELLA — Le présent pourvoi soulève des questions au sujet de la mesure dans laquelle les personnes en fauteuil roulant peuvent être autonomes lorsqu'elles utilisent le réseau ferroviaire national. 1

La politique nationale des transports énoncée dans la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, veut que les services de transport au Canada soient accessibles aux personnes ayant une déficience. La Loi confie à l'Office des transports du Canada (« Office ») la responsabilité de déterminer s'il existe un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Dans le cas où il conclut à l'existence d'un tel obstacle, l'Office est également chargé de déterminer quelles mesures correctives sont indiquées, conformément à la Loi et aux principes applicables en matière de droits de la personne. 2

En 1998, VIA Rail Canada Inc. a participé à la négociation et à la rédaction d'un code ferroviaire d'application volontaire. Ce document prévoyait que, dans le cas des nouvelles voitures ou de celles ayant subi un réaménagement majeur, au moins une voiture par train devrait être accessible aux personnes qui utilisent leur propre fauteuil roulant. 3

Pour remplacer son parc existant, VIA a acheté, à la fin de l'année 2000, 139 voitures de chemin de 4

required for overnight train service through the Channel Tunnel. These rail cars, known then as the "Nightstock" fleet, were renamed the "Renaissance cars" by VIA. None of the cars was accessible to persons with disabilities using personal wheelchairs.

5 In the course of the proceedings before the Agency lasting almost three years, and contrary to the Agency's directions, VIA unilaterally made modifications to the new cars without the prior approval of the Agency. VIA was also repeatedly asked to provide cost estimates so that the Agency could assess whether the remedial measures it was considering were reasonable. VIA consistently took the position that it had neither the time nor the money to prepare extensive cost estimates, several times asking the Agency to make its decision without these estimates.

6 The Agency, persuaded by VIA to issue its final decision without further cost estimates, ordered changes to 30 of the 139 newly purchased cars so that one car per train would be accessible to persons with disabilities using their own wheelchairs.

7 Thirty-seven days after the Agency issued its final decision, VIA presented newly prepared cost estimates to the Federal Court of Appeal as part of its leave application. Because VIA chose not to provide this information to the Agency during the proceedings, these estimates were not assessed or verified.

8 The Agency, an expert and specialized body, carefully considered the evidence and the law before imposing a remedy that was consistent both with the Rail Code and internationally accepted standards. In determining whether the design of the Renaissance cars represented undue obstacles for persons with disabilities, the Agency took into account factors usually associated with an "undue hardship" analysis, such as cost, economic

fer et des pièces de voiture qui n'étaient plus requises pour assurer le service de nuit empruntant le tunnel sous la Manche. Ces voitures, alors connues sous le nom de parc « Nightstock », ont été rebaptisées « voitures Renaissance » par VIA. Aucune de ces voitures n'était accessible aux personnes utilisant un fauteuil roulant personnel.

Au cours des procédures devant l'Office qui ont duré presque trois ans, et contrairement aux directives de l'Office, VIA a modifié unilatéralement les nouvelles voitures sans avoir préalablement obtenu l'approbation de ce dernier. L'Office a également demandé, à maintes reprises, à VIA de lui fournir une estimation des coûts qui lui permettrait de décider si les mesures correctives qu'il envisageait étaient raisonnables. VIA a constamment fait valoir qu'elle n'avait ni le temps ni l'argent requis pour préparer une estimation détaillée des coûts, et a demandé plusieurs fois à l'Office de rendre sa décision sans cette estimation.

L'Office, que VIA a réussi à convaincre de rendre sa décision finale sans disposer d'une autre estimation des coûts, a ordonné que des modifications soient apportées à 30 des 139 voitures nouvellement acquises afin qu'une voiture par train soit accessible aux personnes ayant une déficience qui utilisent leur propre fauteuil roulant.

Trente-sept jours après que l'Office eut rendu sa décision finale, VIA a présenté une nouvelle estimation des coûts à la Cour d'appel fédérale dans le cadre de sa demande d'autorisation. Étant donné que VIA a choisi de ne pas fournir ces renseignements à l'Office au cours des procédures, l'estimation n'a fait l'objet d'aucune évaluation ou vérification.

L'Office, un organisme spécialisé, a examiné attentivement la preuve et le droit applicable avant d'imposer une mesure corrective conforme à la fois au code ferroviaire et aux normes acceptées à l'échelle internationale. Pour déterminer si la conception des voitures Renaissance représentait un obstacle abusif pour les personnes ayant une déficience, l'Office a pris en considération des facteurs habituellement associés à l'analyse de la

viability and safety. In so doing, the Agency was properly merging human rights principles with its unique statutory mandate. I would not interfere with its decision.

I. Background

VIA finalized the purchase of the Renaissance fleet on December 1, 2000 and accepted delivery in 2001. At the time VIA acquired the rights to them, the cars were in various stages of assembly: 64 cars were fully assembled, construction had started on another 24, and the remaining 51 were unassembled. VIA saw the Renaissance fleet as a unique opportunity to substantially increase the size of its fleet at a comparatively moderate cost. It paid $29.8 million to purchase the Renaissance equipment, initially expecting that it would cost an additional $100 million to prepare the equipment for service, making a total estimated cost of $129.8 million. At the time of the purchase, VIA's capital expenditure budget was $401.9 million.

VIA's anticipated costs included the cost of transporting the cars and parts to Canada, weatherproofing the cars, modifying brake and electrical systems, removing redundant component parts, and renovating interiors. The interior changes included expanding lounge facilities for passengers by removing interior offices, adding vending machines, decommissioning one washroom in the coach cars to create additional baggage storage space, installing computer receptacles and a coat valet in the first class ("VIA 1") cars, adding refrigeration equipment to the service cars to provide the current level of VIA 1 service, and removing one seat in each coach car to install a coat valet. The total cost of the Renaissance cars grew to $139 million.

« contrainte excessive », tels le coût, la rentabilité et la sécurité. Ce faisant, l'Office a fusionné à juste titre les principes applicables en matière de droits de la personne avec le mandat unique que lui confie la Loi. Je suis d'avis de ne pas modifier la décision de l'Office.

I. Les faits

9 VIA a complété l'achat du parc Renaissance le 1er décembre 2000 et en a accepté la livraison en 2001. Les voitures en étaient à divers stades d'assemblage au moment où VIA a acquis les droits à leur égard : 64 voitures étaient entièrement assemblées, 24 autres voitures étaient en construction et les 51 autres n'étaient pas assemblées. VIA voyait dans le parc de voitures Renaissance une occasion unique d'accroître substantiellement la taille de son parc à un coût relativement modique. Elle a payé la somme de 29,8 millions de dollars pour acheter le matériel Renaissance et, comme elle s'attendait au départ à ce que la préparation de ce matériel en vue de sa mise en service coûte 100 millions de dollars de plus, le coût total estimatif des voitures s'élevait à 129,8 millions de dollars. Au moment de l'achat, le budget d'immobilisations de VIA était de 401,9 millions de dollars.

10 Les frais prévus par VIA comprenaient les coûts liés au transport des voitures et des pièces vers le Canada, aux opérations destinées à rendre les voitures à l'épreuve des intempéries, à la modification des systèmes électriques et des systèmes de freinage, au retrait des pièces excédentaires et aux travaux de rénovation intérieure. Les travaux de rénovation intérieure consistaient notamment à agrandir le salon des voyageurs en supprimant des bureaux, à ajouter des distributeurs automatiques, à mettre hors service l'une des toilettes des voitures-coach en vue d'accroître l'espace de rangement des bagages, à installer des prises d'ordinateur et un vestiaire dans les voitures de première classe (« VIA 1 »), à ajouter des appareils frigorifiques dans les voitures de service dans le but d'offrir le service actuel de classe VIA 1, et à retirer un siège dans chacune des voitures-coach afin d'aménager un vestiaire. Le coût total des voitures Renaissance a atteint 139 millions de dollars.

11 There was no "plan document" to enhance accessibility when the cars were purchased. VIA's position was that the cars were sufficiently accessible. Instead of renovations that would enable passengers with personal wheelchairs to independently meet their own needs, VIA proposed that its employees would transfer passengers into on-board wheelchairs, deliver their meals, assist them with the use of washroom facilities, and provide other necessary services. VIA argued that its budget for the acquisition of the Renaissance cars did not provide "for any major redesign or reconstruction" to make the cars more accessible because any such substantial changes would have "diminished or negated the value of the opportunity".

Il n'y avait aucun « plan » d'amélioration de l'accessibilité au moment de l'achat des voitures. VIA prétendait que les voitures étaient suffisamment accessibles. Au lieu de procéder à des rénovations qui permettraient aux voyageurs utilisant leur fauteuil roulant personnel de subvenir eux-mêmes à leurs besoins, elle a proposé que ses employés les transfèrent dans des fauteuils roulants de bord, leur servent leurs repas, les aident à utiliser les toilettes et leur fournissent d'autres services nécessaires. VIA a soutenu que son budget d'acquisition des voitures Renaissance ne comportait aucun poste prévoyant la réalisation de [TRADUCTION] « travaux de réaménagement ou de reconstruction majeurs » destinés à rendre les voitures plus accessibles, parce que des modifications de cette ampleur auraient « diminué ou annihilé la valeur de l'occasion qui se présentait ».

12 On November 16, 2000, government officials and members of groups representing persons with disabilities were permitted to inspect demonstration models of the Renaissance cars.

Le 16 novembre 2000, on a permis à des représentants du gouvernement et à des membres de groupes de défense des personnes ayant une déficience d'inspecter des modèles de voitures Renaissance en démonstration.

13 On December 4, 2000, the Council of Canadians with Disabilities ("CCD") applied to the Agency under s. 172 of the *Canada Transportation Act* complaining about the lack of accessibility of the Renaissance cars. The relevant portions provide:

Le 4 décembre 2000, le Conseil des Canadiens avec déficiences (« CCD ») s'est fondé sur l'art. 172 de la *Loi sur les transports au Canada* pour présenter à l'Office une demande dans laquelle il se plaignait du manque d'accessibilité des voitures Renaissance. Les dispositions pertinentes de cet article sont rédigées ainsi :

172. (1) The Agency may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1), regardless of whether such a regulation has been made, in order to determine whether there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

172. (1) Même en l'absence de disposition réglementaire applicable, l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1) pour déterminer s'il existe un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

. . .

. . .

(3) On determining that there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities, the Agency may require the taking of appropriate corrective measures or direct that compensation be paid for any expense incurred by a person with a disability arising out of the undue obstacle, or both.

(3) En cas de décision positive, l'Office peut exiger la prise de mesures correctives indiquées ou le versement d'une indemnité destinée à couvrir les frais supportés par une personne ayant une déficience en raison de l'obstacle en cause, ou les deux.

14 The Agency's mandate to address undue obstacles to the mobility of persons with disabilities

L'Office tient de l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada* le mandat de remédier aux

originates in s. 5 of the *Canada Transportation Act*, which states that this mandate is an essential element of transportation services:

NATIONAL TRANSPORTATION POLICY

5. [Declaration] It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and that makes the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities, and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are more likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy, to the advantages of harmonized federal and provincial regulatory approaches and to legal and constitutional requirements,

. . .

(*g*) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute

. . .

(ii) an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities,

. . .

Under Part V of the *Canada Transportation Act*, entitled "Transportation of Persons With Disabilities", the Agency is granted two remedial approaches to the removal of "undue obstacles" from the federal transportation network — regulation-making powers under s. 170(1) and complaint adjudication powers under s. 172(1).

Section 170(1) empowers the Agency to "make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network", including regulations respecting "the design, construction or

obstacles abusifs à la circulation ou aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience, lequel article précise que ce mandat est un élément essentiel des services de transport :

POLITIQUE NATIONALE DES TRANSPORTS

5. [Déclaration] Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs — y compris des personnes ayant une déficience — en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, et, d'autre part, que ces objectifs sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l'intérieur des divers modes de transport ou entre eux, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale, des avantages liés à l'harmonisation de la réglementation fédérale et provinciale et du contexte juridique et constitutionnel :

. . .

g) les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas :

. . .

(ii) un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience,

. . .

Aux termes de la partie V de la *Loi sur les transports au Canada*, intitulée « Transport des personnes ayant une déficience », l'Office dispose de deux moyens d'éliminer les « obstacles abusifs » dans le réseau de transport fédéral : le pouvoir de réglementation conféré par le par. 170(1) et le pouvoir de statuer sur les plaintes prévu au par. 172(1). 15

Le paragraphe 170(1) habilite l'Office à « prendre des règlements afin d'éliminer tous obstacles abusifs, dans le réseau de transport », y compris des règlements régissant « la conception et 16

modification of . . . means of transportation and related facilities and premises" and the "conditions of carriage applicable in respect of the transportation of persons with disabilities". Under s. 172(1), the Agency

> may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1), regardless of whether such a regulation has been made, in order to determine whether there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

17 Where the Agency determines that an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities exists, the Agency may, pursuant to s. 172(3), require the taking of appropriate corrective measures. Both the Agency's regulation-making power and its authority to order remedial measures are subject to review by the federal Cabinet: ss. 36 and 40.

18 CCD alleged that 46 features of the Renaissance cars constituted "undue obstacles" to the mobility of persons with disabilities: the sleeper cars were not accessible to passengers in wheelchairs; passengers in wheelchairs could not ride in the economy coach cars; wheelchair users were segregated in sleeper units adjacent to immigration/prisoner control offices in the service cars, necessitating the use of narrow on-board wheelchairs; no washroom facilities in any type of car were accessible to passenger-owned wheelchairs; and the Renaissance cars offered inadequate accommodation for persons with visual disabilities and those accompanied by assisting animals.

19 Under the mistaken impression that the cars had not yet been purchased, CCD also requested an interim order under ss. 27(1) and 28(2) of the *Canada Transportation Act* directing VIA not to take any further steps to secure the purchase of the Renaissance cars. After learning that the cars had already been purchased, CCD sought to prevent VIA from entering into contracts for, or

la construction des moyens de transport ainsi que des installations et locaux connexes » et les « conditions de transport applicables au transport [des] personnes ayant une déficience ». Selon le par. 172(1),

> [m]ême en l'absence de disposition réglementaire applicable, l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1) pour déterminer s'il existe un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

Lorsqu'il conclut à l'existence d'un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience, l'Office peut, conformément au par. 172(3), exiger la prise de mesures correctives indiquées. Le pouvoir de réglementation conféré à l'Office et celui d'ordonner la prise de mesures correctives sont soumis au contrôle du Cabinet fédéral : art. 36 et 40.

Le CCD a allégué que 46 caractéristiques des voitures Renaissance constituaient des « obstacles abusifs » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience : les voitures-lits n'étaient pas accessibles aux voyageurs en fauteuil roulant; les personnes en fauteuil roulant ne pouvaient pas voyager à bord des voitures-coach de la classe économique; les personnes en fauteuil roulant n'avaient accès qu'à des compartiments-lits adjacents aux centres de surveillance de prisonniers ou d'immigrants en détention situés dans les voitures de service, d'où la nécessité d'utiliser des fauteuils roulants de bord étroits; les toilettes aménagées dans tous les types de voitures n'étaient pas accessibles aux fauteuils roulants personnels et les voitures Renaissance ne permettaient pas d'accommoder adéquatement les personnes ayant une déficience visuelle et celles accompagnées d'un animal aidant.

Croyant à tort que les voitures Renaissance n'avaient pas encore été achetées, le CCD a également demandé à l'Office de prendre, en vertu des par. 27(1) et 28(2) de la *Loi sur les transports au Canada*, un arrêté provisoire enjoignant à VIA de cesser toute démarche en vue de les acquérir. Après avoir appris que ces voitures avaient déjà été achetées, le CCD a cherché à empêcher VIA de conclure

undertaking further construction of the Renaissance fleet pending the Agency's final decision on its application.

CCD relied, in part, on VIA's alleged non compliance with the 1998 *Code of Practice — Passenger Rail Car Accessibility and Terms and Conditions of Carriage by Rail of Persons with Disabilities* ("Rail Code"), a voluntary code negotiated with and agreed to by VIA, setting minimum standards applicable to its transportation network. Under the Rail Code, lower standards are applied to existing equipment in recognition of the fact that it may be difficult or impossible for this older equipment to be made to comply with modern accessibility standards. Higher standards are applied to new rail cars or cars undergoing a major refurbishment. The most significant of these standards was that passengers with disabilities be able to use their personal wheelchairs on the train.

VIA's position before the Agency was that the Renaissance fleet, including the 75 cars that had yet to be fully assembled, were existing equipment, not new or undergoing major refurbishment. It argued that, based on the Rail Code standards that were applicable to *existing* cars, the new Renaissance cars were sufficiently accessible to persons with disabilities. Accordingly, VIA argued it was not required to retrofit them to improve their accessibility in accordance with the requirements for new cars or cars undergoing a major refurbishment.

VIA asserted, in fact, that the Renaissance cars provided greater travel options and choice for passengers with disabilities by virtue of the fact that they were *differently* accessible than its existing fleet, and that "persons with disabilities who do not wish to use the Renaissance trains can continue to use [the] existing fleet for their travel purposes" (CTA Decision No. 175-AT-R-2003, at p. 51).

des contrats ou d'entreprendre d'autres travaux de construction relatifs au parc Renaissance jusqu'à ce que l'Office se prononce définitivement sur sa demande.

20 Le CCD a notamment fait valoir que VIA ne respectait pas le *Code de pratiques* de 1998, intitulé *Accessibilité des voitures de chemin de fer et conditions de transport ferroviaire des personnes ayant une déficience* (« code ferroviaire ») — un code d'application volontaire qui a été négocié et accepté par VIA et qui établit les normes minimales applicables à son réseau de transport. Aux termes du code ferroviaire, le matériel existant est assujetti à des normes moins rigoureuses afin de tenir compte du fait qu'il peut se révéler difficile, voire impossible, de rendre ce matériel plus vieux conforme aux normes d'accessibilité modernes. Des normes plus strictes s'appliquent aux nouvelles voitures ou à celles qui subissent un réaménagement majeur, la plus importante voulant que les voyageurs ayant une déficience puissent utiliser leur fauteuil roulant personnel à bord du train.

21 VIA a maintenu devant l'Office que le parc Renaissance, y compris les 75 voitures qui n'étaient pas encore entièrement assemblées, constituait du matériel existant et non du matériel nouveau ou subissant un réaménagement majeur. Elle a fait valoir que, selon les normes du code ferroviaire applicables aux voitures *existantes*, les nouvelles voitures Renaissance étaient suffisamment accessibles aux personnes ayant une déficience. Elle a donc prétendu qu'elle n'était pas tenue de les réaménager afin d'en améliorer l'accessibilité conformément aux exigences applicables aux nouvelles voitures ou à celles subissant un réaménagement majeur.

22 VIA a affirmé, en réalité, que les voitures Renaissance contribuaient à offrir aux passagers ayant une déficience plus d'options et de choix de voyage du fait qu'elles présentaient une accessibilité *différente* de celle de son parc existant et que les « personnes ayant une déficience qui ne [voulaient] pas utiliser les trains Renaissance [pouvaient] continuer à utiliser le parc ferroviaire existant [. . .] pour répondre à leurs besoins de voyage » (décision OTC nº 175-AT-R-2003, p. 56).

23 VIA intended, however, to replace the existing fleet with Renaissance cars on some of its routes starting in 2003.

24 The existing fleet provided one personal wheelchair accessible car per train. VIA used its VIA 1 cars for this purpose, which had been retrofitted to accommodate passenger-owned wheelchairs. A dedicated "tie-down" space had been created.

25 The size of this space was what CCD sought to have made available in the Renaissance cars because it adequately met the needs of persons with disabilities. And the washrooms on the VIA 1 cars in the existing fleet, though significantly smaller in square footage than those in the Renaissance service cars, had nonetheless been retrofitted to be accessible for personal wheelchair use. Disabled passengers travelling with assisting animals were also accommodated on the existing fleet.

II. The Agency Proceedings

A. *The Agency's Inquiry*

26 On January 24, 2001, the Agency declined CCD's application for an interim order which would affect VIA's agreement to purchase the Renaissance cars. However, it sought a commitment from VIA that it would not enter into any contracts to construct, manufacture or retrofit the Renaissance cars prior to the Agency's final decision, and requested full particulars from VIA respecting its purchase agreement and any additional contracts it entered into with respect to the cars.

27 In January 2001, VIA filed an incomplete copy of the purchase agreement, with the financial data redacted, and requested that it be kept confidential. It advised the Agency that it had not yet entered into any contracts for the construction, manufacture or retrofitting of the Renaissance cars and repeatedly maintained that no retrofitting plans would exist until at least late August 2001. VIA expected a first phase, consisting of 24 Renaissance cars

VIA entendait toutefois remplacer son parc existant par des voitures Renaissance sur certains de ses parcours, et ce, à compter de 2003.

Dans le parc existant, une voiture par train était accessible aux fauteuils roulants personnels. À cette fin, VIA utilisait ses voitures VIA 1 qu'elle avait réaménagées afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels. Une zone de « dispositif de retenue » avait été aménagée.

Le CCD voulait qu'une zone de même dimension soit disponible dans les voitures Renaissance, parce qu'elle répondait adéquatement aux besoins des personnes ayant une déficience. De plus, bien que leur superficie soit beaucoup plus modeste que celle des toilettes des voitures de service Renaissance, les toilettes des voitures VIA 1 du parc existant avaient néanmoins été réaménagées de manière à être accessibles aux fauteuils roulants personnels. Le parc existant accommodait également les personnes ayant une déficience qui voyageaient avec un animal aidant.

II. Les procédures devant l'Office

A. *Enquête de l'Office*

Le 24 janvier 2001, l'Office a rejeté la demande du CCD visant à obtenir un arrêté provisoire touchant le contrat d'achat des voitures Renaissance de VIA. Il a cependant demandé à VIA de s'engager à ne conclure aucun contrat de construction, de fabrication ou de réaménagement des voitures Renaissance avant qu'il ait rendu sa décision finale, et de lui fournir tous les détails concernant son contrat d'achat et les autres contrats conclus à l'égard de ces voitures.

En janvier 2001, VIA a déposé une copie incomplète du contrat d'achat — expurgée des données financières — et a demandé qu'elle demeure confidentielle. Elle a informé l'Office qu'elle n'avait pas encore conclu de contrat de construction, de fabrication ou de réaménagement des voitures Renaissance, tout en soutenant, à maintes reprises, qu'aucun plan de réaménagement ne serait disponible avant au moins la fin du mois d'août 2001. VIA

("Phase I Renaissance Cars"), to come into service in December 2001, with later phases to follow as more cars became ready for service.

VIA's expectation that no retrofitting plans would be available until August 2001 meant that the Agency was unable to complete its investigation of CCD's application, filed on December 4, 2000, within the 120 days stipulated in s. 29(1) of the *Canada Transportation Act* which states:

29. (1) The Agency shall make its decision in any proceedings before it as expeditiously as possible, but no later than one hundred and twenty days after the originating documents are received, unless the parties agree to an extension or this Act or a regulation made under subsection (2) provides otherwise.

The deadline would have been April 3, 2001. In a decision dated that day, the Agency noted that the delay was caused by procedural and jurisdictional matters raised by the parties and by the fact that it was awaiting the filing of information by VIA, information VIA had indicated was not yet available. As a result, the Agency determined that it retained jurisdiction to deal with CCD's application notwithstanding the expiry of the statutory deadline. In doing so, the Agency was relying on the Federal Court of Appeal's decision in *Canadian National Railway Co. v. Ferroequus Railway Co.*, [2002] F.C.J. No. 762 (QL), 2002 FCA 193, which held that s. 29(1) was a directory, not mandatory, provision.

On April 24, 2001, VIA sought leave to appeal the Agency's decision of April 3, 2001 to the Federal Court of Appeal. It was granted a stay of the Agency's proceedings pending the determination of the leave application.

On May 25, 2001, the Thunder Bay *Chronicle Journal* published an article stating that VIA had entered into a contract with Bombardier Inc. to refurbish and modify the Renaissance cars. The text stated that "Bombardier will refurbish and

prévoyait, dans un premier temps, mettre en service 24 voitures Renaissance (« voitures Renaissance de la phase I ») en décembre 2001, et ensuite d'autres voitures au fur et à mesure qu'elles seraient prêtes à être mises en service.

28 La prévision de VIA selon laquelle aucun plan de réaménagement ne serait disponible avant août 2001 signifiait que l'Office serait incapable de terminer son enquête sur la demande du CCD, déposée le 4 décembre 2000, dans le délai de 120 jours prescrit par le par. 29(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, lequel est ainsi rédigé :

29. (1) Sauf indication contraire de la présente loi ou d'un règlement pris en vertu du paragraphe (2) ou accord entre les parties sur une prolongation du délai, l'Office rend sa décision sur toute affaire dont il est saisi avec toute la diligence possible dans les cent vingt jours suivant la réception de l'acte introductif d'instance.

29 La date d'échéance aurait été le 3 avril 2001. Dans une décision datée de ce jour, l'Office a fait remarquer que le retard était dû à des questions de procédure et de compétence soulevées par les parties et au fait qu'il attendait que VIA dépose des renseignements qui, selon elle, n'étaient pas encore disponibles. Par conséquent, l'Office a décidé qu'il demeurait compétent pour examiner la demande du CCD, malgré l'expiration du délai prescrit par la Loi. Ce faisant, il s'est fondé sur l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Ferroequus Railway Co.*, [2002] A.C.F. nº 762 (QL), 2002 CAF 193, dans lequel la Cour d'appel fédérale a conclu que le par. 29(1) était de nature directive et non impérative.

30 Le 24 avril 2001, VIA a demandé à la Cour d'appel fédérale l'autorisation d'interjeter appel contre la décision de l'Office rendue le 3 avril 2001. Elle a obtenu une suspension des procédures devant l'Office jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur sa demande d'autorisation.

31 Le 25 mai 2001, le *Chronicle Journal* de Thunder Bay a publié un article selon lequel VIA avait conclu avec Bombardier Inc. un contrat de réaménagement et de modification des voitures Renaissance. On pouvait lire que [TRADUCTION]

modify the cars at its plant in Thunder Bay" and cited a Bombardier spokesperson as saying that the contract was worth $9.8 million, with another contract in progress. CCD filed this article with the Agency on May 28, 2001 as evidence that VIA was defying the Agency's order to provide information about the timing and details of any proposed construction and retrofitting plans and sought an interim order suspending the retrofitting process. The Agency then requested VIA's comments on the accuracy of the newspaper article.

« Bombardier procédera[it] au réaménagement et à la modification des voitures à son usine de Thunder Bay » et l'on citait un porte-parole de Bombardier qui affirmait que le contrat était évalué à 9,8 millions de dollars et qu'un autre contrat était en cours de négociation. Le 28 mai 2001, le CCD a déposé cet article auprès de l'Office afin de prouver que VIA ne respectait pas l'arrêté de l'Office l'enjoignant de fournir des renseignements concernant le calendrier et les modalités de tout projet de construction et de réaménagement, en plus de solliciter un arrêté provisoire suspendant le processus de réaménagement. L'Office a alors demandé à VIA de commenter l'exactitude de cet article de journal.

32 VIA responded to this request by seeking to have the Agency found in contempt of the Federal Court of Appeal's order staying the proceedings. On June 8, 2001, when the Federal Court of Appeal dismissed VIA's application for leave to appeal, VIA withdrew its contempt motion.

VIA a répondu à cette demande en tentant de faire déclarer l'Office coupable d'outrage au tribunal pour avoir dérogé à la suspension des procédures ordonnée par la Cour d'appel fédérale. Le 8 juin 2001, après que la Cour d'appel fédérale eut rejeté sa demande d'autorisation d'appel, VIA a retiré sa requête pour outrage.

33 In a decision dated June 29, 2001, the Agency once again ordered that VIA file a copy of its contract with Bombardier as well as the schedules to its purchase agreement which had been omitted from VIA's original filing. VIA complied, again requesting that these documents be kept confidential. The Agency in turn rejected CCD's request for an interim order suspending the retrofitting process, but put VIA on notice that, by proceeding with the Bombardier contract before the Agency had decided what was required, it could not subsequently complain that the assembly of the cars, and the changes it had unilaterally made, rendered any decision the Agency might eventually make too costly.

Dans une décision datée du 29 juin 2001, l'Office a de nouveau ordonné à VIA de déposer une copie de son contrat avec Bombardier, ainsi que les annexes de son contrat d'achat qu'elle n'avait pas produites lors de son dépôt initial. VIA a obtempéré en demandant de nouveau que ces documents demeurent confidentiels. L'Office a, pour sa part, rejeté la demande du CCD visant à obtenir un arrêté provisoire suspendant le processus de réaménagement, mais il a prévenu VIA que, si elle donnait suite au contrat de Bombardier avant qu'il ait décidé ce qu'il fallait faire, elle ne pourrait pas se plaindre subséquemment que l'assemblage des voitures et les modifications qu'elle aurait effectuées unilatéralement rendraient trop coûteuse toute décision que l'Office pourrait éventuellement rendre.

34 On September 20, 2001, the Agency organized a viewing of the Renaissance cars in Montreal and, with input from the parties, prepared an Inspection Report. The Inspection Report was a factual description of the dimensions and accessibility features of the Renaissance cars and a description of the changes VIA had unilaterally made.

Le 20 septembre 2001, l'Office a organisé une visite des voitures Renaissance à Montréal et a préparé un rapport d'inspection avec le concours des parties. Ce rapport d'inspection consistait en une description factuelle des dimensions et des caractéristiques d'accessibilité des voitures Renaissance et en une description des modifications effectuées unilatéralement par VIA.

Three types of Renaissance cars were inspected: sleeper cars for overnight trips, economy coach cars for standard trips and service cars containing public lounge facilities and an overnight suite intended for passengers using wheelchairs. The report revealed that as in VIA's existing fleet, passengers in wheelchairs of any size were unable to enter or use the sleeping compartments of standard sleeper cars in the Renaissance fleet. The width of the corridor was incompatible with the use of standard personal wheelchairs.

35 Trois types de voitures Renaissance ont été inspectés : des voitures-lits destinées au service de nuit, des voitures-coach de la classe économique utilisées pour les trajets réguliers et des voitures de service comportant un salon et une suite de nuit réservée aux voyageurs en fauteuil roulant. Le rapport a révélé que, tout comme dans le parc existant de VIA, les voyageurs en fauteuil roulant de quelque dimension que ce soit étaient incapables d'entrer dans les compartiments-lits des voitures-lits standard du parc Renaissance. La largeur du couloir ne permettait pas d'utiliser un fauteuil roulant personnel standard.

The economy coach cars in the Renaissance fleet were found to be less accessible than VIA's existing VIA 1 cars, which had been retrofitted to provide tie-down space that accommodated large personal wheelchairs and had personal wheelchair accessible washrooms. Personal wheelchairs could only be accommodated in the retrofitted VIA 1 cars in the existing fleet on day trips, however, and for overnight trips only if the passenger was content to spend the night in his or her wheelchair.

36 Les voitures-coach de la classe économique du parc Renaissance ont été jugées moins accessibles que les voitures VIA 1 existantes, qui avaient été réaménagées de manière à offrir une zone de dispositif de retenue pouvant accueillir des fauteuils roulants personnels de grande dimension, ainsi que des toilettes accessibles aux fauteuils roulants personnels. Cependant, les fauteuils roulants personnels ne pouvaient être admis, pendant le jour, que dans les voitures VIA 1 du parc existant qui avaient été réaménagées, et pendant la nuit, que si le passager se contentait de passer la nuit dans son fauteuil roulant.

In the Renaissance cars, personal wheelchairs could not be used anywhere. Each Renaissance economy car had three washrooms. None was wheelchair accessible. A "wheelchair tie-down" mechanism, used to secure a wheelchair to the floor of the car, had been installed. However, the dimensions of this space did not accommodate standard personal wheelchairs. Evidence before the Agency suggested that only the smallest wheelchair, the size of a child's wheelchair, could actually fit in the tie-down space provided.

37 Les voitures Renaissance étaient complètement inaccessibles aux fauteuils roulants personnels. Chaque voiture Renaissance de la classe économique comportait trois toilettes, dont aucune n'était accessible aux fauteuils roulants. Un dispositif de « retenue pour fauteuil roulant », servant à arrimer le fauteuil au plancher de la voiture, avait été installé. Toutefois, les dimensions de cette zone ne permettaient pas d'accueillir les fauteuils roulants personnels standard. La preuve soumise à l'Office indiquait que la zone du dispositif de retenue ne pouvait accueillir que le plus petit modèle de fauteuil roulant qui correspond au fauteuil roulant pour enfant.

In addition, unlike VIA's existing fleet which permitted passengers with disabilities to ride with other passengers in VIA 1 coach cars, passengers using wheelchairs were to be primarily accommodated in service cars in the Renaissance fleet.

38 En outre, à la différence du parc existant de VIA, où les passagers ayant une déficience pouvaient voyager avec d'autres passagers à bord des voitures-coach VIA 1, c'étaient principalement les voitures de service du parc Renaissance qui

Service cars were special cars that had office space and public lounge facilities where passengers could obtain refreshment services and store their baggage.

39 There was to be a service car on every train, with a self-contained sleeper unit separate from the service car's public passenger lounge. VIA termed this the "accessible suite". No part of the service cars, including the accessible suite, was accessible to passengers using personal wheelchairs, both because the dimensions of the doors into the "accessible suite" and washroom were too narrow for a personal wheelchair, and because there was insufficient space to manoeuver or turn a personal wheelchair even if it could enter. Passengers' personal wheelchairs were to be kept in a storage compartment near the "accessible suite" or, if VIA required that space to refrigerate food and drink for VIA 1 passengers, in the baggage car.

40 On January 16, 2002, the Agency granted a request from VIA to make oral submissions before the Agency released its Preliminary Decision. Oral submissions were heard on April 8, 2002.

41 On June 23, 2002, VIA started using the Renaissance cars.

42 On July 22, 2002, the Agency asked VIA to confirm certain measurements in the washroom of the "accessible suite". VIA advised the Agency that the measurements no longer matched those that had been jointly agreed upon in the Agency's Inspection Report.

43 The Agency also learned that VIA had made changes to essential features of accessibility, including widening two sliding doors in the "accessible suite" by only 2 or 3 cm. This change, made without the Agency's prior knowledge, was insufficient to make the "accessible suite" accessible for

devaient accueillir les voyageurs en fauteuil roulant. Il s'agissait de voitures spéciales comportant des bureaux et des salons où les voyageurs pouvaient se procurer des rafraîchissements et ranger leurs bagages.

Chaque train devait comporter une voiture de service disposant d'un compartiment-lit complet séparé du salon des voyageurs. VIA a appelé ce compartiment-lit la « suite accessible ». Aucune section des voitures de service, y compris la suite accessible, n'était accessible aux voyageurs utilisant leur fauteuil roulant personnel, du fait que les portes de la « suite accessible » et des toilettes étaient trop étroites pour qu'un fauteuil roulant personnel puisse passer, et que, même s'il pouvait passer, il n'y avait pas suffisamment d'espace pour le manœuvrer ou le faire tourner dans ces pièces. Les fauteuils roulants personnels des voyageurs devaient être placés dans un espace de rangement situé près de la « suite accessible » ou, si VIA avait besoin de cet espace pour réfrigérer des aliments et des boissons destinés aux passagers des voitures VIA 1, dans la voiture servant au transport des bagages.

Le 16 janvier 2002, l'Office a accueilli la requête de VIA visant à obtenir l'autorisation de présenter une plaidoirie avant qu'il rende sa décision préliminaire. L'audition de cette plaidoirie a eu lieu le 8 avril 2002.

Le 23 juin 2002, VIA a commencé à utiliser les voitures Renaissance.

Le 22 juillet 2002, l'Office a demandé à VIA de confirmer certaines mesures prises des toilettes de la « suite accessible ». VIA a informé l'Office que ces mesures ne correspondaient plus à celles qui avaient fait l'objet d'un commun accord dans le rapport d'inspection de l'Office.

L'Office a également appris que VIA avait modifié certaines caractéristiques essentielles d'accessibilité, et avait notamment élargi de seulement 2 ou 3 cm les deux portes coulissantes de la « suite accessible ». Cette modification, effectuée à l'insu de l'Office, était insuffisante pour rendre la « suite

personal wheelchairs, despite the Rail Code standards VIA had agreed to. VIA asserted that widening the doors to meet Rail Code standards, while possible, was not reasonable because this would require a "complete re-design of the door, its pocket and the module that currently houses the control button", as well as the removal of sleeping berths.

accessible » accessible aux fauteuils roulants personnels, en dépit du fait que VIA avait adhéré aux normes du code ferroviaire. VIA a affirmé que l'élargissement des portes pour satisfaire aux normes du code ferroviaire, bien que possible, n'était pas raisonnable du fait que cela exigerait une [TRADUCTION] « reprise complète de la conception de la porte, du retrait de porte et du module qui abrite actuellement le bouton de commande », ainsi que le retrait de couchettes.

In a decision dated August 14, 2002, the Agency expressed its "extreme displeasure" at what it likened to concealing evidence, namely "VIA's failure to keep the Agency informed of modifications bearing on the very mandate the Agency is called to exercise" (CTA Decision No. LET-AT-R-232-2002). 44

Dans une décision datée du 14 août 2002, l'Office s'est dit « extrêmement mécontent » devant ce qu'il a assimilé à une dissimulation d'éléments de preuve, à savoir le fait « que VIA n'ait pas tenu l'Office informé des modifications qui influ[ai]ent sur le mandat même que l'Office [était] appelé à exercer » (décision OTC nº LET-AT-R-232-2002).

Because the changes VIA made to the cars without the Agency's knowledge created a discrepancy between the information the Agency had about the Renaissance cars and their actual condition, the Agency undertook a second inspection of the cars on September 16, 2002. This inspection revealed that in addition to the slightly widened doors, VIA had made a number of other changes to the Renaissance cars, including an expansion of the lounge area in the service cars. Because some measurements were disputed by the parties, a third inspection of the cars took place on November 26, 2002. 45

Comme les modifications que VIA avait apportées aux voitures à l'insu de l'Office avaient créé une disparité entre les renseignements que celui-ci possédait au sujet des voitures Renaissance et l'état véritable de ces voitures, l'Office a procédé à une deuxième inspection des voitures le 16 septembre 2002. Cette inspection a permis de constater qu'en plus d'avoir légèrement élargi les portes, VIA avait apporté un certain nombre d'autres changements aux voitures Renaissance, dont l'agrandissement du salon des voitures de service. Parce que les parties contestaient certaines mesures, une troisième inspection a eu lieu le 26 novembre 2002.

B. *The Agency's Preliminary Decision* (No. 175-AT-R-2003)

B. *Décision préliminaire de l'Office* (nº 175-AT-R-2003)

On March 27, 2003, the Agency issued a detailed Preliminary Decision of 150 pages. It was premised on the goal of having one accessible car per train. 46

Le 27 mars 2003, l'Office a rendu une décision préliminaire détaillée de 150 pages qui reposait sur l'objectif de disposer d'une voiture accessible par train.

The Agency's Preliminary Decision took the form of a "show cause" order. By this order, VIA was asked to "show cause" by May 26, 2003, why the obstacles the Agency had identified as potentially undue were not, in fact, undue obstacles. The Agency's show cause process was the methodology it used for assessing the hardship VIA 47

Cette décision préliminaire a pris la forme d'une ordonnance de « justification ». Dans cette ordonnance, VIA était appelée à expliquer, au plus tard le 26 mai 2003, pourquoi les obstacles qualifiés de potentiellement abusifs par l'Office n'étaient pas, en réalité, des obstacles abusifs. Ce processus de justification était la façon choisie par l'Office pour

might suffer if it were required to remove the obstacles.

48 The Agency identified five key problems with the Renaissance fleet, most of them in areas of the cars VIA itself had specifically targeted to meet the needs of passengers with disabilities. These problems led the Agency to identify 14 obstacles as being potentially undue.

49 The show cause process served two critical functions. First, it gave VIA a "final opportunity to provide specific evidence and related argument to show cause to the Agency" why the 14 obstacles it had identified were not undue and to provide feasibility and costing information relating to the remedial options under consideration by the Agency (p. 5). VIA had, until then, provided only general information about its operational, economic and structural requirements. The Agency noted that "there may be specific arguments that VIA may wish to bring forward in view of the Agency's preliminary findings" (p. 144).

50 Second, VIA was also asked to file answers to specific questions the Agency had about what remedial measures were structurally, economically and operationally possible. This gave VIA an opportunity to participate with the Agency in the accommodation of passengers with disabilities by identifying potential solutions, commenting on solutions CCD had proposed and developing a remedial plan.

51 In addition to its detailed analysis in its Preliminary Decision of the need for accessibility-enhancing measures, such as wheelchair tie-down spaces and accessible washrooms, the Agency stressed the importance of ensuring that persons with disabilities be capable of accessing features specifically designed to meet their needs in their own wheelchairs. Subject to structural and economic constraints, it was the Agency's opinion that "it is unacceptable that a person with a disability be deprived of his/her independent means of mobility

évaluer la contrainte que VIA pourrait subir si elle devait éliminer ces obstacles.

L'Office a relevé, dans le parc Renaissance, cinq problèmes majeurs qui, pour la plupart, se posaient dans les zones des voitures que VIA avait elle-même ciblées expressément pour répondre aux besoins des voyageurs ayant une déficience. Ces problèmes ont amené l'Office à qualifier 14 obstacles de potentiellement abusifs.

Le processus de justification remplissait deux fonctions cruciales. Premièrement, il offrait à VIA « une dernière occasion de fournir des preuves précises pour justifier les raisons pour lesquelles l'Office ne devrait pas conclure » que les 14 obstacles qu'il avait relevés étaient abusifs, et de donner des renseignements sur la faisabilité et le coût des mesures correctives envisagées par l'Office (p. 6). Jusque-là, VIA n'avait fourni que des renseignements généraux concernant ses exigences opérationnelles, économiques et structurales. L'Office a fait remarquer que « VIA pourrait présenter certains arguments spécifiques relativement aux conclusions préliminaires de l'Office » (p. 159).

Deuxièmement, VIA était également appelée à produire des réponses aux questions précises de l'Office concernant les mesures correctives possibles sur les plans structural, économique et opérationnel. VIA avait ainsi l'occasion de participer avec l'Office à l'accommodement des voyageurs ayant une déficience en trouvant des solutions potentielles, en formulant des observations sur les solutions proposées par le CCD et en établissant un plan de redressement.

Dans sa décision préliminaire, en plus de se livrer à une analyse détaillée de la nécessité de prendre des mesures destinées à améliorer l'accessibilité, tel l'aménagement de toilettes accessibles et de zones de dispositifs de retenue pour fauteuils roulants, l'Office a souligné l'importance d'assurer que les personnes ayant une déficience qui utilisent leur propre fauteuil roulant puissent avoir accès aux aménagements expressément conçus pour répondre à leurs besoins. Sous réserve des contraintes structurales et économiques, l'Office était d'avis qu'« il

in an area of the Renaissance trains that is intended to be used by persons with disabilities, including those who use wheelchairs" (p. 109).

[était] inacceptable qu'une personne ayant une déficience soit privée de son aide à la mobilité dans une zone des trains Renaissance destinée aux personnes ayant une déficience, y compris les personnes qui utilisent un fauteuil roulant » (p. 121).

VIA sought leave to appeal the Agency's Preliminary "show cause" Decision in April 2003.

52 En avril 2003, VIA a demandé l'autorisation d'interjeter appel contre la décision préliminaire sous forme d'ordonnance de « justification » rendue par l'Office.

While VIA's application for leave to appeal was pending, it responded to the Agency's "show cause" order with a three-page letter on May 26, 2003. In its opinion, "it is not reasonable to require VIA Rail to modify the cars".

53 Le 26 mai 2003, alors que sa demande d'autorisation d'appel était pendante, VIA a réagi à l'ordonnance de « justification » de l'Office au moyen d'une lettre de trois pages. À son avis, [TRADUCTION] « il n'[était] pas raisonnable d'obliger VIA Rail à modifier les voitures ».

VIA began by addressing some of CCD's safety concerns for persons with disabilities, pointing out that "the Equipment and Operations Branch of the Railway Safety Directorate has determined that there is no safety issue with respect to the Renaissance Cars".

54 VIA a commencé par aborder certaines préoccupations du CCD relatives à la sécurité des personnes ayant une déficience, soulignant que [TRADUCTION] « la Direction de l'équipement et de l'exploitation faisant partie de la Direction de la sécurité ferroviaire a[vait] décidé que les voitures Renaissance ne présentaient aucun problème de sécurité ».

VIA estimated that "the total cost and lost revenue of completing the work identified in the show cause directions is over $35 million". This was, VIA wrote, its "best estimate in answering the show cause portion of the hearing". It also stated that it "has back-up for the estimates of cost", but it submitted no such evidence with its response.

55 VIA a estimé que « le coût total et le manque à gagner de la réalisation des travaux mentionnés dans la demande de justification dépass[erai]ent 35 millions de dollars ». VIA a écrit que cela représentait sa « meilleure estimation pour répondre à la demande de justification ». Elle a ajouté qu'elle pouvait « justifier ses coûts estimatifs », sans toutefois assortir sa réponse d'une preuve de cette nature.

On May 29, 2003, three days after VIA's response to the show cause order, CCD wrote to the Agency advising it that, contrary to VIA's assertions that there were no safety issues to address, the Transport Canada Rail Safety Directorate had ordered VIA to relocate washrooms in the Renaissance economy coach cars because they were located in an unsafe "crumple zone". While no final decisions had been made concerning how the mandatory modifications would be accomplished, CCD told the Agency that Transport Canada had approved three possible remedial designs. One involved the installation of

56 Le 29 mai 2003, trois jours après que VIA eut réagi à l'ordonnance de justification, le CCD a écrit à l'Office pour l'informer que, contrairement aux affirmations de VIA selon lesquelles aucun problème de sécurité ne se posait, la Direction de la sécurité ferroviaire de Transports Canada avait ordonné à VIA de déplacer les toilettes des voitures-coach Renaissance de la classe économique parce qu'elles étaient situées dans une « zone de déformation » qui présentait des risques. Même si aucune décision finale n'avait été rendue au sujet de la manière d'effectuer les modifications

an accessible washroom in each coach car ("Option 3"). CCD was told, however, that VIA intended to implement a different, less costly design that did not enhance the accessibility features of the coach cars ("Option 1").

57 On June 9, 2003, the Agency issued a decision advising VIA that its May 26, 2003 response to the Preliminary Decision lacked detail and supporting evidence and could not be verified. As part of this decision, the Agency reissued its original show cause order, giving VIA an additional 60 days to prepare a response.

58 It also made two additional requests of VIA, each with its own deadline. First, VIA was asked to submit, by June 13, 2003, the "back-up" evidence for the cost estimates it had failed to include in its response to the Agency's show cause order. Second, VIA was asked to address, by June 23, Option 3 being considered by Transport Canada and "show cause" why it could not be implemented.

59 By July 3, 2003, both of these deadlines had passed with no response from VIA. The "back-up" evidence VIA told the Agency it had in its May 26th letter, was not provided. VIA also failed to submit any evidence to show why Option 3 should not be implemented.

60 As it was entitled to do under its enabling statute, the Agency turned its June 9, 2003 reissued Preliminary Decision into an order of the Federal Court. The Agency informed VIA that it would commence proceedings for contempt if VIA did not submit, by July 14, 2003, the additional information the Agency had requested. VIA was still to respond to the original show cause order by the extended deadline, namely August 8, 2003.

obligatoires, le CCD a informé l'Office que Transports Canada avait approuvé trois plans de redressement possibles. L'un d'eux prévoyait l'aménagement de toilettes accessibles dans chaque voiture-coach (« option 3 »). Le CCD a cependant été informé que VIA entendait mettre en œuvre un plan différent et moins coûteux, qui n'améliorait pas les caractéristiques d'accessibilité des voitures-coach (« option 1 »).

Le 9 juin 2003, l'Office a rendu une décision dans laquelle il informait VIA que sa réponse du 26 mai 2003 à la décision préliminaire manquait de précisions et d'éléments justificatifs et était invérifiable. Dans cette décision, l'Office a réitéré son ordonnance de justification initiale et donné à VIA 60 jours supplémentaires pour préparer une réponse.

Il a aussi fait deux autres demandes à VIA en prescrivant pour chacune un délai de réponse précis. Premièrement, VIA devait fournir, au plus tard le 13 juin 2003, les éléments « justifiant » l'estimation des coûts qu'elle n'avait pas inclus dans sa réponse à l'ordonnance de justification rendue par l'Office. Deuxièmement, VIA devait, au plus tard le 23 juin, examiner la question de l'option 3 envisagée par Transports Canada et expliquer pourquoi cette option ne pourrait pas être mise en œuvre.

Le 3 juillet 2003, ces deux délais avaient expiré sans que VIA n'ait produit une réponse. Les éléments « justificatifs », que VIA avait dit à l'Office avoir en sa possession dans sa lettre du 26 mai, n'ont pas été fournis. VIA n'a également présenté aucune preuve démontrant pourquoi l'option 3 ne devrait pas être mise en œuvre.

Comme il pouvait le faire en vertu de sa loi habilitante, l'Office a fait homologuer par la Cour fédérale la décision préliminaire qu'il avait réitérée le 9 juin 2003. Il a informé VIA qu'il intenterait des poursuites pour outrage si elle ne soumettait pas, au plus tard le 14 juillet 2003, les renseignements supplémentaires qu'il lui avait demandés. VIA devait toujours répondre à l'ordonnance de justification initiale avant l'expiration du délai prolongé, soit le 8 août 2003.

VIA responded on July 14, 2003. It submitted back-up evidence for the cost estimates pertaining to the arm rest and tie-down area modifications the Agency was contemplating. It also submitted copies of the three design plans for Options 1, 2 and 3 that it had devised for Transport Canada, as well as a chart outlining the pros and cons associated with each.

VIA a répondu le 14 juillet 2003. Elle a fourni les éléments justifiant l'estimation des coûts des modifications que l'Office envisageait à l'égard des accoudoirs et des zones de dispositif de retenue. Elle a également soumis des copies des trois plans relatifs aux options 1, 2 et 3 qu'elle avait établis pour Transports Canada, ainsi qu'un tableau des avantages et inconvénients pour chacune de ces options. 61

No precise costing information was provided to the Agency about these options, but the documentation stated that Option 3, which would add a wheelchair accessible washroom to the Renaissance coach cars, would cost two and a half times as much as Option 1. VIA claimed in a single paragraph that Option 3 could not be implemented because a more detailed design was still required, that there would likely be a prohibitive loss of revenue of $24.2 million, and that the direct implementation costs had not been quantified but that, in any event, VIA could not afford them.

Aucun renseignement précis n'a été fourni à l'Office au sujet du coût de ces options, mais les documents indiquaient que le coût de l'option 3, prévoyant l'ajout de toilettes accessibles aux fauteuils roulants dans les voitures-coach Renaissance, serait deux fois et demie plus élevé que celui de l'option 1. VIA a fait valoir, dans un seul paragraphe, que l'option 3 ne pouvait pas être mise en œuvre parce qu'un plan plus détaillé demeurait nécessaire, qu'elle risquait de subir une perte de revenus excessive de 24,2 millions de dollars et que, même si les coûts directs de cette mise en œuvre n'avaient pas été quantifiés, elle n'avait pas, de toute façon, les moyens de les acquitter. 62

VIA told the Agency that it planned to implement Option 1 in the fall of 2003. Option 1, the least expensive solution, would replace the unsafe washrooms with a coat valet.

VIA a dit à l'Office qu'elle comptait mettre en œuvre l'option 1 à l'automne 2003. Selon cette option, qui représentait la solution la moins coûteuse, les toilettes qui présentaient des risques seraient remplacées par un vestiaire. 63

VIA also told the Agency that it was unable to comply with the show cause order any further. It asserted that it lacked the internal expertise to respond to the Agency's Preliminary Decision, that it would take longer than 60 days to have cost estimates prepared, and that the government had not provided funding for it to respond to the Agency's requests.

VIA a également informé l'Office qu'elle n'était pas en mesure de se conformer davantage à l'ordonnance de justification. Elle a affirmé qu'elle ne disposait pas de l'expertise interne nécessaire pour donner suite à la décision préliminaire de l'Office, qu'il lui faudrait plus que 60 jours pour faire préparer l'estimation des coûts et que le gouvernement ne lui avait pas fourni les fonds dont elle avait besoin pour répondre aux demandes de l'Office. 64

VIA did not request more time to comply.

VIA n'a pas demandé plus de temps pour obtempérer. 65

On August 7, 2003, VIA again indicated to the Agency that there would be no further compliance with its Preliminary Decision. It wrote: "VIA Rail makes the following submissions respectfully. It

Le 7 août 2003, VIA a de nouveau indiqué à l'Office qu'elle ne se conformerait pas davantage à sa décision préliminaire. Elle a écrit : [TRADUCTION] « VIA Rail propose respectueusement ce qui suit. 66

asks for an oral hearing, if necessary. Otherwise, it asks the Agency to consider all of these issues, facts and estimates and render its decision in final form."

67 The Agency declined to exercise its discretion to hold a second oral hearing because "VIA has not demonstrated that there is any value to be gained from pursuing the time-consuming and costly exercise of convening an oral hearing at this time, either to permit VIA to explain why it did not provide the supporting evidence required or to provide to VIA an opportunity to produce evidence that should have been submitted in writing, either during the pleadings process or in response to the show cause orders" (Final Decision, at p. 14).

C. *The Agency's Final Decision* (No. 620-AT-R-2003)

68 In the face of VIA's persistent refusal to provide the necessary estimates and responses, despite having had from March 27 until August 8 to do so, and in the absence of any request from VIA for more time to prepare information, the Agency acceded to VIA's request and, on October 29, 2003, issued its final decision based on the record before it.

69 In its final decision, authored by Members Marian L. Robson and Michael Sutton, the Agency ordered VIA to implement six remedial measures, five of which involved making physical changes to the Renaissance cars with cost implications. All had been identified by the Agency by the time it reissued its Preliminary Decision on June 9, 2003:

- In order to make one car in every daytime train accessible to passengers using their own wheelchairs, VIA was ordered to install an accessible washroom and a tie-down space for passengers using wheelchairs in 13 economy coach cars (i.e. implement Option 3).

- In order to provide one car with accessible sleeping accommodation in each overnight

Elle demande la tenue d'une audience, si nécessaire. Sinon, elle demande à l'Office d'examiner l'ensemble de ces questions, faits et estimations et de rendre sa décision finale. »

L'Office a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire de tenir une deuxième audience parce que « VIA n'a pas démontré l'utilité de poursuivre l'exercice fastidieux et coûteux que constitue la tenue d'une audience à ce moment-ci, que ce soit pour permettre à VIA d'expliquer pourquoi elle n'a pas fourni les preuves requises ou pour lui donner l'occasion de produire des preuves qui auraient dû être soumises par écrit au cours du processus de plaidoiries ou en réponse aux demandes de justification » (décision finale, p. 14).

C. *Décision finale de l'Office* (nº 620-AT-R-2003)

Face au refus persistant de VIA de produire les estimations et les réponses nécessaires, même si elle avait eu du 27 mars au 8 août pour le faire, et en l'absence de toute demande de sa part visant à obtenir un délai supplémentaire pour préparer ces renseignements, l'Office a accédé à sa demande et a rendu, le 29 octobre 2003, sa décision finale en se fondant sur le dossier dont il disposait.

Dans sa décision finale rédigée par les membres Marian L. Robson et Michael Sutton, l'Office a ordonné à VIA de mettre en œuvre six mesures correctives, dont cinq comportaient un réaménagement des voitures Renaissance qui entraînait des coûts. Toutes ces mesures avaient été décrites par l'Office au moment où il a réitéré sa décision préliminaire le 9 juin 2003 :

- Afin qu'une voiture sur chaque train de jour soit accessible aux voyageurs utilisant leur propre fauteuil roulant, VIA a reçu l'ordre d'aménager dans 13 voitures-coach de la classe économique des toilettes accessibles aux voyageurs en fauteuil roulant, ainsi qu'une zone de dispositif de retenue (c'est-à-dire mettre en œuvre l'option 3).

- Afin qu'une voiture sur chaque train de nuit offre un compartiment-lit accessible, VIA a

train, VIA was ordered to widen one doorway and install a mechanism that would secure a passenger's own wheelchair to the floor (a "wheelchair tie-down") in the segregated sleeper unit in each of the 17 "service cars" that housed the "accessible suite".

- The Agency also directed VIA to implement in more cars several of the changes it had already made or begun to make. These changes — lowering one double seat in 33 economy cars, installing two moveable armrests in 47 coach cars, and closing stair risers on 12 cars — would accommodate passengers travelling with animals to assist them, passengers able and willing to be transferred into standard coach seating, and passengers who might have difficulty navigating the entry stairs.

The Agency determined that the net cost to VIA of addressing Transport Canada's safety concerns in a way that could make 13 economy coach cars accessible for personal wheelchair use would be no more than $673,400 in direct costs plus $16,988 in lost passenger revenue.

This was the most significant remedial measure the Agency ordered. The cost was comparable to what VIA was prepared to incur each year to accommodate passengers wearing coats.

D. *Federal Court of Appeal Proceedings*

VIA sought leave to appeal the Agency's preliminary and final decisions. In support, it submitted a report to the Federal Court of Appeal that it had commissioned from Peter Schrum of Bombardier Inc. to review the Agency's final decision and prepare a global cost estimate of the corrective measures ordered by the Agency. Mr. Schrum's

reçu l'ordre d'élargir une embrasure de porte et d'installer un dispositif d'arrimage au plancher du fauteuil roulant personnel d'un voyageur (un « dispositif de retenue pour fauteuil roulant ») dans le compartiment-lit séparé qui est situé dans chacune des 17 « voitures de service » abritant la « suite accessible ».

- L'Office a également enjoint à VIA d'apporter à un plus grand nombre de voitures plusieurs des modifications qu'elle avait déjà effectuées ou commencé à effectuer. Ces modifications — abaissement d'un siège double dans 33 voitures de la classe économique, installation de deux accoudoirs mobiles dans 47 voitures-coach et fermeture des contremarches dans 12 voitures — permettraient d'accommoder les passagers voyageant avec un animal aidant, les passagers pouvant et souhaitant être transférés dans un siège standard de voiture-coach, et les passagers qui pourraient avoir de la difficulté à monter ou à descendre les escaliers d'entrée.

70 L'Office a conclu que le coût net des travaux que VIA devrait effectuer pour régler les problèmes de sécurité relevés par Transports Canada et rendre 13 voitures-coach de la classe économique accessibles aux personnes utilisant leur fauteuil roulant personnel n'excéderait pas la somme de 673 400 $ à titre de coûts directs, plus 16 988 $ de perte de revenus provenant des voyageurs.

71 Il s'agissait de la mesure corrective la plus dispendieuse ordonnée par l'Office. Son coût était comparable à ce que VIA était disposée à payer annuellement pour accommoder les voyageurs portant un manteau.

D. *Procédures devant la Cour d'appel fédérale*

72 VIA a demandé l'autorisation d'interjeter appel contre les décisions préliminaire et finale de l'Office. Pour appuyer sa demande, elle a soumis à la Cour d'appel fédérale un rapport préparé par Peter Schrum de Bombardier Inc., à qui elle avait demandé d'examiner la décision finale de l'Office et de préparer une estimation du coût global des

report estimated that the cost of implementing the Agency's final decision would be at least $48 million. The report was dated December 5, 2003, less than 40 days from the Agency's final decision. Leave was granted on March 10, 2004.

73 The Federal Court of Appeal unanimously agreed that the Agency's identification of undue obstacles to the mobility of persons with disabilities was reviewable on a standard of patent unreasonableness ([2005] 4 F.C.R. 473, 2005 FCA 79). Sexton J.A. (Décary J.A. concurring) concluded that, based on its expertise, its mandate, and the presence of a strong privative clause, the Agency was entitled to a high level of deference. In reasons concurring in the result, Evans J.A. agreed that the multiplicity of factors and interests to be weighed, the technical aspects to some issues before the Agency, and the Agency's obligation to exercise discretion based on the evidence and statutory criteria, all fell within its specialized mandate and warranted considerable deference.

74 Sexton J.A. concluded, however, that the Agency was subject to a correctness standard in its interpretation of its authority to entertain CCD's application under s. 172, a provision in the Agency's enabling legislation that he concluded raised a jurisdictional issue. He determined that the Agency's authority to proceed under s. 172, in the absence of a complaint based on an actual travel experience, raised a question of statutory interpretation within the expertise of the courts, not of the Agency, because it implicated human rights. In Sexton J.A.'s view, these factors, including the presence of a statutory right of appeal with leave, indicated that the Agency's interpretation of its jurisdiction under s. 172 was reviewable on the less deferential standard of correctness.

mesures correctives ordonnées par ce dernier. Selon le rapport Schrum, la mise en œuvre de la décision finale de l'Office coûterait au moins 48 millions de dollars. Ce rapport était daté du 5 décembre 2003, soit moins de 40 jours après la décision finale de l'Office. L'autorisation a été accordée le 10 mars 2004.

La Cour d'appel fédérale a convenu à l'unanimité que la détermination par l'Office des obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience pouvait faire l'objet d'un contrôle selon la norme du caractère manifestement déraisonnable ([2005] 4 R.C.F. 473, 2005 CAF 79). Le juge Sexton (avec l'appui du juge Décary) a conclu que, compte tenu de son expertise, de son mandat et de la présence d'une clause privative rigoureuse, l'Office avait droit à un degré élevé de déférence. Souscrivant au résultat, le juge Evans a convenu que la multiplicité des facteurs et des intérêts à apprécier, les aspects techniques de certaines questions soumises à l'Office et l'obligation de ce dernier d'exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur la preuve et les critères légaux relèvent tous du mandat spécialisé de l'Office et doivent faire l'objet d'une grande déférence.

Le juge Sexton a toutefois conclu que l'Office était assujetti à la norme de la décision correcte en interprétant le pouvoir d'entendre la demande du CCD que lui conférait l'art. 172, une disposition de la loi habilitante de l'Office qui, selon lui, soulevait une question de compétence. Il a décidé qu'en l'absence d'une plainte fondée sur une expérience vécue par un voyageur, le pouvoir de l'Office d'agir en vertu de l'art. 172 soulevait une question d'interprétation législative relevant de l'expertise des tribunaux, et non de l'Office, parce qu'elle mettait en cause des droits de la personne. Selon le juge Sexton, ces facteurs, y compris l'existence d'un droit d'appel avec autorisation prévu par la Loi, indiquaient que l'interprétation que l'Office donnait de sa compétence conférée par l'art. 172 pouvait faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte qui fait appel à une moins grande déférence.

The Federal Court of Appeal was unanimous in its conclusion that the Agency was correct to conclude that it had jurisdiction under s. 172 to proceed with CCD's complaint.

On the issue of how the Agency applied its jurisdiction under s. 172, however, Sexton J.A. criticized the Agency's findings that obstacles in the Renaissance cars were undue. He concluded that the decision was made without considering VIA's entire network, the interests of non-disabled persons, and the interests of persons with disabilities other than wheelchair users. He disagreed with the Agency's conclusion that there was no evidence in the record to support VIA's view that its existing network was able to address obstacles in the Renaissance cars. He noted that, while the Agency explicitly stated that it was attempting to strike an appropriate balance between the rights of persons with disabilities and those of transportation service providers in accordance with s. 5 of the *Canada Transportation Act*, it had not properly balanced the competing interests when it decided that structural modifications to the Renaissance cars were the appropriate remedy. Holding the decision to be patently unreasonable, Sexton J.A. set it aside and referred the matter back to the Agency for reconsideration.

Evans J.A. was "not persuaded . . . that, having considered VIA's submissions regarding its network, the Agency committed reversible error when it concluded in the preliminary decision that the obstacles to the mobility of persons in wheelchairs presented by the Renaissance cars were 'undue'" (para. 98). In his view, the Agency was entitled to conclude that the evidence did not establish that the existing fleet or network would address the obstacles that it had found to exist in the Renaissance cars. The evidence showed that, over time, the existing fleet would be retired; no Renaissance cars were accessible to personal wheelchair users; and VIA's estimates of the number of passengers affected were misleadingly low because they failed to take into account the

La Cour d'appel fédérale a conclu à l'unanimité que l'Office avait eu raison de décider que l'art. 172 lui conférait le pouvoir d'instruire la plainte du CCD. 75

Quant à la façon dont l'Office a exercé cette compétence conférée par l'art. 172, le juge Sexton a toutefois critiqué les conclusions de l'Office selon lesquelles les obstacles des voitures Renaissance étaient abusifs. Il a conclu que la décision avait été rendue sans tenir compte de l'ensemble du réseau de VIA, des intérêts des personnes n'ayant pas de déficience et des intérêts des personnes ayant une déficience autres que les utilisateurs d'un fauteuil roulant. Il n'était pas d'accord avec la conclusion de l'Office selon laquelle aucun élément de preuve versé au dossier n'étayait l'opinion de VIA voulant que son réseau existant permette de contourner les obstacles des voitures Renaissance. Le juge Sexton a souligné que, bien que l'Office ait précisé qu'il tentait d'établir un juste équilibre entre les droits des personnes ayant une déficience et ceux des fournisseurs de services de transport conformément à l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada*, il n'avait pas bien soupesé les intérêts opposés lorsqu'il a décidé que les modifications structurales des voitures Renaissance étaient la mesure corrective indiquée. Estimant que cette décision était manifestement déraisonnable, le juge Sexton l'a annulée et a renvoyé l'affaire à l'Office pour qu'il la réexamine. 76

Le juge Evans n'était « pas convaincu que, ayant examiné les observations de VIA concernant son réseau, l'Office a[vait] commis une erreur susceptible de révision lorsqu'il a[vait] conclu dans la décision préliminaire que les obstacles aux possibilités de déplacement des personnes en fauteuil roulant constatés dans les voitures Renaissance étaient "abusifs" » (par. 98). Selon lui, l'Office pouvait conclure que la preuve n'établissait pas que le parc ou réseau existant permettrait de contourner les obstacles qu'il avait constatés dans les voitures Renaissance. La preuve démontrait qu'au fil du temps les voitures du parc existant seraient retirées, qu'aucune des voitures Renaissance n'était accessible aux utilisateurs d'un fauteuil roulant personnel et que VIA avait sous-estimé le nombre 77

number of disabled passengers who would use VIA if it were more accessible.

78 Noting that review for patent unreasonableness does not permit a reviewing court to intervene just because it would have weighed the relevant factors and evidence differently, Evans J.A. was of the view that the Agency's balancing choices were not patently unreasonable based on the evidence before it.

79 However, the Federal Court of Appeal was unanimous in its view that, having identified the modifications it thought necessary, the Agency violated VIA's procedural fairness rights by failing to give VIA an adequate opportunity to respond to the Agency's requests for cost and feasibility information.

80 VIA had not directly raised this procedural fairness argument before the Federal Court of Appeal. What it had advanced, as one of its grounds of appeal, was that the Agency had erred in law by identifying obstacles as "undue" before VIA had obtained expert evidence assessing the cost of remedial measures. Its procedural fairness argument was a separate ground, and pertained only to the Agency's refusal to hold a second oral hearing, an argument which was rejected by the majority. Sexton J.A. was of the view that the Agency had the right to exercise its discretion in deciding whether to grant an oral hearing.

81 In reaching the conclusion that VIA's right to procedural fairness had been violated when the Agency issued a final decision without giving VIA an opportunity to provide cost estimates, the Federal Court of Appeal blended VIA's discrete grounds of appeal to find a breach of procedural fairness.

82 The court accordingly allowed VIA's appeal and remitted the matter to the Agency for

de voyageurs touchés parce qu'elle n'avait pas tenu compte du nombre de voyageurs ayant une déficience qui utiliseraient les services de VIA si ses trains étaient plus accessibles.

Soulignant que le contrôle selon la norme du caractère manifestement déraisonnable ne permet pas à la cour qui l'effectue d'intervenir simplement parce qu'elle aurait évalué différemment les facteurs et les éléments de preuve pertinents, le juge Evans s'est dit d'avis que les choix que l'Office avait faits quant aux éléments à soupeser n'étaient manifestement pas déraisonnables compte tenu de la preuve dont il disposait.

Toutefois, la Cour d'appel fédérale a estimé à l'unanimité que, après avoir décrit les modifications qu'il croyait nécessaires, l'Office avait violé le droit de VIA à l'équité procédurale en ne lui donnant pas une possibilité suffisante de répondre à ses demandes de renseignements sur les coûts et la faisabilité.

VIA n'avait pas directement avancé cet argument de l'équité procédurale devant la Cour d'appel fédérale. Elle avait plutôt fait valoir, comme moyen d'appel, que l'Office avait commis une erreur de droit en qualifiant les obstacles d'« abusifs » avant qu'elle ait pu obtenir une estimation du coût des mesures correctives effectuée par des experts. Son argument de l'équité procédurale, qui était un moyen distinct et ne portait que sur le refus de l'Office de tenir une deuxième audience, a été rejeté par la cour à la majorité. Selon le juge Sexton, la décision d'accorder ou de refuser la tenue d'une audience relevait du pouvoir discrétionnaire de l'Office.

Pour arriver à la conclusion que le droit de VIA à l'équité procédurale avait été violé lorsque l'Office a rendu une décision finale sans lui donner la possibilité de fournir une estimation des coûts, la Cour d'appel fédérale a fusionné différents moyens d'appel invoqués par VIA.

La cour a donc accueilli l'appel de VIA et renvoyé l'affaire à l'Office pour qu'il la réexamine à la

reconsideration in accordance with both the network-based analysis endorsed by the majority and the "fresh evidence", namely the Schrum report, adduced by VIA on appeal.

III. Analysis

A. *Standard of Review*

The Agency's decision was that there were undue obstacles to the mobility of persons with disabilities in VIA's Renaissance fleet and it ordered that remedial steps be taken to correct the problems it identified. In so doing, the Agency was proceeding under ss. 172(1) and 172(3) of the *Canada Transportation Act*, reproduced here for ease of reference:

172. (1) The Agency may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1)*, regardless of whether such a regulation has been made, in order to determine whether there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

. . .

(3) On determining that there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities, the Agency

* **170.** (1) The Agency may make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network under the legislative authority of Parliament to the mobility of persons with disabilities, including regulations respecting

(*a*) the design, construction or modification of, and the posting of signs on, in or around, means of transportation and related facilities and premises, including equipment used in them;

(*b*) the training of personnel employed at or in those facilities or premises or by carriers;

(*c*) tariffs, rates, fares, charges and terms and conditions of carriage applicable in respect of the transportation of persons with disabilities or incidental services; and

(*d*) the communication of information to persons with disabilities.

lumière de l'analyse fondée sur le réseau préconisée par les juges majoritaires ainsi que du « nouvel élément de preuve », à savoir le rapport Schrum, produit en appel par VIA.

III. Analyse

A. *Norme de contrôle*

L'Office a décidé qu'il y avait dans les voitures du parc Renaissance de VIA des obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience et il a ordonné que des mesures correctives soient prises en vue de remédier aux problèmes qu'il avait décelés. Ce faisant, l'Office agissait en vertu des par. 172(1) et 172(3) de la *Loi sur les transports au Canada*, que je reproduis ici pour en faciliter la consultation : 83

172. (1) Même en l'absence de disposition réglementaire applicable, l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1)* pour déterminer s'il existe un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

. . .

(3) En cas de décision positive, l'Office peut exiger la prise de mesures correctives indiquées ou le verse-

* **170.** (1) L'Office peut prendre des règlements afin d'éliminer tous obstacles abusifs, dans le réseau de transport assujetti à la compétence législative du Parlement, aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience et peut notamment, à cette occasion, régir :

a) la conception et la construction des moyens de transport ainsi que des installations et locaux connexes — y compris les commodités et l'équipement qui s'y trouvent —, leur modification ou la signalisation dans ceux-ci ou leurs environs;

b) la formation du personnel des transporteurs ou de celui employé dans ces installations et locaux;

c) toute mesure concernant les tarifs, taux, prix, frais et autres conditions de transport applicables au transport et aux services connexes offerts aux personnes ayant une déficience;

d) la communication d'information à ces personnes.

may require the taking of appropriate corrective measures or direct that compensation be paid for any expense incurred by a person with a disability arising out of the undue obstacle, or both.

84 VIA had argued that the Agency lacked jurisdiction under s. 172(1) to inquire into any complaint that was not based on an actual travel experience. The majority in the Federal Court of Appeal accepted VIA's characterization of s. 172(1) as jurisdiction-limiting because it turned on questions of statutory interpretation and human rights.

85 In Sexton J.A.'s view, s. 172, as part of Part V of the *Canada Transportation Act*, was one of several provisions that "have a human rights aspect to them", calling for a "lower level of deference" (para. 25).

86 Sexton J.A. relied on *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, [2003] 4 F.C. 558, 2003 FCA 271, to draw a distinction between the Agency's expertise in regulatory matters and its expertise addressing human rights. In his view, the Agency's authority to proceed with CCD's complaint was an issue implicating the protection of human rights that turned on statutory interpretation outside the Agency's area of expertise. He determined that these factors, including the presence of a statutory right of appeal with leave, indicated that the Agency's interpretation of its jurisdiction under s. 172 was reviewable on the less deferential standard of correctness, thereby enabling the court to substitute its view of the correct answer for that of the Agency.

87 As previously noted, the Federal Court of Appeal was, however, unanimous in its conclusion that the Agency had correctly concluded that it had jurisdiction under s. 172 to proceed with CCD's complaint.

88 The Federal Court of Appeal also concluded that the standard for reviewing the Agency's decision on the issue of whether an obstacle is undue,

ment d'une indemnité destinée à couvrir les frais supportés par une personne ayant une déficience en raison de l'obstacle en cause, ou les deux.

VIA avait fait valoir que le par. 172(1) ne conférait pas à l'Office le pouvoir d'enquêter sur une plainte non fondée sur une expérience vécue par un voyageur. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont retenu le point de vue de VIA, selon lequel le par. 172(1) était limitatif de compétence, parce qu'il tenait à des questions d'interprétation législative et de droits de la personne.

Selon le juge Sexton, l'art. 172, qui figure dans la partie V de la *Loi sur les transports au Canada*, compte parmi les différentes dispositions qui « comportent un aspect relatif aux droits de la personne » et commandent un « degré de déférence moindre » (par. 25).

Le juge Sexton s'est fondé sur l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office des Transports)*, [2003] 4 C.F. 558, 2003 CAF 271, pour établir une distinction entre l'expertise de l'Office en matière réglementaire et son expertise en matière de droits de la personne. À son avis, la question du pouvoir de l'Office d'instruire la plainte du CCD touchait à la protection des droits de la personne et dépendait d'une interprétation législative qui ne relevait pas du domaine d'expertise de l'Office. Il a décidé que ces facteurs, dont l'existence d'un droit d'appel avec autorisation prévu par la Loi, indiquaient que l'interprétation que l'Office donnait de la compétence qu'il tenait de l'art. 172 pouvait faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte qui fait appel à une moins grande déférence, ce qui permettait à la cour de substituer la réponse qu'elle estimait correcte à celle de l'Office.

Comme nous l'avons vu, la Cour d'appel fédérale a toutefois décidé à l'unanimité que l'Office avait eu raison de conclure qu'il avait compétence en vertu de l'art. 172 pour instruire la plainte du CCD.

La Cour d'appel fédérale a aussi conclu que la norme de contrôle applicable à la décision de l'Office sur la question de savoir si un obstacle est abusif

is patent unreasonableness. I agree. I do not, however, share the majority's view that VIA raised a preliminary, jurisdictional question falling outside the Agency's expertise that was, therefore, subject to a different standard of review. Applying such an approach has the capacity to unravel the essence of the decision and undermine the very characteristic of the Agency which entitles it to the highest level of deference from a court — its specialized expertise. It ignores Dickson J.'s caution in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, that courts "should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so" (p. 233).

If every provision of a tribunal's enabling legislation were treated as if it had jurisdictional consequences that permitted a court to substitute its own view of the correct interpretation, a tribunal's role would be effectively reduced to fact-finding. Judicial or appellate review will "be better informed by an appreciation of the views of the tribunal operating daily in the relevant field": D. Mullan, "Tribunals and Courts — The Contemporary Terrain: Lessons from Human Rights Regimes" (1999), 24 *Queen's L.J.* 643, at p. 660. Just as courts "should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so", so should they also refrain from overlooking the expertise a tribunal may bring to the exercise of interpreting its enabling legislation and defining the scope of its statutory authority.

Section 172 is part of the Agency's enabling legislation, the authorizing framework assigning responsibility to the Agency, and in which it is

est celle de la décision manifestement déraisonnable. Je suis d'accord. Cependant, je ne partage pas l'opinion des juges majoritaires selon laquelle VIA a soulevé une question préliminaire de compétence qui ne relevait pas de l'expertise de l'Office et qui était donc assujettie à une norme de contrôle différente. Une telle approche risque de détruire l'essence de la décision et de miner la caractéristique même de l'Office qui lui donne droit au plus haut degré de déférence de la part d'une cour de justice — son expertise. Elle ne tient pas compte de la mise en garde formulée par le juge Dickson dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, selon laquelle les tribunaux judiciaires « devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233).

89 Si chaque disposition de la loi habitante d'un tribunal administratif devait être traitée comme si elle avait des conséquences sur le plan de la compétence qui autoriseraient une cour de justice à substituer ce qu'elle estime être la juste interprétation à donner, le rôle du tribunal administratif se limiterait en réalité à constater des faits. Le contrôle judiciaire ou l'examen en appel sera [TRADUCTION] « mieux guidé par une appréciation des opinions du tribunal administratif qui œuvre quotidiennement dans le domaine pertinent » : D. Mullan, « Tribunals and Courts — The Contemporary Terrain : Lessons from Human Rights Regimes » (1999), 24 *Queen's L.J.* 643, p. 660. Tout comme ils « devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi l'assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu'il existe un doute à cet égard », les tribunaux judiciaires devraient également s'abstenir de faire abstraction de l'expertise qu'un tribunal administratif peut mettre à profit lorsqu'il s'agit d'interpréter sa loi habilitante et de définir l'étendue du pouvoir que la loi en question lui confère.

90 L'article 172 fait partie de la loi habitante de l'Office, qui établit le cadre de compétence dans lequel l'Office est censé exercer son expertise.

expected to apply its expertise. It is a clear example of a provision that reflects "a conscious and clearly-worded decision by the legislature to use a subjective or open-ended grant of power [which] has the effect of widening the delegate's jurisdiction and therefore narrowing the ambit of judicial review of the legality of its actions": D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (4th ed. 2004), at p. 140.

Il est un bon exemple de disposition qui reflète [TRADUCTION] « une décision claire et bien arrêtée du législateur de recourir à une attribution de pouvoir subjective et illimitée [ayant] pour effet d'élargir la compétence de l'organisme à qui le pouvoir est délégué et, partant, de réduire l'étendue du contrôle judiciaire de la légalité de ses actes » : D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (4e éd. 2004), p. 140.

91 In *Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 S.C.R. 890, at para. 18, this Court said:

> The test as to whether the provision in question is one that limits jurisdiction is: was the question which the provision raises one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the Board? . . . Factors such as the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise and the nature of the problem are all relevant in arriving at the intent of the legislature.

Dans l'arrêt *Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)*, [1997] 2 R.C.S. 890, par. 18, notre Cour a affirmé ceci :

> Le critère servant à déterminer si la disposition en cause est une disposition limitative de compétence est le suivant : La question soulevée par la disposition est-elle une question que le législateur voulait assujettir au pouvoir décisionnel exclusif de la Commission? [. . .] Des facteurs comme l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, son domaine d'expertise et la nature du problème qui lui est soumis sont tous pertinents pour déterminer l'intention du législateur.

This approach, affirmed by Bastarache J. in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 26, reiterates Beetz J.'s observation in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, that:

Cette approche, confirmée par le juge Bastarache dans l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 26, réitère l'observation du juge Beetz dans l'arrêt *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048 :

> The concept of the preliminary or collateral question diverts the courts from the real problem of judicial review: it substitutes the question "Is this a preliminary or collateral question to the exercise of the tribunal's power?" for the only question which should be asked, "Did the legislator intend the question to be within the jurisdiction conferred on the tribunal?" [p. 1087]

> La notion de condition préalable détourne les tribunaux du véritable problème du contrôle judiciaire : elle substitue la question « S'agit-il d'une condition préalable à l'exercice du pouvoir du tribunal? » à la seule question qu'il faut se poser, « Le législateur a-t-il voulu qu'une telle matière relève de la compétence conférée au tribunal? » [p. 1087]

92 A tribunal with the power to decide questions of law is a tribunal with the power to decide questions involving the statutory interpretation of its enabling legislation, whether or not the questions also engage human rights issues. Bastarache J.'s dissenting reasons note in *Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.*, [2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28, at para. 86, that "the broad policy context of a specialized agency infuses the exercise

Le tribunal administratif qui a le pouvoir de trancher des questions de droit a aussi le pouvoir de trancher des questions d'interprétation de sa loi habilitante, peu importe que celles-ci fassent également intervenir des questions de droits de la personne. Dans l'arrêt *Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble*, [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28, par. 86, le juge Bastarache, dissident, souligne que « le large contexte

of statutory interpretation such that application of the enabling statute is no longer a matter of 'pure statutory interpretation'. When its enabling legislation is in issue, a specialized agency will be better equipped than a court". See also *Pushpanathan*, at para. 37.

d'élaboration de politiques de l'organisme spécialisé inspire sa démarche d'interprétation législative, de sorte que l'application de sa loi habilitante n'est plus une question d'"interprétation législative pure". Lorsque sa loi habilitante est en cause, l'organisme spécialisé sera plus qualifié que la cour ». Voir aussi l'arrêt *Pushpanathan*, par. 37.

The Agency's enabling legislation clearly shows that its interpretation of its authority to proceed with CCD's application is a question Parliament intended to fall squarely within its jurisdiction and expert assessment. Under s. 172(1), "[t]he Agency may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1)". Section 170(1) gives the Agency discretionary authority to "make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network under the legislative authority of Parliament". A list of four particular areas in which the Agency may make regulations is provided, but this list is not exhaustive. Instead, Parliament gave the Agency discretionary authority to determine whether regulations directed toward eliminating undue obstacles in the federal transportation system *could* be made, without circumscribing the Agency's discretion to identify the specific matters these regulations might address.

93 La loi habilitante de l'Office démontre clairement que le législateur voulait que l'interprétation par l'Office de son pouvoir d'instruire la demande du CCD relève clairement de sa compétence et de son évaluation à titre d'expert. Aux termes du par. 172(1), « l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1) ». Le paragraphe 170(1) donne à l'Office le pouvoir discrétionnaire de « prendre des règlements afin d'éliminer tous obstacles abusifs, dans le réseau de transport assujetti à la compétence législative du Parlement ». Il énumère ensuite quatre domaines particuliers dans lesquels l'Office peut prendre des règlements, mais cette liste n'est pas exhaustive. Le législateur a plutôt accordé à l'Office le pouvoir discrétionnaire de décider si des règlements visant à éliminer tous obstacles abusifs dans le système de transport fédéral *pouvaient* être pris, sans pour autant limiter son pouvoir discrétionnaire de relever les questions précises que ces règlements pourraient régir.

In accepting CCD's application, the Agency relied on its express authority to make regulations respecting "the design, construction or modification of . . . means of transportation" and the "conditions of carriage applicable in respect of the transportation of persons with disabilities" under s. 170(1)(*a*) and (*c*) to find that it had jurisdiction to entertain CCD's complaint. Since CCD's application clearly concerned the "design, construction or modification" of the Renaissance cars and the "conditions of carriage" confronting persons with disabilities, no jurisdictional question legitimately arises from this ground of appeal on these facts. If an experience-based complaint were required to operationalize the Agency's adjudicative authority, we would not expect to find authority to make

94 Lorsqu'il a acquiescé à la demande du CCD, l'Office s'est fondé sur son pouvoir explicite de prendre des règlements concernant « la conception et la construction des moyens de transport ainsi que [. . .] leur modification » et les « conditions de transport applicables au transport [des] personnes ayant une déficience », prévues aux al. 170(1)*a*) et *c*), pour conclure qu'il avait compétence pour instruire la plainte du CCD. Comme la demande du CCD concernait clairement « la conception et la construction [. . .] ainsi que [la] modification » des voitures Renaissance, et les « conditions de transport » auxquelles sont confrontées les personnes ayant une déficience, ce moyen d'appel ne soulève, compte tenu de ces faits, aucune question légitime de compétence. Si une plainte fondée sur une

regulations respecting the "design" or "construction" of rail cars in s. 170(1)(*c*).

95 The Agency's authority to entertain CCD's complaint, in any event, depended on its own discretionary determination of whether CCD's complaint raised an issue for which a regulation directed toward eliminating undue obstacles *could* be made. This falls squarely within the Agency's jurisdiction. Given that the Agency's jurisdiction to entertain CCD's complaint under s. 172(1) turns almost exclusively on its own discretionary decision-making, s. 172(1) is a jurisdiction-granting, not jurisdiction-limiting, provision.

96 It seems to me counterproductive for courts to parse and recharacterize aspects of a tribunal's core jurisdiction, like the Agency's discretionary authority to make regulations and adjudicate complaints, in a way that undermines the deference that jurisdiction was conferred to protect. By attributing a jurisdiction-limiting label, such as "statutory interpretation" or "human rights", to what is in reality a function assigned and properly exercised under the enabling legislation, a tribunal's expertise is made to defer to a court's generalism rather than the other way around.

97 I do not share the view that the issue before the Agency was, as a human rights matter, subject to review on a standard of correctness. This unduly narrows the characterization of what the Agency was called upon to decide and disregards how inextricably interwoven the human rights and transportation issues are. Parliament gave the Agency a specific mandate to determine how to render transportation systems more accessible for persons with disabilities. This undoubtedly has a human rights aspect. But that does not take the questions of how and when the Agency exercises its human rights

expérience vécue était nécessaire pour que l'Office puisse exercer son pouvoir juridictionnel, on ne s'attendrait pas à trouver dans l'al. 170(1)*c*) le pouvoir de prendre des règlements concernant la « conception » ou la « construction » de voitures de chemin de fer.

Quoi qu'il en soit, le pouvoir de l'Office d'instruire la plainte du CCD était fonction de sa propre décision discrétionnaire quant à savoir si cette plainte soulevait une question à l'égard de laquelle il *pouvait* prendre un règlement destiné à éliminer des obstacles abusifs. Cette question relève clairement de la compétence de l'Office. Étant donné que la compétence que le par. 172(1) confère à l'Office pour instruire la plainte du CCD tient presque exclusivement à son propre pouvoir décisionnel discrétionnaire, le par. 172(1) est une disposition attributive, et non limitative, de compétence.

Il me semble plus néfaste que bénéfique que les tribunaux judiciaires analysent et requalifient des aspects de la compétence fondamentale d'un tribunal administratif, tel le pouvoir discrétionnaire de l'Office de prendre des règlements et de statuer sur des plaintes d'une manière qui mine la déférence que cette compétence visait à protéger. L'attribution d'une étiquette limitative de compétence, comme celle d'« interprétation législative » ou de « droits de la personne », à ce qui est en réalité une fonction confiée et exercée correctement en vertu de la loi habilitante, fait en sorte que c'est l'expertise d'un tribunal administratif qui doit céder le pas devant les connaissances générales d'une cour de justice, et non le contraire.

Je ne partage pas l'avis selon lequel la question soumise à l'Office était, en tant que question relative aux droits de la personne, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Ce point de vue limite indûment la qualification de la décision que l'Office était appelé à rendre et ne tient pas compte de la façon dont les questions de droits de la personne et de transport sont inextricablement liées. Le législateur a donné à l'Office le mandat précis de déterminer la façon de rendre les systèmes de transport plus accessibles aux personnes ayant une déficience. Ce mandat comporte

expertise outside the mandate conferred on it by Parliament.

indéniablement un aspect « droits de la personne ». Cependant, cela n'a pas pour effet d'exclure du mandat que le législateur a confié à l'Office les questions de savoir quand et comment ce tribunal administratif doit mettre à profit son expertise en matière de droits de la personne.

The human rights issues the Agency is called upon to address arise in a particular — and particularly complex — context: the federal transportation system. The *Canada Transportation Act* is highly specialized regulatory legislation with a strong policy focus. The scheme and object of the Act are the oxygen the Agency breathes. When interpreting the Act, including its human rights components, the Agency is expected to bring its transportation policy knowledge and experience to bear on its interpretations of its assigned statutory mandate: *Pushpanathan*, at para. 26.

98 Les questions de droits de la personne que l'Office est appelé à examiner se posent dans un contexte particulier et particulièrement complexe, celui du système de transport fédéral. La *Loi sur les transports au Canada* est une loi de nature réglementaire hautement spécialisée qui est axée sur de solides considérations de politique générale. L'économie et l'objet de la Loi sont l'oxygène de l'Office. Lorsqu'il interprète la Loi, y compris ses éléments relatifs aux droits de la personne, l'Office est censé mettre à profit sa connaissance et son expérience de la politique des transports pour comprendre le mandat qui lui est confié par cette loi : *Pushpanathan*, par. 26.

The allegedly jurisdictional determination the Agency was being asked to make, like the "undueness" inquiry, falls squarely within its statutory mandate. It did not involve answering a legal question beyond its expertise, but rather requires the Agency to apply its expertise to the legal issue assigned to it by statute. The Agency, and not a reviewing court, is best placed to determine whether the Agency may exercise its discretion to make a regulation for the purpose of eliminating an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities — a determination on which the Agency's jurisdiction to entertain applications depends.

99 Tout comme l'enquête sur le « caractère abusif », la soi-disant décision en matière de compétence que l'Office devait rendre relève clairement du mandat que lui confie la Loi. Cela ne signifiait pas qu'il devait répondre à une question de droit dépassant son expertise, mais plutôt qu'il devait mettre à profit son expertise pour résoudre la question de droit qui lui était soumise. C'est l'Office, et non la cour de révision, qui est le mieux placé pour décider s'il peut exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre un règlement afin d'éliminer un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience — la compétence de l'Office pour instruire des demandes étant elle-même fonction de cette décision.

The Agency is responsible for interpreting its own legislation, including what that statutory responsibility includes. The Agency made a decision with many component parts, each of which fell squarely and inextricably within its expertise and mandate. It was therefore entitled to a single, deferential standard of review.

100 L'Office est chargé d'interpréter ses propres dispositions législatives, y compris ce en quoi consiste cette responsabilité que lui confie la Loi. La décision qu'il a rendue comportait plusieurs parties, chacune d'elles relevant clairement et inextricablement de son domaine d'expertise et de son mandat. Elle commandait donc l'application d'une seule norme de contrôle faisant appel à la déférence.

In any situation where deference is due, "there will often be no single right answer to the

101 Chaque fois qu'il faut faire preuve de déférence, « il y a souvent plus d'une seule bonne réponse aux

questions that are under review against the standard of reasonableness. . . . Even if there could be, notionally, a single best answer, it is not the court's role to seek this out when deciding if the decision was unreasonable": *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, at para. 51. Just as judicial assessments of what is reasonable may vary, it is unavoidable that "[w]hat is patently unreasonable to one judge may be eminently reasonable to another": *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 963.

102 I appreciate that it is a conceptual challenge to delineate the difference in degrees of deference between what is patently unreasonable and what is unreasonable. Both, it seems to me, speak to whether a tribunal's decision is demonstrably unreasonable, that is, such a marked departure from what is rational, as to be unsustainable. This issue was, in my view, persuasively canvassed by my colleague LeBel J. in his concurring reasons in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, and requires no further elaboration here.

103 But whatever label is used to describe the requisite standard of reasonableness, a reviewing court should defer where "the reasons, taken as a whole, are tenable as support for the decision" (*Ryan*, at para. 56) or "where . . . the decision of that tribunal [could] be sustained on any reasonable interpretation of the facts or of the law" (*National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1369-70, *per* Gonthier J.). The "immediacy or obviousness" to a reviewing court of a defective strand in the analysis is not, in the face of the inevitable subjectivity involved, a reliable guide to whether a given decision is untenable or evidences an unreasonable interpretation of the facts or law.

questions examinées selon la norme de la décision raisonnable. [. . .] Même dans l'hypothèse où il y aurait une réponse meilleure que les autres, le rôle de la cour n'est pas de tenter de la découvrir lorsqu'elle doit décider si la décision est déraisonnable » : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, par. 51. Tout comme les évaluations judiciaires de ce qui est raisonnable peuvent varier, il est inévitable que « [c]e qui est manifestement déraisonnable pour un juge peut paraître éminemment raisonnable pour un autre » : *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, p. 963.

Je suis consciente du défi conceptuel que pose la détermination de la différence, sur le plan de la déférence applicable, entre ce qui est manifestement déraisonnable et ce qui est déraisonnable. Les deux concepts, me semble-t-il, reviennent à se demander si la décision d'un tribunal administratif a un caractère déraisonnable démontrable, c'est-à-dire si elle s'écarte de façon marquée de ce qui est rationnel au point d'être insoutenable. À mon avis, mon collègue le juge LeBel a examiné cette question de façon concluante dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'affaire *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de s'y attarder davantage en l'espèce.

Mais peu importe le qualificatif employé pour décrire la norme du caractère raisonnable applicable, la cour de révision devrait faire montre de déférence lorsque « les motifs, considérés dans leur ensemble, sont soutenables comme assise de la décision » (*Ryan*, par. 56) ou si « la décision [du tribunal spécialisé pourrait] être maintenue selon une interprétation raisonnable des faits ou du droit » (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1369, le juge Gonthier). Le « caractère flagrant ou évident », pour la cour de révision, d'une erreur d'analyse n'est pas, face à l'inévitable subjectivité que cela comporte, un indice fiable pour déterminer si une décision donnée est insoutenable ou si elle reflète une interprétation déraisonnable des faits ou du droit.

As Wilson J. recognized in *National Corn Growers*, at pp. 1347-48, it is the way a tribunal understands the question its enabling legislation asks it to answer and the factors it is to consider, rather than the specific answer a tribunal arrives at, that should be the focus of a reviewing court's inquiry:

> [O]ne must begin with the question whether the tribunal's interpretation of the provisions in its constitutive legislation that define the way it is to set about answering particular questions is patently unreasonable. If the tribunal has not interpreted its constitutive statute in a patently unreasonable fashion, the courts must not then proceed to a wide ranging review of whether the tribunal's conclusions are unreasonable.

To engage in a wide-ranging review of a tribunal's specific conclusions when its interpretation of its constitutive statute cannot be said to be irrational, or unreasonable, would be an unwarranted trespass into the realm of reweighing and re-assessing evidence. Where an expert and specialized tribunal has charted an appropriate analytical course for itself, with reasons that serve as a rational guide, reviewing courts should not lightly interfere with its interpretation and application of its enabling legislation.

Here, the Agency interpreted its authority to proceed with CCD's application under s. 172(1) in a manner that is, to use the pioneering language of Dickson J., "rationally supported by the relevant legislation": *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, at p. 237. Nothing in the Agency's enabling legislation compels subjecting any particular aspect of the Agency's interpretation of s. 172 to a more searching review or a reweighing of the factors and evidence the Agency considered.

The Agency, to whom the duty of interpreting and applying its broad regulation-making powers falls, is owed deference in interpreting its own legislation. It did not reach an unreasonable conclusion respecting its jurisdiction when it rejected the

Comme l'a reconnu la juge Wilson, aux p. 1347-1348 de l'arrêt *National Corn Growers*, c'est sur la façon dont un tribunal interprète la question à laquelle sa loi habilitante lui demande de répondre et les facteurs dont il doit tenir compte, et non sur la réponse précise à laquelle il arrive, que devrait porter l'enquête de la cour de révision : 104

> On doit [. . .] commencer par se demander [. . .] si ce tribunal a interprété d'une manière manifestement déraisonnable les dispositions de sa loi constitutive qui précisent la façon dont il doit procéder pour répondre à des questions particulières. Si le tribunal n'a pas donné à sa loi constitutive une interprétation manifestement déraisonnable, les cours de justice ne doivent pas alors entreprendre une étude approfondie de la question de savoir si les conclusions du tribunal sont déraisonnables.

Entreprendre une étude approfondie des conclusions précises d'un tribunal, dans le cas où on ne peut pas dire qu'il a interprété sa loi constitutive d'une manière irrationnelle ou déraisonnable, constituerait une incursion injustifiée dans le domaine de la réévaluation de la preuve. Lorsqu'un tribunal spécialisé a établi une méthode d'analyse appropriée à ses besoins et que ses motifs servent de guide rationnel, les cours de révision ne devraient pas modifier à la légère son interprétation et son application de sa loi habilitante.

En l'espèce, l'Office a interprété le pouvoir d'instruire la demande du CCD, qu'il tient du par. 172(1), d'une manière qui, pour reprendre les propos inédits du juge Dickson, peut « rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente » : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, p. 237. Rien dans la loi habilitante de l'Office n'oblige à assujettir un aspect particulier de l'interprétation qu'il donne de l'art. 172 à un examen plus approfondi ou à une réévaluation des facteurs et des éléments de preuve qu'il a pris en considération. 105

L'Office — à qui il appartient d'interpréter et d'appliquer son vaste pouvoir de réglementation — a droit à la déférence lorsqu'il interprète ses propres dispositions législatives. Il n'a pas tiré une conclusion déraisonnable relativement à sa 106

suggestion that an actual travel-based complaint was required to trigger its adjudicative authority.

107 I also share the view of Evans J.A. that deference is owed to the Agency's application of s. 172 on the merits. Included in its mandate is the discretion to identify obstacles for persons with disabilities, to decide whether they are undue and, if they are, what the most appropriate remedy is. Parliament designated the Agency to interpret and apply its enabling legislation, select from a range of remedial choices, protect the interests of the public, address policy issues, and balance multiple and competing interests.

108 The Agency defined the analytical process inherent in identifying "undue obstacles" in the federal transportation network in a way that is supported by the *Canada Transportation Act*. In expressing its mandate, it stated: "if the Agency finds that the accommodation provided is not reasonable or falls short of what is practicable in the circumstances, then the Agency may find an undue obstacle and may require the taking of corrective measures to eliminate that undue obstacle" (Preliminary Decision, at p. 20).

109 Viewed as a whole, the Agency's reasons show that it approached and applied its mandate reasonably. In particular and most significantly, it complied substantially with this Court's directions in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"), assessing reasonable accommodation, and applied the correct burden of proof. While the Agency did not conduct a step-by-step application of *Meiorin*, it did apply its guiding principles and adapted them to its governing statutory mandate. In the absence of specific evidence of undue hardship, the Agency's rejection of VIA's economic arguments was consistent with this Court's guidance in *British Columbia (Superintendent of Motor*

compétence lorsqu'il a rejeté l'idée que la plainte devait être fondée sur une expérience vécue par un voyageur pour qu'il puisse exercer son pouvoir juridictionnel.

Je partage également l'avis du juge Evans selon lequel il faut faire montre de déférence à l'égard de l'application au fond de l'art. 172 par l'Office. Son mandat comporte l'exercice du pouvoir discrétionnaire de relever les obstacles pour les personnes ayant une déficience, de décider si ces obstacles sont abusifs et, le cas échéant, quelles sont les mesures correctives les plus indiquées. Le législateur a chargé l'Office d'interpréter et d'appliquer sa loi habilitante, de choisir parmi une gamme de mesures correctives possibles, de protéger les intérêts du public, de résoudre des questions de politique générale et de soupeser des intérêts multiples et opposés.

L'Office a défini le processus analytique inhérent à la détermination des « obstacles abusifs » dans le réseau de transport fédéral d'une manière qui s'appuie sur la *Loi sur les transports au Canada*. Au sujet de son mandat, il a affirmé : « si l'Office estime que des mesures fournies destinées à répondre aux besoins ne sont pas convenables ou qu'elles représentent moins que ce qui est possible dans les circonstances, alors l'Office peut conclure qu'il y a là obstacle abusif et peut exiger des mesures correctives pour éliminer cet obstacle abusif » (décision préliminaire, p. 21).

Considérés globalement, les motifs de l'Office démontrent qu'il a interprété et exercé son mandat de manière raisonnable. Il s'est notamment conformé pour l'essentiel aux directives que la Cour a données dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), relativement à l'évaluation de l'accommodement raisonnable, et a appliqué le bon fardeau de preuve. Bien qu'il n'ait pas procédé à une application progressive de l'arrêt *Meiorin*, l'Office en a effectivement appliqué les principes directeurs et les a adaptés au mandat que lui confie la Loi. En l'absence de preuve précise de contrainte excessive, son rejet des arguments économiques de VIA était conforme

Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights), [1999] 3 S.C.R. 868 ("*Grismer*"), at para. 41, that "impressionistic evidence of increased expense will not generally suffice".

à l'indication donnée par notre Cour dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (« *Grismer* »), par. 41, selon laquelle « la preuve, constituée d'impressions, d'une augmentation des dépenses ne suffit pas généralement ».

To redress discriminatory exclusions, human rights law favours approaches that encourage, rather than fetter, independence and access. This means an approach that, to the extent structurally, economically and otherwise reasonably possible, seeks to minimize or eliminate the disadvantages created by disabilities. It is a concept known as reasonable accommodation. 110

Pour remédier aux exclusions discriminatoires, le droit en matière de droits de la personne préconise des solutions qui favorisent l'indépendance et l'accès, au lieu de les entraver. Il s'agit de solutions qui, dans la mesure où elles sont structurellement, économiquement ou autrement raisonnablement possibles, tendent à réduire au minimum ou à éliminer les inconvénients créés par les déficiences. Ce concept est connu sous le nom d'accommodement raisonnable.

In my view, as I attempt to explain in the balance of these reasons, far from being unreasonable for the Agency to adopt a frame of reference premised on achieving personal wheelchair-based accessibility in 13 economy coach cars and 17 service cars out of the 139 cars VIA purchased, it may well have been found to be patently unreasonable for the Agency not to do so. Nor did it violate VIA's rights to procedural fairness. 111

À mon avis, comme je vais tenter de l'expliquer dans le reste des présents motifs, il était loin d'être déraisonnable que l'Office adopte un cadre de référence fondé sur l'accessibilité des fauteuils roulants personnels à 13 voitures-coach de la classe économique et à 17 voitures de service parmi les 139 voitures achetées par VIA, et il aurait bien pu être jugé manifestement déraisonnable qu'il ne le fasse pas. L'Office n'a pas non plus violé les droits de VIA à l'équité procédurale.

B. *Was the Agency's Decision Entitled to Deference?*

B. *La décision de l'Office devait-elle faire l'objet de déférence?*

Part V of the *Canada Transportation Act* was enacted to confirm the protection of the human rights of persons with disabilities in the federal transportation context. The history of this regulatory scheme shows that it was Parliament's intention that what is now Part V of the Act be interpreted according to human rights principles and that "transportation legislation rather than human rights legislation should be used" to enforce the accessibility standards provided in the predecessor legislation, the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C. 1985, c. 28 (3rd Supp.) (*House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 17, 1987, at p. 7273 (Hon. John C. Crosbie)). 112

L'adoption de la partie V de la *Loi sur les transports au Canada* visait à confirmer la protection des droits des personnes ayant une déficience dans le système de transport fédéral. L'historique de ce régime de réglementation démontre que le législateur entendait que l'on donne à ce qui constitue maintenant la partie V de la Loi une interprétation conforme aux principes en matière de droits de la personne et qu'on « utilis[e] la loi sur les transports plutôt que la loi sur les droits de la personne » pour appliquer les normes d'accessibilité établies dans la loi précédente, la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. 1985, ch. 28 (3^{e} suppl.) (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2^{e} sess., 33^{e} lég., 17 juin 1987, p. 7272-7273 (l'hon. John C. Crosbie)).

113 Amendments made to the *National Transportation Act, 1987* affirmed the government's intention that transportation legislation "be placed alongside the other laws of Canada that reflect its tradition for protecting human rights and values in Canada" (*House of Commons Debates*, vol. XIII, 2nd Sess., 33rd Parl., June 17, 1988, at p. 16573 (Hon. Gerry St. Germain)). Parliament's decision to use this particular legislation as the source of human rights protection for persons with disabilities ensures specialized protection, applying practical expertise in transportation issues to human rights principles. This both strengthens the protection and enables its realistic implementation.

114 In *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, [2006] 1 S.C.R. 513, 2006 SCC 14, at para. 26, a majority of this Court affirmed the presumption that a tribunal can look to external statutes to assist in the interpretation of provisions in its enabling legislation "because it is undesirable for a tribunal to limit itself to some of the law while shutting its eyes to the rest of the law. The law is not so easily compartmentalized that all relevant sources on a given issue can be found in the provisions of a tribunal's enabling statute." Both *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, at p. 156, and *Tranchemontagne* make clear that human rights legislation, as a declaration of "public policy regarding matters of general concern", forms part of the body of relevant law necessary to assist a tribunal in interpreting its enabling legislation.

115 In *Winnipeg School Division*, McIntyre J. confirmed that where there is a conflict between human rights law and other specific legislation, unless an exception is created, the human rights legislation, as a collective statement of public policy, must govern. It follows as a natural corollary that where a statutory provision is open to more than

Les modifications apportées à la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* ont confirmé l'intention du gouvernement que la loi sur les transports « s'ajout[e] à la liste des lois canadiennes qui illustrent [sa] volonté de protéger les droits de la personne et les valeurs des Canadiens » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 2e sess., 33e lég., 17 juin 1988, p. 16573 (l'hon. Gerry St. Germain)). La décision du législateur de se servir de cette loi comme source de protection des droits de la personne des gens qui ont une déficience garantit une protection spécialisée par l'application aux principes concernant les droits de la personne d'une expertise pratique en matière de transport. Une telle mesure renforce la protection et en permet une application réaliste.

Dans l'arrêt *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14, par. 26, notre Cour à la majorité a confirmé la présomption qu'un tribunal administratif peut examiner d'autres lois que sa loi habilitante pour interpréter des dispositions de sa loi habilitante « du fait qu'il est peu souhaitable qu'un tribunal administratif se limite à l'examen d'une partie du droit et ferme les yeux sur le reste du droit. Le droit n'est pas compartimenté de manière à ce que l'on puisse facilement trouver toutes les sources pertinentes à l'égard d'une question donnée dans les dispositions de la loi habilitante d'un tribunal administratif. » L'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, p. 156, et l'arrêt *Tranchemontagne* établissent tous les deux clairement que, du fait qu'elle énonce « une politique générale applicable à des questions d'intérêt général », une loi sur les droits de la personne fait partie de l'ensemble des règles de droit pertinentes nécessaires pour aider un tribunal administratif à interpréter sa loi habilitante.

Dans l'arrêt *Winnipeg School Division*, le juge McIntyre a confirmé que, en cas de conflit entre une loi sur les droits de la personne et une autre loi particulière, la loi sur les droits de la personne, en tant qu'énoncé collectif d'une politique générale, doit prévaloir à moins qu'une exception ne soit créée. Il s'ensuit naturellement

one interpretation, it must be interpreted consistently with human rights principles. The Agency is therefore obliged to apply the principles of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, when defining and identifying "undue obstacles" in the transportation context.

que, lorsqu'une disposition législative est susceptible de plus d'une interprétation, elle doit être interprétée conformément aux principes en matière de droits de la personne. L'Office est donc tenu d'appliquer les principes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6, lorsqu'il définit et relève des « obstacles abusifs » dans le contexte du transport.

There is, moreover, a mandatory direction found in s. 171 from Parliament to the Agency to coordinate its activities with the Canadian Human Rights Commission to ensure policy, procedural and jurisdictional complementarity. It states:

116 De plus, à l'art. 171, le législateur oblige l'Office à coordonner son action avec celle de la Commission canadienne des droits de la personne afin d'assurer une complémentarité sur les plans de la politique générale, de la procédure et de la compétence. Voici cette disposition :

171. The Agency and the Canadian Human Rights Commission shall coordinate their activities in relation to the transportation of persons with disabilities in order to foster complementary policies and practices and to avoid jurisdictional conflicts.

171. L'Office et la Commission canadienne des droits de la personne sont tenus de veiller à la coordination de leur action en matière de transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l'adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence.

Section 171 confirms the Agency's obligation to interpret and apply the *Canada Transportation Act* in a manner consistent with the purpose and provisions of human rights legislation. This means identifying and remedying undue obstacles for persons with disabilities in the transportation context in a manner that is consistent with the approach for identifying and remedying discrimination under human rights law. In practice, this has resulted, as the Agency noted in its Preliminary Decision, in complaints by persons with disabilities related to the federal transportation network being referred regularly by the Canadian Human Rights Commission to the Agency for investigation and determination.

117 L'article 171 confirme que l'Office est tenu d'interpréter et d'appliquer la *Loi sur les transports au Canada* d'une manière conforme à l'objet et aux dispositions des lois sur les droits de la personne. Cela signifie que, dans le contexte du transport, il doit relever les obstacles abusifs pour les personnes ayant une déficience et y remédier d'une manière compatible avec l'approche adoptée pour relever la discrimination visée par les lois sur les droits de la personne. Comme l'Office l'a fait remarquer dans sa décision préliminaire, il en résulte concrètement que la Commission canadienne des droits de la personne renvoie régulièrement à l'Office, pour qu'il les examine et les tranche, les plaintes de personnes ayant une déficience concernant le réseau de transport fédéral.

In this case, it is the design of the Renaissance cars that is said to represent an undue obstacle. Either the actual existence or the planned existence of an obstacle to mobility can be sufficient to trigger the Agency's jurisdiction to inquire into matters relating to design, construction, or modification of the means of transportation. The applicant is not required to establish that the obstacle is already part of the federal transportation system, or

118 En l'espèce, c'est la conception des voitures Renaissance qui est qualifiée d'obstacle abusif. L'existence réelle ou prévue d'un obstacle aux possibilités de déplacement peut suffire pour que l'Office soit en mesure d'exercer sa compétence pour enquêter sur des questions de conception, de construction ou de modification du moyen de transport. Le demandeur n'est pas tenu d'établir que l'obstacle existe déjà dans le système de transport

that someone has actually experienced an incident relating to the obstacle.

119 When assessing the scope of an applicant's right not to be confronted with undue obstacles to mobility, the Agency is bound by this Court's decision in *Meiorin*. *Meiorin* defines the balancing required to determine whether a workplace obstacle or standard unjustifiably infringes human rights principles. An impugned standard may be justified "by establishing on the balance of probabilities":

> (1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;
>
> (2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and
>
> (3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer. [para. 54]

120 The same analysis applies in the case of physical barriers. A physical barrier denying access to goods, services, facilities or accommodation customarily available to the public can only be justified if it is "impossible to accommodate" the individual "without imposing undue hardship" on the person responsible for the barrier. There is, in other words, a duty to accommodate persons with disabilities unless there is a *bona fide* justification for not being able to do so.

121 The concept of reasonable accommodation recognizes the right of persons with disabilities to the same access as those without disabilities, and imposes a duty on others to do whatever is reasonably possible to accommodate this right. The discriminatory barrier must be removed unless there is a *bona fide* justification for its retention, which is proven by establishing that accommodation imposes undue hardship on the service

fédéral ou que quelqu'un a vécu une expérience relative à cet obstacle.

En appréciant la portée du droit d'un demandeur de ne pas être confronté à des obstacles abusifs à ses possibilités de déplacement, l'Office est lié par l'arrêt *Meiorin* de notre Cour. Cet arrêt définit l'évaluation qui doit être faite pour déterminer si une norme ou un obstacle du milieu de travail porte atteinte d'une manière injustifiable à des principes en matière de droits de la personne. Il est possible de justifier une norme contestée « en établissant selon la prépondérance des probabilités » :

> (1) [que l'employeur] a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;
>
> (2) [que l'employeur] a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;
>
> (3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. [par. 54]

La même analyse s'applique aux obstacles physiques. Un obstacle physique qui prive d'un bien, d'un service, d'une installation ou d'un moyen d'hébergement destinés au public ne peut être justifié que s'il est « impossible de composer » avec cette personne sans que le responsable de l'obstacle « subisse une contrainte excessive ». En d'autres termes, il existe une obligation d'accommoder les personnes ayant une déficience, à moins qu'il n'y ait un motif justifiable de ne pas pouvoir le faire.

La notion d'accommodement raisonnable reconnaît que les personnes ayant une déficience ont le même droit d'accès que celles n'ayant pas de déficience, et impose à autrui l'obligation de faire tout ce qui est raisonnablement possible pour tenir compte de ce droit. L'obstacle discriminatoire doit être éliminé, sauf s'il existe un motif justifiable de le maintenir, lequel peut être établi en prouvant que l'accommodement impose au fournisseur de

provider: *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525 ("*Chambly*"), at p. 546.

In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 79, this Court noted that it is "a cornerstone of human rights jurisprudence . . . that the duty to take positive action to ensure that members of disadvantaged groups benefit equally from services offered to the general public is subject to the principle of reasonable accommodation", which means "to the point of 'undue hardship'". Undue hardship implies that there may necessarily be some hardship in accommodating someone's disability, but unless that hardship imposes an undue or unreasonable burden, it yields to the need to accommodate.

What constitutes undue hardship depends on the factors relevant to the circumstances and legislation governing each case: *Chambly*, at p. 546; *Meiorin*, at para. 63. The factors informing a respondent's duty to accommodate "are not entrenched, except to the extent that they are expressly included or excluded by statute": *Meiorin*, at para. 63.

In all cases, as Cory J. noted in *Chambly*, at p. 546, such considerations "should be applied with common sense and flexibility in the context of the factual situation presented in each case".

Yet VIA argues that s. 5 of the *Canada Transportation Act*, whereby the Agency is directed to take matters of cost, economic viability, safety and the quality of services to all passengers into consideration when it makes accessible transportation decisions, "stands in stark contrast to the approach embodied in human rights statutes". The relevant portions of s. 5 of the Act are reproduced here for convenience:

services une contrainte excessive : *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 (« *Chambly* »), p. 546.

122 Dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 79, notre Cour a fait remarquer qu'une « pierre angulaire de la jurisprudence en matière de droits de la personne est que l'obligation de prendre des mesures concrètes pour faire en sorte que les membres d'un groupe défavorisé bénéficient d'une manière égale des services offerts à la population en général est subordonnée au principe des accommodements raisonnables », ce qui signifie qu'elle cesse « lorsqu'elle va entraîner des "contraintes excessives" ». L'expression « contraintes excessives » laisse entendre qu'il se peut que l'accommodement relatif à la déficience d'une personne impose nécessairement certaines contraintes, mais qu'à moins qu'il n'en résulte un fardeau excessif ou déraisonnable, ces contraintes s'effacent devant la nécessité d'accommoder.

123 Ce qui constitue une contrainte excessive dépend des facteurs pertinents sur le plan des circonstances et des mesures législatives qui régissent chaque cas : *Chambly*, p. 546; *Meiorin*, par. 63. Les facteurs qui sous-tendent l'obligation d'accommodement d'un intimé « ne sont pas consacrés, sauf dans la mesure où ils sont inclus ou écartés expressément par la loi » : *Meiorin*, par. 63.

124 Dans tous les cas, comme le juge Cory l'a souligné à la p. 546 de l'arrêt *Chambly*, « [i]l y a lieu [d']appliquer [ces facteurs] d'une manière souple et conforme au bon sens, en fonction des faits de chaque cas ».

125 Pourtant, VIA soutient que l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada*, qui oblige l'Office à prendre en considération les questions de coût, de rentabilité et de sécurité ainsi que la qualité des services offerts à tous les voyageurs lorsqu'il rend des décisions en matière de transport accessible, [TRADUCTION] « contraste nettement avec l'approche consacrée dans les lois sur les droits de la personne ». Pour en faciliter la consultation, je reproduis ici les parties pertinentes de l'art. 5 de la Loi :

5. It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and that makes the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities, and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy, to the advantages of harmonized federal and provincial regulatory approaches and to legal and constitutional requirements,

. . .

(g) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute

. . .

(ii) an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities,

. . .

5. Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs — y compris des personnes ayant une déficience — en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, et, d'autre part, que ces objectifs sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l'intérieur des divers modes de transport ou entre eux, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale, des avantages liés à l'harmonisation de la réglementation fédérale et provinciale et du contexte juridique et constitutionnel :

. . .

g) les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas :

. . .

(ii) un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience,

. . .

126 VIA asserts that the duty to accommodate arising under human rights legislation is not limited by "practicability" because human rights legislation does not balance competing interests. In VIA's view, human rights legislation provides near absolute protection for persons with disabilities, unlike s. 5 of the *Canada Transportation Act*, which, VIA submits, was intended to provide less protection out of greater deference to financial, operational and other considerations.

127 With respect, this argument misconstrues the objectives and proper application of human rights principles. The purpose of federal human rights legislation is to prevent and remedy discrimination: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1

VIA affirme que l'obligation d'accommodement qui découle des lois sur les droits de la personne n'est pas limitée par « la mesure du possible » parce que ces lois n'établissent pas un équilibre entre des intérêts opposés. Selon VIA, les lois sur les droits de la personne offrent une protection quasi absolue aux personnes ayant une déficience, contrairement à l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada* qui, soutient-elle, visait à offrir une protection moins grande à cause de la plus grande déférence accordée aux considérations financières, opérationnelles et autres.

En toute déférence, cet argument procède d'une mauvaise interprétation des objectifs et de l'application appropriée des principes en matière de droits de la personne. La législation fédérale sur les droits de la personne vise à prévenir la discrimination et à y remédier : *Compagnie des chemins de*

S.C.R. 1114. In particular, s. 15 of the *Canadian Human Rights Act* creates a legal duty to accommodate the needs of persons accessing its protection to the point of undue hardship. The scope of the right of persons with disabilities to be free from discrimination will depend on the nature, legitimacy and strength of the competing interests at stake in a given case. These competing interests will inform an assessment of what constitutes reasonable accommodation.

A factor relied on to justify the continuity of a discriminatory barrier in almost every case is the cost of reducing or eliminating it to accommodate the needs of the person seeking access. This is a legitimate factor to consider: *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 520-21. But, as this Court admonished in *Grismer*, at para. 41, tribunals "must be wary of putting too low a value on accommodating the disabled".

Section 5(*a*) of the *Canadian Human Rights Act* states that "[i]t is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public . . . to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation". Section 15(*g*) of the *Canadian Human Rights Act* provides, however, that it is not a discriminatory practice to deny access to a good, service, facility or accommodation customarily available to the general public if "there is *bona fide* justification for that denial or differentiation". In *Central Alberta Dairy Pool*, at p. 518, this Court unanimously agreed that "[i]f a reasonable alternative exists to burdening members of a group with any given rule, that rule will not be *bona fide*." *Grismer* further elaborated that establishing a *bona fide* justification for a *prima facie* violation of human rights legislation requires a respondent to show that "the employer or service provider has made every possible accommodation short of undue hardship" (para. 21). For the

fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114. En particulier, l'art. 15 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* crée une obligation de répondre aux besoins des personnes bénéficiant de sa protection tant qu'il n'en résulte pas une contrainte excessive. La portée du droit des personnes ayant une déficience d'être protégées contre la discrimination est fonction de la nature, de la légitimité et de la force des intérêts opposés qui sont en jeu dans une affaire donnée. Ces intérêts opposés guident l'appréciation de ce qui constitue un accommodement raisonnable.

128 Pour justifier le maintien d'un obstacle discriminatoire, on invoque dans presque tous les cas ce qu'il en coûterait pour l'atténuer ou l'éliminer afin de répondre aux besoins de la personne qui demande l'accès. Il s'agit là d'un facteur qui peut légitimement être pris en compte : *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 520-521. Cependant, dans l'arrêt *Grismer*, par. 41, notre Cour a averti que les tribunaux doivent « se garder de ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée ».

129 Selon l'al. 5*a*) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, « [c]onstitue un acte discriminatoire, s'il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public [. . .] d'en priver un individu ». Toutefois, selon l'al. 15*g*) de cette même loi, ne constitue pas un acte discriminatoire le fait qu'un fournisseur de biens, de services, d'installations ou de moyens d'hébergement destinés au public en prive un individu « s'il a un motif justifiable de le faire ». Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, p. 518, la Cour a convenu à l'unanimité que « [s]'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme justifiée. » L'arrêt *Grismer* a précisé que, pour établir l'existence d'une justification réelle d'une atteinte *prima facie* à une loi sur les droits de la personne, un intimé doit démontrer que « l'employeur ou le fournisseur de services a pris toutes les mesures d'accommode-

Agency to find that an obstacle denying access to transportation services is justified, therefore, no reasonable alternative to burdening persons with disabilities must exist.

130 The jurisprudence of this Court reveals that undue hardship can be established where a standard or barrier is "reasonably necessary" insofar as there is a "sufficient risk" that a legitimate objective like safety would be threatened enough to warrant the maintenance of the discriminatory standard (*Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202); where "such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer's business and without undue expense to the employer" have been taken (*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 555); where no reasonable alternatives are available (*Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud*, [1992] 2 S.C.R. 970); where only "reasonable limits" are imposed on the exercise of a right (*Eldridge*, at para. 79); and, more recently, where an employer or service provider shows "that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual" (*Meiorin*, at para. 38). The point of undue hardship is reached when reasonable means of accommodation are exhausted and only unreasonable or impracticable options for accommodation remain.

131 Since the Governor in Council has not prescribed standards for assessing undue hardship as authorized by s. 15(3) of the *Canadian Human Rights Act*, assessing whether the estimated cost of remedying a discriminatory physical barrier will cause undue hardship falls to be determined on the facts of each case and the guiding principles that emerge from the jurisprudence. A service provider's refusal to spend a small proportion of the total funds available to it in order to remedy a barrier to access will tend to undermine a claim of undue hardship (*Eldridge*, at para. 87). The size of a service provider's

ment possibles tant qu'il n'en a pas résulté pour lui une contrainte excessive » (par. 21). Pour que l'Office conclue au caractère justifié d'un obstacle empêchant l'accès à des services de transport, il ne doit donc exister aucune solution raisonnable qui évite d'importuner les personnes ayant une déficience.

La jurisprudence de notre Cour révèle que l'existence d'une contrainte excessive peut être établie lorsque la norme ou l'obstacle est « raisonnablement nécessaire » dans la mesure où il existe un « risque suffisant » qu'un objectif légitime comme la sécurité soit assez compromis pour justifier le maintien de la norme discriminatoire (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202), lorsqu'on a pris « les mesures qui peuvent être raisonnables pour s'entendre sans que cela n'entrave indûment l'exploitation de l'entreprise de l'employeur et ne lui impose des frais excessifs » (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 555), lorsqu'il n'existe aucune autre solution raisonnable (*Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970), lorsque l'exercice d'un droit est seulement assujetti à des « limites raisonnables » (*Eldridge*, par. 79), et, plus récemment, lorsque l'employeur ou le fournisseur de services démontre « qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l'individu » (*Meiorin*, par. 38). Il y a contrainte excessive lorsque les moyens raisonnables d'accommoder ont été épuisés et qu'il ne reste que des options d'accommodement déraisonnables ou irréalistes.

Étant donné que le gouverneur en conseil n'a pas déterminé les critères d'évaluation d'une contrainte excessive, ainsi que l'y autorise le par. 15(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il faut s'en remettre aux faits de chaque cas et aux principes directeurs qui se dégagent de la jurisprudence pour répondre à la question de savoir si le coût estimatif de la mesure permettant de remédier à l'obstacle physique discriminatoire constituera une contrainte excessive. Le refus d'un fournisseur de services d'utiliser un faible pourcentage de la totalité des fonds dont il dispose pour remédier à

enterprise and the economic conditions confronting it are relevant (*Chambly*, at p. 546). Substantial interference with a service provider's business enterprise may constitute undue hardship, but some interference is an acceptable price to be paid for the realization of human rights (*Central Okanagan School District No. 23*, at p. 984). A service provider's capacity to shift and recover costs throughout its operation will lessen the likelihood that undue hardship will be established: *Howard v. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353 (B.C.C.H.R.).

un obstacle à l'accès tendra à miner un argument fondé sur la contrainte excessive (*Eldridge*, par. 87). La taille de l'entreprise d'un fournisseur de services et les conditions économiques auxquelles elle est confrontée sont pertinentes (*Chambly*, p. 546). L'ingérence majeure dans l'exploitation de l'entreprise d'un fournisseur de services peut constituer une contrainte excessive, mais une certaine ingérence est un prix acceptable à payer pour le respect des droits de la personne (*Central Okanagan School District No. 23*, p. 984). La capacité d'un fournisseur de services de déplacer et récupérer des coûts dans son entreprise rendra moins probable l'établissement d'une contrainte excessive : *Howard c. University of British Columbia* (1993), 18 C.H.R.R. D/353 (B.C.C.H.R).

Other relevant factors include the impact and availability of external funding, including tax deductions (*Brock v. Tarrant Film Factory Ltd.* (2000), 37 C.H.R.R. D/305 (Ont. Bd. Inq.)); the likelihood that bearing the net cost would threaten the survival of the enterprise or alter its essential character (*Quesnel v. London Educational Health Centre* (1995), 28 C.H.R.R. D/474 (Ont. Bd. Inq.)); and whether new barriers were erected when affordable, accessibility-enhancing alternatives were available (*Maine Human Rights Commission v. City of South Portland*, 508 A.2d 948 (Me. 1986), at pp. 956-57).

132 Parmi les autres facteurs pertinents, mentionnons la possibilité d'obtenir un financement externe et l'incidence d'un tel financement, y compris les déductions fiscales (*Brock c. Tarrant Film Factory Ltd.* (2000), 37 C.H.R.R. D/305 (Comm. d'enq. Ont.)), le risque que le coût net à supporter compromette la survie de l'entreprise ou en modifie le caractère essentiel (*Quesnel c. London Educational Health Centre* (1995), 28 C.H.R.R. D/474 (Comm. d'enq. Ont.)), et la question de savoir si de nouveaux obstacles ont été érigés alors qu'il existait d'autres solutions abordables qui auraient permis d'améliorer l'accessibilité (*Maine Human Rights Commission c. City of South Portland*, 508 A.2d 948 (Me. 1986), p. 956-957).

It bears repeating that "[i]t is important to remember that the duty to accommodate is limited by the words 'reasonable' and 'short of undue hardship'. Those words do not constitute independent criteria. Rather, they are alternate methods of expressing the same concept": *Chambly*, at p. 546, citing *Central Okanagan School District No. 23*, at p. 984. The factors set out in s. 5 of the *Canada Transportation Act* flow out of the very balancing inherent in a "reasonable accommodation" analysis. Reconciling accessibility for persons with disabilities with cost, economic viability, safety, and the quality of service to all passengers (some of the factors set out in s. 5 of the Act) reflects the reality that the balancing is taking place in a

133 Répétons qu'« [i]l importe de se rappeler que l'obligation d'accommodement est limitée par les mots "raisonnable" et "sans imposer de contrainte excessive". Il s'agit là non pas de critères indépendants, mais plutôt de différentes façons d'exprimer le même concept » : *Chambly*, p. 546, citant l'arrêt *Central Okanagan School District No. 23*, p. 984. Les facteurs énoncés à l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada* découlent de l'évaluation même qui est inhérente à l'analyse de l'« accommodement raisonnable ». Concilier l'accessibilité pour les personnes ayant une déficience avec le coût, la rentabilité, la sécurité et la qualité du service offert à tous les voyageurs (des facteurs énoncés à l'art. 5 de la Loi) reflète le fait que l'évaluation s'effectue

transportation context which, it need hardly be said, is unique.

134 Setting out the factors is Parliament's way of acknowledging that the considerations for weighing the reasonableness of a proposed accommodation vary with the context. It is an endorsement of, not a rebuke to the primacy of human rights principles, principles which anticipate, as this Court said in *Chambly* and *Meiorin*, that flexibility and common sense will not be disregarded.

135 Each of the factors delineated in s. 5 of the Act is compatible with those that apply under human rights principles. Any proposed accommodation that would unreasonably interfere with the realization of Parliament's objectives as declared in s. 5 of the Act may constitute undue hardship.

136 Section 5 of the *Canada Transportation Act*, together with s. 172(1), constitute a legislative direction to the Agency to determine if there is an "undue obstacle" to the mobility of persons with disabilities. Section 5(*g*)(ii) of the Act states that it is essential that "each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute . . . an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities". The Agency's authority to identify and remedy "undue obstacles" to the mobility of persons with disabilities requires that it implement the principle that persons with disabilities are entitled to the elimination of "undue" or "unreasonable" barriers, namely those barriers that cannot be justified under human rights principles.

137 The qualifier, "as far as is practicable", is the statutory acknowledgment of the "undue hardship" standard in the transportation context. The fact that the language is different does not make it a

dans un contexte de transport qui, faut-il le préciser, est exceptionnel.

L'énonciation de ces facteurs par le législateur est une façon de reconnaître que les facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer le caractère raisonnable d'une mesure d'accommodement proposée varient selon le contexte. Elle représente une approbation, et non un rejet, de la primauté des principes en matière de droits de la personne qui, comme l'a affirmé notre Cour dans les arrêts *Chambly* et *Meiorin*, prévoient que la souplesse et le bon sens ne seront pas écartés.

Chacun des facteurs décrits à l'art. 5 de la Loi est compatible avec ceux qui s'appliquent en vertu des principes en matière de droits de la personne. Toute mesure d'accommodement proposée qui entraverait déraisonnablement la réalisation des objectifs du législateur énoncés à l'art. 5 de la Loi peut constituer une contrainte excessive.

L'article 5 de la *Loi sur les transports au Canada*, combiné au par. 172(1), constitue une directive législative enjoignant à l'Office de déterminer s'il existe un « obstacle abusif » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Le sous-alinéa 5*g*)(ii) de la Loi précise qu'il est essentiel que « les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas [. . .] un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience ». Le pouvoir de l'Office de relever les « obstacles abusifs » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience et d'y remédier l'oblige à appliquer le principe voulant que les personnes ayant une déficience aient droit à l'élimination des obstacles « abusifs » ou « déraisonnables », à savoir les obstacles injustifiables au regard des principes en matière de droits de la personne.

Les termes « dans la mesure du possible » expriment la reconnaissance légale du critère de la « contrainte excessive » dans le contexte du transport. Le fait que ce critère soit libellé différemment

higher or lower threshold than what was stipulated in *Meiorin: Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27, at para. 46. The same evaluative balancing is required in assessing how the duty to accommodate will be implemented.

ne le rend ni plus ni moins rigoureux que celui établi dans l'arrêt *Meiorin : Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27, par. 46. La même évaluation est nécessaire pour déterminer de quelle façon l'obligation d'accommodement sera remplie.

That is precisely why Parliament charged the Agency with the public responsibility for assessing barriers, not the Canadian Human Rights Commission. The Agency uniquely has the specialized expertise to balance the requirements of those with disabilities with the practical realities — financial, structural and logistic — of a federal transportation system.

138 Voilà précisément pourquoi le législateur a confié à l'Office, et non à la Commission canadienne des droits de la personne, la responsabilité publique d'évaluer les obstacles. Seul l'Office possède l'expertise nécessaire pour soupeser les exigences des personnes ayant une déficience et les réalités concrètes — financières, structurales et logistiques — d'un système de transport fédéral.

What is "practicable" within the meaning of s. 5(*g*)(ii) of the *Canada Transportation Act* is based on the evidence as to whether the accommodation of the disability results in an unreasonable burden on the party responsible for the barrier. That is the same analysis required to assess whether there is undue hardship under the *Canadian Human Rights Act* or whether, under the *Canada Transportation Act*, it would be unreasonable (or undue) to require that an obstacle be removed or rectified. No difference in approach is justified by the different context, particularly since Parliament directed the Agency in s. 171 to foster complementary policies and practices with those of the Canadian Human Rights Commission. The "reasonable accommodation" analysis in the transportation context is unique only insofar as the policy objectives articulated in s. 5 of the *Canada Transportation Act* are factors which inform a determination of the possible grounds on which undue hardship may be established. These factors inform, not dilute, the duty to accommodate to the point of undue hardship.

139 Ce qui est « possible » au sens du sous-al. 5*g*)(ii) de la *Loi sur les transports au Canada* est fonction de la preuve concernant la question de savoir si l'accommodement relatif à la déficience a pour effet d'imposer un fardeau déraisonnable à la partie responsable de l'obstacle. Il s'agit de la même analyse que celle requise pour déterminer s'il y a contrainte excessive au regard de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ou, si en vertu de la *Loi sur les transports au Canada*, il serait déraisonnable (ou abusif) d'exiger qu'un obstacle soit éliminé ou qu'il y soit remédié. La différence des contextes ne justifie pas de procéder différemment, d'autant plus qu'à l'art. 171 le législateur a ordonné à l'Office de favoriser l'adoption de lignes de conduite complétant celles de la Commission canadienne des droits de la personne. L'analyse de l'« accommodement raisonnable » dans le contexte du transport n'est exceptionnelle que dans la mesure où les objectifs de politique générale formulés à l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada* sont des facteurs qui guident la détermination des moyens par lesquels la contrainte excessive peut être établie. Ces facteurs servent à définir, et non à diluer, l'obligation d'accommoder tant qu'il n'en résulte pas une contrainte excessive.

The Federal Court of Appeal's articulation of the Agency's mandate in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25, at paras. 34-37, is consistent with this approach.

140 Dans l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25, par. 34-37, la description que la Cour d'appel fédérale donne du mandat de l'Office est compatible avec

While no specific definition of "undue obstacle" was promulgated, an analytical approach to identifying an "undue obstacle" under the *Canada Transportation Act* was proposed with reference to the judicial interpretation of the term "undue" in other legislative contexts, including human rights enactments. The court determined that "undueness" was a relative concept, and, relying on Supreme Court jurisprudence, recognized that "undue" generally means disproportionate, improper, inordinate, excessive or oppressive, and expresses a notion of seriousness or significance.

141 The court in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency* explicitly adverted to established authority on "undue hardship" in the human rights context in discussing the need to balance the interests of various parties in an "undue obstacle analysis". Citing *Central Alberta Dairy Pool*, at p. 521, Sexton J.A. (Linden and Evans JJ.A. concurring) said: "The Supreme Court has also recognized that the term [undue] implies a requirement to balance the interests of the various parties" (para. 37). The court later determined that "the Agency was required to undertake a balancing of interests such that the satisfaction of one interest does not create disproportionate hardship affecting the other interest" (para. 39 (emphasis added)).

142 In the present case, the onus was on VIA to establish that the obstacles to the mobility of persons with disabilities created by its purchase of the Renaissance cars were not "undue" by persuading the Agency that it could not accommodate persons with disabilities without experiencing undue hardship. The Agency's decision makes clear that this onus was not met.

143 In finding the Agency's decision unreasonable, Sexton J.A. noted that "the system cannot afford to have every rail car equipped with every type of mechanism to be able to address every type of

cette approche. Bien que la cour n'ait pas donné une définition précise de l'expression « obstacle abusif », elle a néanmoins proposé une méthode analytique permettant de déterminer ce qui constitue un « obstacle abusif » (« *undue obstacle* ») au regard de la *Loi sur les transports au Canada*, en tenant compte de l'interprétation judiciaire du terme « indu » (« *undue* ») dans le cadre d'autres lois, dont des textes législatifs en matière de droits de la personne. La cour a statué que le « caractère indu » était une notion relative et, se fondant sur la jurisprudence de la Cour suprême, elle a reconnu que le terme « indu » signifie, de façon générale, disproportionné, illégitime, immodéré, excessif ou oppressif, et exprime la gravité ou l'importance.

Dans l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, la cour s'est expressément reportée à la jurisprudence établie sur les « contraintes excessives » dans le contexte des droits de la personne lorsqu'elle s'est penchée sur la nécessité de soupeser les intérêts de diverses parties dans le cadre d'une « analyse relative aux obstacles abusifs ». Citant l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool*, p. 521, le juge Sexton (avec l'appui des juges Linden et Evans) a affirmé : « La Cour suprême a également reconnu que [l]e terme [indu] implique la pondération des intérêts des diverses parties » (par. 37). La cour a, par la suite, indiqué que « l'Office devait pondérer les intérêts des deux parties pour que la prise en compte des intérêts de l'une n'entraîne pas une contrainte disproportionnée pour l'autre » (par. 39 (je souligne)).

En l'espèce, VIA avait le fardeau d'établir que les obstacles aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience — résultant de son achat des voitures Renaissance — n'étaient pas « abusifs », en convainquant l'Office qu'elle ne pouvait pas accommoder ces personnes sans subir une contrainte excessive. Il ressort clairement de la décision de l'Office que VIA ne s'est pas acquittée de ce fardeau.

En concluant au caractère déraisonnable de la décision de l'Office, le juge Sexton a souligné que « le réseau ne peut se permettre que chacune des voitures de chemin de fer soit équipée de chacun

disability" (para. 55). That, however, is not what the Agency decided. Rather, the Agency's decision would make one coach car in each day trip accessible to persons using personal wheelchairs through the modification of 13 economy coach cars, and one sleeper unit in each overnight trip personal wheelchair accessible through the modification of 17 service cars.

I see nothing unreasonable in the Agency's analysis or decision in this case. In particular, I see nothing inappropriate about the factors it did — and did not — rely on, such as the Rail Code, the use of personal wheelchairs, the network, and cost, either in determining whether the obstacles were undue, or in determining what corrective measures were appropriate. Each factor will be examined in turn.

(a) The Rail Code

The Agency accepted the 1998 Rail Code as a factor to consider. VIA challenged this reliance since the Rail Code was based on voluntary compliance.

The Rail Code, as previously stated, was in fact the result of a "voluntary, consensus-building process involving extensive consultation with the transportation industry, the community of persons with disabilities and other government bodies such as the Canadian Human Rights Commission . . . and the Department of Transport" (Preliminary Decision, at p. 29). Developed in consultation with an expert human rights agency, the Rail Code's standards represent objectives that rail carriers, including VIA, publicly accepted. Its purpose was to function as self-imposed regulation, establishing minimum standards all rail carriers agreed to meet.

It was, accordingly, a proper factor in the Agency's analysis, especially since the anticipation

des genres de mécanismes afin d'être en mesure de répondre aux besoins de chacun des genres de déficiences » (par. 55). Toutefois, ce n'est pas ce que l'Office a décidé. Sa décision était plutôt de rendre accessible aux personnes utilisant un fauteuil roulant personnel une voiture-coach pour chaque voyage de jour, grâce à la modification de 13 voitures-coach de la classe économique, et un compartiment-lit pour chaque voyage de nuit, grâce à la modification de 17 voitures de service.

144 Je ne vois rien de déraisonnable dans l'analyse ou la décision de l'Office en l'espèce. Plus particulièrement, je ne vois rien d'inapproprié dans les facteurs sur lesquels il s'est — ou ne s'est pas — fondé, tels le code ferroviaire, l'utilisation de fauteuils roulants personnels, le réseau et le coût, soit pour déterminer si les obstacles étaient abusifs, soit pour décider quelles mesures correctives étaient indiquées. Ces facteurs seront examinés à tour de rôle.

a) Le code ferroviaire

145 L'Office a reconnu que le code ferroviaire de 1998 est un facteur qui doit être pris en considération. VIA s'y est opposé pour le motif que l'application de ce code est de nature volontaire.

146 Comme nous l'avons vu, le code ferroviaire est, en réalité, le fruit d'un « processus d'application volontaire fondé sur l'établissement de consensus et faisant appel à une consultation extensive du secteur des transports, de la communauté des personnes ayant une déficience et d'autres organismes gouvernementaux comme la Commission canadienne des droits de la personne [. . .] et le ministère des Transports » (décision préliminaire, p. 32). Établies en consultation avec un organisme spécialisé en matière de droits de la personne, les normes du code ferroviaire représentent des objectifs qui ont été reconnus publiquement par les transporteurs ferroviaires, y compris VIA. Ce code se veut une mesure volontaire établissant des normes minimales auxquelles tous les transporteurs ferroviaires acceptent de se conformer.

147 Par conséquent, le code ferroviaire était un facteur dont l'Office pouvait tenir compte dans son

of compliance is reflected in the language of the Rail Code itself, which provides, in s. 1.1.1: "It is expected that this [passenger rail car accessibility] Part of the Code of Practice will be followed by VIA Rail Canada Inc." The fact that the Rail Code was voluntarily agreed to and not government-imposed reinforces, rather than detracts from its relevance as a factor for assessing VIA's "undue hardship" arguments. VIA knew it had agreed to, and was expected to comply with, the Rail Code.

analyse, d'autant plus qu'il précise lui-même, à l'art. 1.1.1 que l'on s'attend à ce qu'il soit respecté : « On s'attend à ce que la présente partie [accessibilité des voitures passagers de chemin de fer] du Code de pratiques soit suivie par VIA Rail Canada Inc. » Le fait que l'adhésion au code ferroviaire était volontaire et non imposée par le gouvernement renforce, au lieu de minimiser, sa pertinence en tant que facteur à utiliser pour évaluer les arguments de « contrainte excessive » avancés par VIA. VIA savait qu'elle avait adhéré au code ferroviaire et qu'on s'attendait à ce qu'elle s'y conforme.

148 The Rail Code provides that until every grouping of passenger rail cars connected together to form a train (a "train consist") has at least one independently accessible seating/sleeping and washroom facility, any newly manufactured car, or car undergoing a major refurbishment, should provide for such accommodation. Because existing equipment can be more difficult and expensive to retrofit, the Rail Code permits some flexibility with respect to the time period during which rail carriers are expected to achieve accessibility.

Le code ferroviaire prévoit que, jusqu'à ce que chaque regroupement de voitures pour passagers reliées les unes aux autres pour former un train (une « rame ») compte au moins une voiture-coach/voiture-lit et des toilettes accessibles de manière autonome, les voitures nouvellement construites ou subissant un réaménagement majeur devraient offrir une telle mesure d'accommodement. Comme il peut être plus difficile et plus coûteux de réaménager le matériel existant, le code ferroviaire accorde une certaine souplesse en ce qui concerne le délai dans lequel les transporteurs ferroviaires sont censés rendre les voitures accessibles.

149 The Agency concluded that the Renaissance cars were not existing equipment for purposes of the Rail Code, but fell instead in the category of newly manufactured cars or cars undergoing a major refurbishment within the meaning of s. 1.1.1 of the Rail Code. Seventy-five of the 139 Renaissance cars arrived in Canada as unused parts, or as partially assembled cars. VIA intended to assemble them as the next generation of rail cars for 20 to 25 years' use. It was spending at least $100 million on structural and other changes to the Renaissance cars, which had themselves cost only $29.8 million.

L'Office a conclu que les voitures Renaissance n'étaient pas du matériel existant pour les besoins du code ferroviaire, mais qu'elles entraient plutôt dans la catégorie des voitures nouvellement construites ou des voitures qui subissent un réaménagement majeur au sens de l'art. 1.1.1 de ce code. Soixante-quinze des 139 voitures Renaissance sont arrivées au Canada partiellement assemblées ou en pièces détachées neuves. VIA voulait les assembler pour en faire des voitures de la prochaine génération qui seraient utilisées pendant 20 à 25 ans. Elle a dépensé au moins 100 millions de dollars pour apporter des modifications structurales et d'une autre nature aux voitures Renaissance, qui n'avaient elles-mêmes coûté que 29,8 millions de dollars.

150 VIA's argument that the provisions of the Rail Code now represent economically and structurally unfeasible standards is an *ex post facto* argument the Agency was entitled to reject, based on the

L'argument de VIA selon lequel les dispositions du code ferroviaire représentent maintenant des normes inapplicables sur les plans économique et structural constitue un argument avancé après coup

paucity of supporting evidence and cooperation it got from VIA. In the context of VIA's decision to purchase new rail cars, the Agency concluded, properly in my view, that the Rail Code put "VIA on notice of the kinds of obstacles that it should reasonably have been expected to remove when it considered purchasing new rolling stock" (Preliminary Decision, at p. 22).

que l'Office avait le droit de rejeter vu l'absence de preuve à l'appui et le manque de collaboration de la part de VIA. Compte tenu de la décision de VIA d'acheter de nouvelles voitures, l'Office a conclu, à juste titre selon moi, que le code ferroviaire « inform[ait] VIA des types d'obstacles qu'on se serait raisonnablement attendu qu'elle élimine au moment où elle envisageait l'achat de nouveau matériel roulant » (décision préliminaire, p. 23).

(b) The Use of Personal Wheelchairs

b) L'utilisation de fauteuils roulants personnels

Based on the Canadian Standards Association (CSA), CAN/CSA-B651-95, *Barrier-Free Design Standard*, which sets out minimum standards for making buildings and other facilities accessible to persons with disabilities, many of which are incorporated into the Rail Code, the accessibility paradigm is access by personal wheelchair. This standard was adopted in the Rail Code, which provides that "any newly manufactured coach car or sleeping car specified by these sections to be wheelchair-accessible should be designed to be accessible to a person in a personal wheelchair" (s. 1.1.1). Transport Canada too has incorporated the CSA *Barrier-Free Design Standard* definition of a personal wheelchair into its *Passenger Car Safety Rules*, which prescribe mandatory safety standards.

151 Selon la norme *Accessibilité des bâtiments et autres installations : règles de conception* de l'Association canadienne de normalisation (ACN), CAN/CSA-B651-95, qui établit les normes minimales applicables à la transformation d'édifices et d'autres installations destinées à les rendre accessibles aux personnes ayant une déficience — dont plusieurs sont incorporées au code ferroviaire —, le modèle d'accessibilité retenu est l'accès en fauteuil roulant personnel. Cette norme a été adoptée dans le code ferroviaire, qui prévoit que « les voitures-coachs ou voitures-lits nouvellement construites et qui devraient être accessibles aux fauteuils roulants en vertu de ces sections, devraient, par leur conception, être accessibles aux personnes dans un fauteuil roulant personnel » (art. 1.1.1). Transports Canada a aussi incorporé la définition de fauteuil roulant personnel que donne la norme *Accessibilité des bâtiments et autres installations : règles de conception* de l'ACN dans son *Règlement de sécurité relatif aux voitures voyageurs*, lequel établit des normes de sécurité impératives.

As purchased, none of the Renaissance cars, unlike the retrofitted VIA 1 cars in the existing fleet, satisfied these standards.

152 Contrairement aux voitures VIA 1 du parc existant qui avaient été réaménagées, aucune des voitures Renaissance achetées ne respectait ces normes.

The Agency highlighted independent access as a critical component of the concept of rail car accessibility. Personal wheelchair users are physically and psychologically more independent when they are able to remain in personal wheelchairs designed to meet their specific physical needs. In view of the importance of independent access, the Agency concluded that accommodation by

153 L'Office a souligné que l'accès indépendant est un élément crucial de la notion d'accessibilité des voitures de chemin de fer. Les utilisateurs d'un fauteuil roulant personnel sont plus indépendants physiquement et psychologiquement lorsqu'ils peuvent rester dans un fauteuil roulant personnel conçu pour répondre à leurs besoins physiques particuliers. Compte tenu de l'importance de l'accès

supplying a narrow wheelchair on the train (on-board wheelchair), which requires that passengers be assisted into it, is not an acceptable substitute for a person's own wheelchair.

154 The Agency noted that the use of personal wheelchairs minimizes the effects of disabilities in ways that "on-board" wheelchairs cannot, and eliminates both the physical risks and the humiliation that can accompany transfers from a personal wheelchair into alternative seating accommodations or the receipt of assistance in washroom use. In its words, being forced to rely on others for assistance gives rise to "human error, inconvenience, delays, affronts to human dignity and pride, cost, uncertainty, and no sense of confidence or security in one's ability to move through the network" (Preliminary Decision, at p. 19).

155 In the Agency's view, "on-board" wheelchair use was particularly inadequate in those parts of the train VIA had specifically intended to meet the needs of persons with disabilities, like the "accessible suite" in the service cars. Based on promoting the principle of independence, the Agency concluded that "where there are features and amenities specifically designed to meet the needs of persons with disabilities who wish to remain in their own wheelchairs, it is essential that they provide adequate dimensions and appropriate designs so as to not lessen the level of independence" (Preliminary Decision, at p. 20). According to the Rail Code, a personal wheelchair means a passenger-owned wheelchair that requires a minimum clear floor area of 750 mm by 1200 mm to accommodate the wheelchair and its occupant and a minimum clear turning space of 1500 mm in diameter (s. 1.1.1).

156 CCD had invited the Agency to adopt a different standard that better reflects the larger size of

indépendant, l'Office a décidé que la mesure d'accommodement consistant à fournir un fauteuil roulant étroit à bord du train (fauteuil roulant de bord), qui oblige à aider des voyageurs à y prendre place, ne remplace pas de manière acceptable le fauteuil roulant personnel d'un voyageur.

L'Office a fait remarquer que l'utilisation d'un fauteuil roulant personnel réduit au minimum les effets des déficiences, d'une manière que ne permet pas de faire un fauteuil roulant « de bord », et élimine à la fois les risques sur le plan physique et l'humiliation qui peuvent résulter d'un transfert d'un fauteuil roulant personnel à une autre place assise ou de l'obtention d'une aide pour utiliser la toilette. Selon ses propres termes, le fait d'être forcé de compter sur l'aide d'autrui entraîne « l'erreur humaine, les inconvénients, les retards, les atteintes à la dignité humaine et à la fierté, les coûts, l'incertitude et l'absence d'un sentiment de confiance ou de sécurité dans l'aptitude d'une personne à se déplacer dans le réseau » (décision préliminaire, p. 21).

D'après l'Office, l'utilisation d'un fauteuil roulant « de bord » laissait particulièrement à désirer dans les parties du train que VIA avait expressément désignées pour répondre aux besoins des personnes ayant une déficience, telle la « suite accessible » située dans les voitures de service. Soucieux de défendre le principe d'indépendance, l'Office a conclu que « lorsque des caractéristiques et des commodités sont conçues spécifiquement pour répondre aux besoins des personnes ayant une déficience qui souhaitent rester dans leur fauteuil roulant, il est essentiel qu'ils présentent des dimensions et une conception appropriées de façon à ne pas réduire le degré d'indépendance » (décision préliminaire, p. 21). Selon le code ferroviaire, un fauteuil roulant personnel s'entend d'un fauteuil roulant qui appartient à un passager et qui requiert une aire de plancher minimale de 750 mm sur 1 200 mm pour recevoir un fauteuil roulant et son occupant et une aire de braquage minimale de 1 500 mm de diamètre (art. 1.1.1).

Le CCD a invité l'Office à adopter une autre norme qui répond mieux aux dimensions plus

modern wheelchairs. The Agency declined to do so. While acknowledging that the CSA definition of a personal wheelchair was based on data from the 1970s when wheelchairs were smaller than those in use today, the Agency chose instead to accept the well-established CSA personal wheelchair standard.

grandes des fauteuils roulants modernes. L'Office a refusé de le faire. Tout en reconnaissant que l'ACN a donné au fauteuil roulant personnel une définition basée sur des données datant des années 1970, alors que les fauteuils roulants étaient plus petits que ceux d'aujourd'hui, l'Office a plutôt opté pour la reconnaissance de la norme bien établie de l'ACN qui est celle du fauteuil roulant personnel.

The standard of personal wheelchair use is not unique to Canada. Like the Rail Code, American, British and Australian standards emphasize the importance of ensuring that persons with disabilities can access rail facilities and services in their personal wheelchairs. Legislation in each country requires that at least one car in every passenger train be personal wheelchair accessible.

157 La norme de l'utilisation d'un fauteuil roulant personnel n'est pas propre au Canada. À l'instar du code ferroviaire, les normes américaines, britanniques et australiennes mettent l'accent sur l'importance d'assurer que les personnes ayant une déficience aient accès aux installations et services ferroviaires dans leur fauteuil roulant personnel. Les mesures législatives de chaque pays exigent qu'au moins une voiture par train de voyageurs soit accessible aux fauteuils roulants personnels.

British standards direct rail service providers to provide one personal wheelchair-sized space in each class of passenger accommodation. In Part V of the *Disability Discrimination Act 1995* (U.K.), 1995, c. 50, s. 46 authorizes the Secretary of State to enact rail vehicle accessibility regulations ensuring accessibility for persons who must remain in their wheelchairs. These mandatory British standards under the *Rail Vehicle Accessibility Regulations 1998*, S.I. 1998/2456, are based on a reference wheelchair only slightly smaller than the "personal wheelchair" standard under the CSA *Barrier-Free Design Standard.*

158 Les normes britanniques obligent les fournisseurs de services ferroviaires à prévoir, dans chacune des catégories de voitures pour passagers, une aire de plancher permettant de recevoir un fauteuil roulant personnel. La partie V de la *Disability Discrimination Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 50, art. 46, autorise le secrétaire d'État à prendre des règlements régissant l'accessibilité des voitures de chemin de fer afin qu'elles soient accessibles aux personnes qui doivent rester assises dans leur fauteuil roulant. Ces normes britanniques impératives, prescrites par le *Rail Vehicle Accessibility Regulations 1998*, S.I. 1998/2456, sont fondées sur un fauteuil roulant de référence à peine plus petit que celui défini par la norme du « fauteuil roulant personnel » établie dans la norme *Accessibilité des bâtiments et autres installations : règles de conception* de l'ACN.

In the United States, the *Americans with Disabilities Act*, 42 U.S.C. § 12162 (2000), provides that "it shall be considered discrimination . . . for a person to purchase or lease any new rail passenger cars for use in intercity rail transportation . . . unless all such rail cars are readily accessible to and usable by individuals with disabilities, including individuals who use wheelchairs, as

159 Aux États-Unis, l'*Americans with Disabilities Act*, 42 U.S.C. § 12162 (2000), prévoit que [TRADUCTION] « l'achat ou la location de nouvelles voitures pour passagers destinées au transport ferroviaire interurbain sera jugé discriminatoire [. . .] à moins que les personnes ayant une déficience, y compris celles qui se déplacent en fauteuil roulant, puissent facilement y avoir accès et

prescribed . . . in regulations". For American rail cars, accessibility is defined by technical standards provided in the *Americans with Disabilities Act (ADA) Accessibility Guidelines for Transportation Vehicles*, 36 CFR Part 1192 (1999), adopted by the Department of Transportation, many of which are substantially the same as the CSA *Barrier-Free Design Standard* for personal wheelchairs.

les utiliser de la manière prévue [. . .] dans le règlement ». L'accessibilité des voitures de chemin de fer américaines est définie au moyen de normes techniques prescrites dans l'*Americans with Disabilities Act (ADA) Accessibility Guidelines for Transportation Vehicles*, 36 CFR Part 1192 (1999), adoptée par le département des Transports, dont plusieurs sont essentiellement les mêmes que celles que la norme *Accessibilité des bâtiments et autres installations : règles de conception* de l'ACN prescrit pour les fauteuils roulants personnels.

160 In Australia, the *Disability Standards for Accessible Public Transport 2002* ("*Disability Standards*") seek to remove discrimination on the basis of disability from public transport services over a 30-year period. To this end, the *Disability Standards* impose national requirements and mandatory performance outcomes governing such matters as the replacement or upgrading of infrastructure and capital investments. Consistent with the goal of ensuring that passengers using mobility aids can gain independent access to transportation equipment, the minimum allocated space for a single wheelchair is in accordance with what is required to accommodate a personal wheelchair as defined by Canadian standards. However, the *Disability Standards* note that the source data for this minimum standard may be dated, and warn service providers to be prepared for a future revision of these standards which would increase the dimensions to accommodate larger wheelchairs.

En Australie, les *Disability Standards for Accessible Public Transport 2002* (« *Disability Standards* ») visent à mettre fin à la discrimination fondée sur une déficience dans les services de transport publics dans un délai de 30 ans. Pour ce faire, les *Disability Standards* imposent des exigences nationales et des résultats obligatoires en matière de rendement qui régissent des questions telles que le remplacement ou l'amélioration de l'infrastructure, ainsi que les dépenses en immobilisations. Conformément à l'objectif d'assurer aux passagers se déplaçant au moyen d'une aide à la mobilité un accès indépendant au matériel de transport, l'aire minimale réservée à un fauteuil roulant correspond à ce qui, selon les normes canadiennes, est nécessaire pour recevoir un fauteuil roulant personnel. Toutefois, les *Disability Standards* soulignent que les données de base relatives à cette norme minimale peuvent être obsolètes et préviennent les fournisseurs de services qu'ils peuvent s'attendre à ce que ces normes soient révisées dans l'avenir de manière à accroître cette aire pour qu'elle puisse recevoir des fauteuils roulants plus grands.

161 Personal wheelchair-based access as the appropriate accessibility paradigm is also consistent with this Court's human rights jurisprudence. In *Grismer*, this Court held at para. 19, that "[e]mployers and others governed by human rights legislation are now required *in all cases* to accommodate the characteristics of affected groups within their standards, rather than maintaining discriminatory standards supplemented by accommodation for those who cannot meet them" (emphasis

Le modèle d'accessibilité qui privilégie l'accès en fauteuil roulant personnel est également compatible avec la jurisprudence de notre Cour en matière de droits de la personne. Dans l'arrêt *Grismer*, la Cour a conclu, au par. 19, que « [l]es employeurs et autres personnes régies par une loi concernant les droits de la personne sont maintenant requis, *dans tous les cas*, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires

in original). Standards, in other words, must be as inclusive as possible: *Grismer*, at para. 22.

The accommodation of personal wheelchairs enables persons with disabilities to access public services and facilities as independently and seamlessly as possible. Independent access to the same comfort, dignity, safety and security as those without physical limitations, is a fundamental human right for persons who use wheelchairs. This is the goal of the duty to accommodate: to render those services and facilities to which the public has access equally accessible to people with and without physical limitations.

VIA is required to accommodate this right as far as is practicable not only because Canadian law requires it to do so, but because it itself has committed publicly to doing so by agreeing to the Rail Code, a set of standards devised by it and the Agency in consultation with the Canadian Human Rights Commission. And the way VIA had agreed to do so was through access based on personal wheelchair use when it purchased new cars or undertook a major refurbishment of existing cars. The operating paradigm it accepted is the Canadian and internationally accepted norm, not the exception.

VIA cannot now argue that it was entitled to resile from these norms because it found a better bargain for its able-bodied customers. Neither the Rail Code, the *Canada Transportation Act*, nor any human rights principle recognizes that a unique opportunity to acquire inaccessible cars at a comparatively low purchase price may be a legitimate justification for sustained inaccessibility. In the expansion and upgrading of its fleet, VIA was not entitled to ignore its legal obligations and public commitments. The situation it

complétées par des mesures d'accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire » (souligné dans l'original). En d'autres termes, les normes doivent être aussi générales que possible : *Grismer*, par. 22.

162 Les mesures d'accommodement relatives aux fauteuils roulants personnels permettent aux personnes ayant une déficience d'avoir accès aussi facilement et indépendamment que possible aux installations et services publics. L'accès indépendant au même confort, à la même dignité et à la même sécurité que les personnes n'ayant aucune déficience physique est un droit fondamental de la personne pour les utilisateurs d'un fauteuil roulant. Tel est l'objectif du devoir d'accommoder : faire en sorte que les services et installations auxquels le public a accès soient accessibles autant aux personnes ayant une déficience physique qu'à celles qui n'ont pas une telle déficience.

163 VIA doit, dans la mesure du possible, tenir compte de ce droit non seulement parce que la loi canadienne l'exige, mais également parce qu'elle s'est elle-même engagée publiquement à le faire en adhérant au code ferroviaire, qui énonce un ensemble de normes qu'elle a conçues avec l'Office en consultation avec la Commission canadienne des droits de la personne. La façon dont VIA a convenu de le faire était de privilégier l'accès en fauteuil roulant personnel lorsqu'elle ferait l'acquisition de nouvelles voitures ou lorsqu'elle procéderait à un réaménagement majeur de voitures existantes. Le modèle d'exploitation auquel elle a souscrit est la norme canadienne et acceptée à l'échelle internationale, et non l'exception.

164 VIA ne peut maintenant prétendre qu'elle a le droit de déroger à ces normes parce qu'elle a trouvé une meilleure aubaine pour ses clients physiquement aptes. Le code ferroviaire, la *Loi sur les transports au Canada* et les principes en matière de droits de la personne ne reconnaissent pas qu'une occasion unique d'acquérir des voitures inaccessibles à un prix d'achat relativement peu élevé peut être un motif légitime de maintenir l'inaccessibilité. En augmentant et améliorant son parc de voitures, VIA n'avait pas le droit de passer outre à ses obligations

now finds itself in was preventable in a myriad of ways.

165 In view of the widespread domestic and international acceptance of personal wheelchair-based accessibility standards and, in particular, VIA's own Rail Code commitments, it was not unreasonable for the Agency to rely on the personal wheelchair as a guiding accessibility paradigm.

(c) The Network Defence

166 VIA's "network defence" can be broken down into two elements. First, VIA submitted that special, as-needed accommodations, such as individual meal delivery to the service cars, assistance from trained staff with transfers into on-board wheelchairs, and staff assistance for using the washroom facilities, were adequate alternatives to requiring retrofitting that would permit passengers using personal wheelchairs to access and perform these services themselves. Second, VIA was of the view that the "greater flexibility" in travel options the Renaissance cars provided, in addition to the continuing option for the time-being of using VIA's pre-Renaissance fleet, was a complete answer to CCD's concerns.

167 Although VIA made clear that its existing and more accessible fleet would be phased out and replaced with Renaissance cars on key routes between Montreal and Halifax and Montreal and Gaspé, VIA was of the view that any obstacles in the Renaissance fleet could be diminished if persons with disabilities used its older but more accessible fleet. The Agency interpreted VIA's argument to be that, unlike persons without disabilities, those with disabilities "cannot expect to go on every train, at every time in every way" (Preliminary Decision, at pp. 36-37).

légales et aux engagements qu'elle avait pris publiquement. VIA aurait pu éviter de maintes façons la situation dans laquelle elle se trouve maintenant.

Compte tenu de l'acceptation générale, au Canada et à l'échelle internationale, des normes d'accessibilité fondées sur l'utilisation d'un fauteuil roulant personnel et, plus particulièrement, des engagements que VIA a elle-même pris en adhérant au code ferroviaire, il n'était pas déraisonnable que l'Office retienne l'accès en fauteuil roulant personnel comme modèle d'accessibilité.

c) Le moyen de défense fondé sur le réseau

Le « moyen de défense fondé sur le réseau » avancé par VIA peut être scindé en deux éléments. Premièrement, VIA a fait valoir que les mesures d'accommodement spéciales fournies au besoin — comme les repas servis individuellement dans les voitures de service et le fait de pouvoir compter sur l'aide d'un personnel qualifié pour être transféré dans un fauteuil roulant de bord et pour utiliser les toilettes — constituaient des solutions de rechange adéquates à la nécessité de réaménager les voitures pour que les passagers utilisant leur fauteuil roulant personnel aient accès de manière autonome à ces services. Deuxièmement, VIA était d'avis que la [TRADUCTION] « plus grande souplesse » des options de voyage offertes par les voitures Renaissance, en plus de la possibilité qui, pour le moment, existe encore de voyager à bord des vieilles voitures, répondait entièrement aux préoccupations du CCD.

Bien qu'elle ait clairement indiqué que son parc de voitures existant et plus accessible serait progressivement retiré du service et remplacé par des voitures Renaissance sur les principaux parcours entre Montréal et Halifax et Montréal et Gaspé, VIA estimait que tout obstacle dans son parc Renaissance pourrait être atténué si les personnes ayant une déficience voyageaient à bord de ses voitures plus vieilles mais plus accessibles. Selon l'Office, l'argument de VIA signifie qu'« on ne peut s'attendre à ce que [les personnes ayant une déficience] montent à bord de tout train, en tout temps, peu importe la manière », comme peuvent le faire les personnes qui n'ont pas de déficience (décision préliminaire, p. 40).

Sexton J.A. found that the Agency's failure to properly consider VIA's network as a whole was patently unreasonable. In his view, the Agency erred by not considering the alternative actions VIA could take to ameliorate the obstacles in the Renaissance cars, like providing alternative transportation or different trains at different times.

168 Le juge Sexton a conclu que l'omission de l'Office de prendre dûment en compte l'ensemble du réseau de VIA était manifestement déraisonnable. À son avis, l'Office a commis une erreur en ne tenant pas compte des autres mesures que VIA pouvait prendre pour atténuer les obstacles dans les voitures Renaissance, comme offrir un autre moyen de transport ou différents trains à différentes heures.

The record, however, reveals that the Agency did in fact consider VIA's network to the extent that VIA was willing to provide any information about it, but rejected it, finding that "there is no evidence on the record that supports VIA's [position] that its existing fleet or its network, generally, will address obstacles that may be found to exist in the Renaissance Cars" (Preliminary Decision, at p. 38). For example, the Agency was alive to the possibility of remedying obstacles through network-based accommodations that would not involve physical changes to the Renaissance cars. Early in the proceedings, on March 29, 2001, the Agency asked VIA "whether it will be possible for the Nightstock [Renaissance] cars to be coupled with its existing fleet" (CTA Decision No. LET-AT-R-166-2001). VIA replied on April 2, 2001, stating: "the Nightstock cars will not be coupled with the existing fleet, save locomotives". The Agency also had information about VIA's reservation policy, its finalized fleet deployment plans, and its service standards.

169 Toutefois, le dossier révèle que l'Office a effectivement tenu compte du réseau de VIA dans la mesure où celle-ci était disposée à fournir des renseignements le concernant, mais qu'il a rejeté l'argument du réseau en concluant qu'« aucune preuve au dossier ne vient étayer l'opinion du transporteur voulant que son parc ferroviaire existant ou son réseau existant, dans leur ensemble, permettront d'éliminer des obstacles qui pourraient se présenter dans les voitures Renaissance » (décision préliminaire, p. 42). L'Office était notamment conscient de la possibilité de remédier aux obstacles en intégrant au réseau des mesures d'accommodement sans qu'il soit nécessaire d'apporter des modifications physiques aux voitures Renaissance. Au début des procédures, le 29 mars 2001, l'Office a demandé à VIA s'il « sera[it] possible d'intégrer les voitures Nightstock [Renaissance] dans la flotte actuelle » (décision interlocutoire nº LET-AT-R-166-2001). Le 2 avril 2001, VIA a répondu ceci : [TRADUCTION] « à l'exception des locomotives, les voitures Nightstock ne seront pas intégrées au parc existant ». L'Office a également obtenu des renseignements concernant la politique de réservation de VIA, le plan définitif de déploiement de son parc de voitures et ses normes de service.

But when it ordered VIA to provide a list of the network services it proposed would alleviate any obstacles on the Renaissance trains, VIA replied: "This case is a review of the physical dimensions of the Renaissance cars and whether they represent an undue obstacle to the transportation of persons with disabilities" (emphasis added).

170 Toutefois, lorsqu'il a ordonné à VIA de fournir une liste des services de réseau qu'elle proposait pour atténuer les obstacles dans les voitures Renaissance, VIA a répondu : [TRADUCTION] « Il s'agit en l'espèce d'examiner les dimensions des voitures Renaissance et de vérifier si elles représentent un obstacle abusif au transport des personnes ayant une déficience » (je souligne).

VIA added the following clarification: "There is no change in the services which VIA Rail has

171 VIA a ensuite précisé : [TRADUCTION] « Aucune modification n'est apportée aux services que VIA

committed to provide persons with disabilities." VIA's network defence was that it would provide the same services — no less and no more — that it already provided to passengers with disabilities. If persons with disabilities did not like the differently accessible features of the Renaissance fleet, they could continue to ride the pre-Renaissance fleet.

Rail s'est engagée à fournir aux personnes ayant une déficience. » Dans son moyen de défense fondé sur le réseau, VIA affirmait qu'elle fournirait les mêmes services — rien de plus ni rien de moins — qu'elle fournissait déjà aux passagers ayant une déficience. Si les personnes ayant une déficience n'aimaient pas les caractéristiques d'accessibilité différentes du parc Renaissance, elles pourraient continuer de voyager à bord des vieilles voitures.

172 VIA described its network as including "the reservation system, the alternative transportation policy, ground services, special handling services, train accommodation, employee training and special service requests".

VIA a indiqué que son réseau comprenait [TRADUCTION] « un système de réservations, une politique sur les transports spéciaux, des services au sol, des services de traitement spécial, l'hébergement à bord des trains, la formation des employés et des demandes de services spéciaux ».

173 There is very little evidence in the record about the content of these network features and how they actually accommodate passengers with disabilities. What is clear, however, is that persons in a wheelchair who wish to purchase a ticket on a VIA train cannot be assured that the train they want to take will be able to accommodate them.

Le dossier comporte très peu d'éléments de preuve au sujet de la nature de ces caractéristiques du réseau et de la façon dont elles permettent effectivement d'accommoder les passagers ayant une déficience. Toutefois, il est évident qu'une personne en fauteuil roulant qui souhaite acheter un billet de train de VIA ne peut pas être assurée qu'elle obtiendra les services dont elle a besoin à bord du train qu'elle veut prendre.

174 VIA asserted before the Agency that it "has a policy for alternative transportation that is sensitive to passengers with disabilities and a history of satisfying those needs", but provided no evidence in support of this assertion. In oral argument before this Court, VIA explained that in the past it has sent passengers to their destinations by taxi when they could not be accommodated on its trains, and that passengers who call in advance may be offered assistance.

VIA a affirmé devant l'Office qu'elle [TRADUCTION] « a une politique de transport de remplacement qui tient compte des besoins des voyageurs ayant une déficience et [qu'elle] a répondu à ces besoins dans le passé », mais elle n'a fourni aucune preuve à l'appui de cette affirmation. Lors de plaidoiries devant notre Cour, VIA a expliqué qu'elle a déjà fait transporter par taxi jusqu'à leur destination des voyageurs qu'elle ne pouvait pas accommoder à bord de ses trains, et qu'elle peut offrir de l'aide aux voyageurs qui l'avisent à l'avance par téléphone.

175 This *ad hoc* provision of taxis or a network of rail services with only some accessible routes is not, it seems to me, adequately responsive to the goals of s. 5 of the *Canada Transportation Act*. Section 5 provides that the transportation services under federal legislative authority are, themselves, to be accessible. It is the rail service itself that is to be accessible, not alternative transportation

Il me semble qu'un réseau de services ferroviaires qui fournit un service spécial de taxi ou qui n'est accessible que sur certains parcours ne tient pas suffisamment compte des objectifs de l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada*. Cet article prévoit que les services de transport relevant de la compétence législative fédérale doivent eux-mêmes être accessibles. C'est le service ferroviaire

services such as taxis. Persons with disabilities are entitled to ride with other passengers, not consigned to separate facilities.

Likewise, the fact that there are accessible trains travelling along some routes does not justify inaccessible trains on others. It is the global network of rail services that should be accessible. The fact that accessibility is limited to isolated aspects of the global network — like VIA's alternative transportation policy or the suggestion that persons with disabilities can continue to ride the existing fleet for the time-being — does not satisfy Parliament's continuing goal of ensuring accessible transportation services.

Any ambiguity as to whether "accessible" in the English version of s. 5 of the *Canada Transportation Act* modifies the specific and plural "services" offered or the single global "network" of services provided is resolved by the use of the plural "*accessibles*" in the French version. The French text states:

> . . . la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience . . .

This confirms the common sense interpretation: namely that Parliament intended that all transportation services offered to the public be accessible, and not merely pieces of the network. As David Lepofsky notes, "[a] passenger who buys a ticket to take a VIA train does not ride the entire VIA network of all trains on all routes. He or she takes a specific train on a specific route at a specific time. To a passenger with a disability who needs to travel from Montreal to Toronto, it is immaterial whether VIA runs a fully accessible train from Calgary to Vancouver": "Federal Court of Appeal De-Rails Equality Rights for Persons With Disabilities — *Via Rail v. Canadian Transportation Agency* and the Important Duty

lui-même qui doit être accessible, et non les autres services de transport comme les taxis. Les personnes ayant une déficience ont le droit de voyager avec les autres passagers et non d'être confinées dans des installations distinctes.

176 De même, le fait que des trains soient accessibles sur certains parcours ne justifie pas la présence de trains inaccessibles sur d'autres parcours. Il doit y avoir accessibilité dans l'ensemble du réseau ferroviaire. Le fait que l'accessibilité soit limitée à certains aspects du réseau global de services — comme la politique de transport de remplacement de VIA ou l'idée que les personnes ayant une déficience peuvent, pour le moment, continuer de voyager à bord des voitures de son parc existant — ne cadre pas avec l'objectif permanent du législateur d'assurer des services de transport accessibles.

177 L'utilisation de l'adjectif « accessibles » au pluriel dans la version française de l'art. 5 de la *Loi sur les transports au Canada* dissipe toute ambiguïté quant à savoir si l'adjectif « *accessible* » utilisé dans la version anglaise qualifie les divers « *services* » offerts ou le « *network* » (« réseau ») global de services fournis. Le texte français est rédigé ainsi :

> . . . la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience . . .

178 La marque du pluriel dans la version française confirme l'interprétation logique, à savoir que le législateur a voulu que tous les services de transport offerts au public soient accessibles, et non seulement certains aspects du réseau. Comme le souligne David Lepofsky, [TRADUCTION] « [l]a personne qui achète un billet de train de VIA ne voyage pas à bord de tous les trains et sur tous les parcours du réseau de VIA. Elle prend un train précis, sur un parcours précis, et à un moment précis. Pour la personne ayant une déficience qui doit voyager de Montréal à Toronto, il n'importe pas de savoir si VIA offre un train entièrement accessible entre Calgary et Vancouver » : « Federal Court of Appeal De-Rails Equality Rights for Persons With Disabilities

Not to Create New Barriers to Accessibility" (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 169, at p. 188.

179 The Agency found that VIA's network defence, based on what was available on its existing fleet, ran counter to the future-centred provisions of the Rail Code, which were oriented toward the incremental accommodation of personal wheelchairs in the federal rail network. In a 1998 case based on an *Application by Yvonne Gaudet, on behalf of Marcella Arsenault* (CTA Decision No. 641-AT-R-1998), it had found that the lack of personal wheelchair accessible sleeper units in VIA's existing fleet did not constitute an undue obstacle because of the financial and other implications of making the structural changes required. This acknowledgment of the cost and difficulties involved in structural changes to the *existing* fleet was based, in part, on an understanding that VIA had, through the Rail Code, among other methods, publicly committed itself to improving the accessibility of its *future* fleet of passenger rail cars.

180 But, the Agency concluded, rather than increasingly accommodating this goal in purchasing the Renaissance cars, VIA knowingly perpetuated the very inaccessibility problems that encumbered its existing fleet. The Agency therefore concluded that VIA could not rely on its existing equipment as an alternative accommodation.

181 VIA's proposed defence is also inconsistent with this Court's human rights jurisprudence. It ignores the fact that a significant cause of handicap is the nature of the environment in which a person with disabilities is required to function. Lepofsky has noted that "[o]ne of the greatest obstacles confronting disabled Canadians is the fact that virtually all major public and private institutions in Canadian society were originally designed on the implicit premise that they are intended to serve able-bodied persons, not the 10 to 15% of the public who have disabilities": "The Duty to Accommodate: A

— *Via Rail v. Canadian Transportation Agency* and the Important Duty Not to Create New Barriers to Accessibility » (2005-2006), 18 *R.N.D.C.* 169, p. 188.

L'Office a conclu que le moyen de défense fondé sur le réseau avancé par VIA, compte tenu des services disponibles dans son parc existant, allait à l'encontre des dispositions du code ferroviaire axées sur l'avenir, qui privilégiaient un accommodement progressif des personnes utilisant leur fauteuil roulant personnel dans le réseau ferroviaire fédéral. Dans une décision de 1998 concernant une *Demande présentée par Yvonne Gaudet, au nom de Marcella Arsenault* (décision OTC nº 641-AT-R-1998), il avait conclu que le manque de compartiments-lits accessibles aux fauteuils roulants personnels dans le parc existant de VIA ne constituait pas un obstacle abusif compte tenu des conséquences financières et autres des changements structuraux qui devraient être apportés. Cette reconnaissance du coût et des difficultés liés aux changements structuraux devant être apportés au parc *existant* était fondée en partie sur l'idée que, en adhérant au code ferroviaire notamment, VIA s'était engagée publiquement à améliorer l'accessibilité de son *futur* parc de voitures pour passagers.

Cependant, l'Office a conclu qu'au lieu de satisfaire de plus en plus à cet objectif en achetant les voitures Renaissance, VIA a sciemment laissé perdurer les problèmes d'inaccessibilité de son parc existant. L'Office a donc décidé que VIA ne pouvait compter sur son matériel existant comme solution de rechange en matière d'accommodement.

Le moyen de défense avancé par VIA n'est pas compatible non plus avec la jurisprudence de notre Cour en matière de droits de la personne. Il ne tient pas compte du fait que la nature du milieu avec lequel la personne ayant une déficience doit composer est une cause importante de handicap. Monsieur Lepofsky a fait remarquer que [TRADUCTION] « [l]'un des plus grands obstacles auxquels se heurtent les Canadiens ayant une déficience réside dans le fait que la quasi-totalité des principales institutions publiques et privées de la société canadienne étaient initialement conçues en fonction du

Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1, at p. 6. It is, after all, the "combined effect of an individual's impairment or disability and the environment constructed by society that determines whether such an individual experiences a handicap": I. B. McKenna, "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153, at p. 164.

principe implicite selon lequel elles étaient destinées à desservir des personnes physiquement aptes et non les 10 à 15 pour 100 des membres du public ayant une déficience » : « The Duty to Accommodate : A Purposive Approach » (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1, p. 6. En fin de compte, c'est [TRADUCTION] « l'effet conjugué de la déficience ou de l'incapacité d'une personne et du climat social qui détermine si cette personne est atteinte d'un handicap » : I. B. McKenna, « Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada : Can the Impasse Be Resolved? » (1997-1998), 29 *R.D. Ottawa* 153, p. 164.

The network approach preserves the paramountcy of this paradigm, contrary to this Court's direction that standards be as inclusive as possible: *Grismer*, at para. 22.

182 L'interprétation fondée sur le réseau maintient la prépondérance de ce modèle, contrairement à la directive de la Cour selon laquelle les normes doivent être aussi générales que possible : *Grismer*, par. 22.

Under the *Canadian Human Rights Act*, VIA is required to take positive steps to implement inclusive standards and accommodate passengers with disabilities to the point of undue hardship. VIA's network defence would have it take no further steps to accommodate passengers with disabilities beyond its existing fleet. But because the Renaissance cars would "be the only cars in operation on some of VIA's routes in the very near future and they will be a significant part of VIA's network for a considerable period of time" (Preliminary Decision, at p. 39), passengers with disabilities would have to choose between not travelling by train at all or selecting from two generations of differently inaccessible rail cars with VIA staff assisting them.

183 Sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, VIA est tenue de prendre des mesures positives pour appliquer des normes générales et répondre aux besoins des voyageurs ayant une déficience tant qu'il n'en résulte pas une contrainte excessive. D'après le moyen de défense fondé sur le réseau avancé par VIA, les services qu'elle offre dans son parc existant seraient suffisants pour accommoder les voyageurs ayant une déficience. Toutefois, étant donné que les voitures Renaissance seraient « les seules voitures exploitées sur certaines lignes de VIA dans un avenir très rapproché et qu'elles constituer[aient] une partie importante du réseau de VIA pendant très longtemps » (décision préliminaire, p. 44), les personnes ayant une déficience devraient décider soit de ne plus voyager en train, soit de choisir entre deux générations de voitures différemment inaccessibles et de se faire aider par le personnel de VIA.

The American equivalent of the Agency, the Architectural and Transportation Barriers Compliance Board has explicitly rejected the relevance of a service-based "network defence" where barriers to accessible transportation exist. In developing its regulatory guidelines, the Board was asked to "permit operational procedures to substitute for compliance with the technical

184 L'équivalent américain de l'Office, l'Architectural and Transportation Barriers Compliance Board (« Board »), a expressément rejeté la pertinence d'un « moyen de défense fondé sur les services offerts dans le réseau » dans le cas où il existe des obstacles au transport accessible. On a demandé au Board, au moment où il établissait ses directives réglementaires, [TRADUCTION]

provisions" of the *Americans With Disabilities Act (ADA) Accessibility Guidelines for Transportation Vehicles: Final Guidelines*, 56 Fed. Reg. 45530 (September 6, 1991), at p. 45532. The Board rejected this approach, stating:

> . . . the Board's statutory mandate is to ensure accessibility of the built environment, including instances in which operational procedures might fail. Thus, for example, the Board cannot assume that the strength, agility and attention of a driver will be sufficient to prevent a heavy wheelchair from rolling off a lift. Neither is it appropriate, as one transit operator suggested, to assume that fellow passengers will have the strength or skill to assist persons with disabilities to board vehicles. It is just as inappropriate to expect other passengers to lift a wheelchair user into a vehicle as it is to assume others should lift a wheelchair over a curb or carry someone up a flight of stairs to enter a building.

(Fed. Reg., at p. 45532)

185 Moreover, as previously noted, in the United States, Britain and Australia, legislative instruments require, as does the Rail Code, that at least one car in every train that leaves a railway station must be accessible to persons using personal wheelchairs. Each of these jurisdictions also requires that all *new* rail equipment satisfy minimum standards designed to accommodate personal wheelchairs. VIA's network defence is conceptually antithetical to these minimum standards of accommodation.

186 The twin goals of preventing and remedying discrimination recognized in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)* cannot be accomplished if the creation of new, exclusionary barriers can be defended on the basis that they are no more discriminatory than what they are replacing. This is an approach that serves to perpetuate and exacerbate the

« d'autoriser des méthodes de fonctionnement se substituant à l'obligation d'observer les dispositions techniques » de l'*Americans With Disabilities Act (ADA) Accessibility Guidelines for Transportation Vehicles : Final Guidelines*, 56 Fed. Reg. 45530 (6 septembre 1991), p. 45532. Le Board a rejeté cette approche en ces termes :

> [TRADUCTION] . . . la loi a confié au Board le mandat d'assurer l'accessibilité de l'environnement construit, y compris dans les cas où des méthodes de fonctionnement pourraient échouer. Par exemple, le Board ne peut pas présumer que la force, l'agilité et l'attention d'un conducteur suffiront pour empêcher un fauteuil roulant lourd de sortir accidentellement d'un dispositif de levage. Il ne convient pas non plus, comme l'a laissé entendre un opérateur de véhicule de transport en commun, de présumer que les autres passagers auront la force ou l'aptitude requise pour aider les personnes ayant une déficience à monter à bord des véhicules. Il est tout aussi inopportun de s'attendre à ce que d'autres passagers soulèvent une personne en fauteuil roulant pour la faire monter à bord d'un véhicule, que de présumer que des passants devraient aider une personne en fauteuil roulant à monter sur un trottoir ou soutenir quelqu'un pour l'aider à gravir l'escalier menant à un édifice.

(Fed. Reg., p. 45532)

En outre, comme nous l'avons vu, les textes législatifs des États-Unis, de la Grande-Bretagne et de l'Australie exigent, tout comme le code ferroviaire, qu'au moins une voiture par train quittant une gare soit accessible aux personnes qui utilisent leur fauteuil roulant personnel. Chacun de ces pays exige également que tout *nouveau* matériel ferroviaire respecte des normes minimales d'accommodement des personnes qui utilisent leur fauteuil roulant personnel. Le moyen de défense de VIA fondé sur le réseau est, sur le plan conceptuel, l'antithèse de ces normes minimales d'accommodement.

Le double objectif consistant à prévenir la discrimination et à y remédier, qui est reconnu dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, ne saurait être atteint si l'on justifie la création de nouveaux obstacles qui entraînent une exclusion par le fait qu'ils ne sont pas plus discriminatoires que ceux qu'ils remplacent. Cette

historic disadvantage endured by persons with disabilities. Permitting VIA to point to its existing cars and special service-based accommodations as a defence overlooks the fact that, while human rights principles include an acknowledgment that not every barrier can be eliminated, they also include a duty to prevent new ones, or at least, not knowingly to perpetuate old ones where preventable.

approche contribue à perpétuer et à accentuer le désavantage historique que subissent les personnes ayant une déficience. Permettre à VIA d'invoquer comme moyen de défense ses voitures existantes et les services spéciaux qu'elle fournit à titre de mesures d'accommodement ne tient pas compte du fait que, tout en reconnaissant que les obstacles ne peuvent pas tous être éliminés, les principes applicables en matière de droits de la personne interdisent également d'en créer de nouveaux ou, à tout le moins, de maintenir sciemment de vieux obstacles lorsqu'ils sont évitables.

Meiorin counsels tribunals to consider a respondent's efforts to investigate alternative, less discriminatory approaches demonstrating that no other reasonable or practical means of avoiding negative impacts on a claimant was possible in the circumstances. VIA did not appear, from the evidence, to have seriously investigated the possibility of reasonably accommodating the use of personal wheelchairs or, for that matter, any other issue related to providing access for persons with disabilities.

187 L'arrêt *Meiorin* recommande aux tribunaux administratifs de tenir compte des efforts qu'un intimé a déployés en vue de trouver d'autres solutions moins discriminatoires et qui démontrent que, dans les circonstances, il n'y avait aucun autre moyen raisonnable ou concret d'éviter des conséquences négatives sur un demandeur. D'après la preuve, VIA ne paraît pas avoir sérieusement étudié la possibilité d'accommoder raisonnablement les utilisateurs d'un fauteuil roulant personnel, ni même avoir examiné toute autre question concernant la possibilité de donner accès aux personnes ayant une déficience.

When it purchased the Renaissance cars, no "plan document" or cost estimates associated with improving the accessibility of the Renaissance cars existed, undermining VIA's submission that it discharged its obligations to investigate and consider alternative means of accommodating persons with disabilities when it decided to purchase the Renaissance cars. Though VIA initially expected "commissioning" costs associated with the assembly and renovation of the cars in the neighbourhood of $100 million, no portion of this amount appears to have been dedicated to accessibility enhancements, since it was VIA's position that the Renaissance cars were already accessible.

188 Au moment où VIA a acheté les voitures Renaissance, il n'existait aucun « plan » d'amélioration de l'accessibilité de ces voitures ni aucune estimation des coûts qui s'y rattacheraient, ce qui affaiblit son argument voulant qu'au moment où elle a décidé d'acheter les voitures Renaissance elle se soit acquittée de son obligation de chercher et d'examiner d'autres moyens d'accommoder les personnes ayant une déficience. Même si, au départ, VIA s'attendait à ce que le coût de « mise en service » lié à l'assemblage et à la rénovation des voitures s'élève environ à 100 millions de dollars, aucune partie de cette somme ne paraît avoir été consacrée à l'amélioration de l'accessibilité, étant donné que VIA estimait que les voitures Renaissance étaient déjà accessibles.

VIA did not satisfy the Agency that the barriers in question could not reasonably be remedied. The form of accommodation it proposed, instead, was leaving a person with disabilities entirely

189 VIA n'a pas convaincu l'Office qu'elle ne pouvait pas remédier raisonnablement aux obstacles en question. La forme d'accommodement qu'elle proposait faisait plutôt en sorte que les personnes

dependent on others. By endorsing network accommodation on the basis of VIA's existing fleet and service standards, the majority in the Federal Court of Appeal was, with respect, insufficiently attentive to the *Meiorin* principles.

(d) Cost

190 The Agency, in my view, appropriately considered the cost of remedying an obstacle when determining whether it was "undue", contrary to the majority's assessment of the evidence. Sexton J.A., for the majority, concluded that the Agency could not have properly determined which obstacles in the Renaissance cars were undue without knowing how much it would cost to fix them. Moreover, it was patently unreasonable, the court unanimously found, for the Agency to conclude that there was no compelling evidence of economic impediments to remedying the obstacles in the Renaissance cars before receiving the cost estimates it had asked VIA to submit.

191 These conclusions are, with respect, problematic. The record reveals that the Agency did not identify any obstacles as "undue" or order corrective action to be taken without considering the cost of remedial measures and actively attempting to secure VIA's participation in pinpointing those measures.

192 It is useful to set out the specific remedial steps the Agency ordered VIA to take in its final decision dated October 29, 2003; how the Agency had put VIA on notice that it was considering these remedial measures; and what cost-related information it sought and received from VIA before ordering them. The Agency's final decision states:

> . . . the Agency hereby directs VIA to make the necessary modifications to the Renaissance passenger rail cars:

ayant une déficience continueraient d'être entièrement dépendantes d'autrui. J'estime, en toute déférence, qu'en acceptant que le parc existant et les normes de service de VIA constituent des mesures d'accommodement offertes dans son réseau, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale n'ont pas suffisamment tenu compte des principes de l'arrêt *Meiorin*.

d) Le coût

Contrairement à l'appréciation que les juges majoritaires ont faite de la preuve, j'estime que l'Office a dûment pris en considération le coût de la mesure qui permettrait de remédier à un obstacle pour déterminer si cet obstacle était « abusif ». Le juge Sexton a conclu, au nom des juges majoritaires, que l'Office n'aurait pas pu déterminer correctement quels obstacles dans les voitures Renaissance étaient abusifs sans savoir ce qu'il en coûterait pour y remédier. La cour a en outre jugé à l'unanimité qu'il était manifestement déraisonnable pour l'Office de conclure qu'il n'y avait aucune preuve convaincante de l'existence de contraintes économiques empêchant de remédier aux obstacles présents dans les voitures Renaissance, avant d'avoir obtenu l'estimation des coûts qu'il avait demandé à VIA de fournir.

En toute déférence, j'estime que ces conclusions sont problématiques. Le dossier révèle que l'Office n'a qualifié aucun obstacle d'« abusif » ni ordonné la prise de mesures correctives sans tenir compte du coût de ces mesures et tenter activement d'obtenir la participation de VIA à leur détermination.

Il est utile d'énoncer les mesures correctives particulières que l'Office a ordonnées à VIA de prendre dans sa décision finale du 29 octobre 2003, la façon dont il a avisé VIA qu'il songeait à ces mesures correctives, ainsi que les renseignements sur les coûts qu'il avait demandés et obtenus de VIA avant d'ordonner ces mesures. Voici ce que prévoit la décision finale de l'Office :

> . . . l'Office enjoint à VIA d'apporter les modifications nécessaires aux voitures à passagers Renaissance :

1. In the "accessible suite", to ensure that:

   (a) the door from the vestibule in the service car into the sleeper unit in the "accessible suite" is widened to at least 81 cm [31.89"]; and,

   (b) there is a wheelchair tie-down in the sleeper unit to allow a person with a disability to retain a Personal Wheelchair.

2. In the economy coach cars, through the implementation of Option 3, with the appropriate modifications, to ensure that:

   (a) there is a washroom that can accommodate persons using Personal Wheelchairs proximate to the wheelchair tie-down;

   (b) there is sufficient clear floor space in the wheelchair tie-down area to accommodate a person in a Personal Wheelchair and a service animal; and the tie-down area, in conjunction with the area that is adjacent to it, provides adequate manoeuvring and turning space to allow a person using a Personal Wheelchair to manoeuver into and out of the tie-down area;

   (c) there is a seat for an attendant, which faces the wheelchair tie-down; and,

   (d) the width of the bulkhead door opening located behind the wheelchair tie-down and the width of the aisle between the "future valet/storage" are at least 81 cm [31.89"].

3. In every economy coach car, to ensure that there is one row of double seats that is lowered to floor level and that provides sufficient space for persons who travel with service animals;

4. In every coach car, to ensure that, in addition to the four moveable aisle armrests that are presently in the cars, there are at least two additional movable aisle armrests on the double-seat side;

5. With respect to the exterior stairs to the cars, to ensure that the stair risers on the Phase 1 Renaissance Cars are closed; and,

6. With respect to overnight train consists where a sleeper car service is offered, to ensure that a service car is marshalled in such a way that the "accessible suite" is adjacent to the wheelchair tie-down

1. Dans la « suite accessible », pour assurer que

   a) la porte allant du vestibule de la voiture de service au compartiment-lit de la « suite accessible » [soit] élargie à au moins 81 cm (31,89 po);

   b) il y a[it] un dispositif de retenue pour fauteuil roulant dans le compartiment-lit afin qu'une personne puisse conserver son fauteuil roulant personnel.

2. Dans les voitures-coach de la classe économique, grâce à la mise en œuvre de l'option 3, avec les modification[s] appropriées, pour assurer que :

   a) il y a[it] une toilette, près du dispositif de retenue pour fauteuil roulant, à laquelle les personnes qui utilisent un fauteuil roulant personnel [puissent] accéder seules;

   b) l'aire de plancher dégagée de la zone du dispositif de retenue pour fauteuil roulant [soit] suffisante pour accueillir une personne qui utilise un fauteuil roulant personnel et un animal aidant; et que la zone du dispositif de retenue [soit] située près d'une aire permettant de manœuvrer et de tourner en fauteuil roulant et d'accéder au dispositif de retenue;

   c) il y a[it] un siège pour un accompagnateur en face du dispositif de retenue pour fauteuil roulant;

   d) la largeur de la porte de cloison située derrière le dispositif de retenue pour fauteuil roulant et la largeur du couloir entre le vestiaire/compartiment d'entreposage futur [soit] d'au moins 81 cm (31,89 po);

3. Dans chaque voiture-coach de la classe économique, assurer qu'il y a[it] au moins une rangée de sièges doubles au niveau du plancher afin de fournir suffisamment d'espace pour accueillir les personnes qui voyagent avec un animal aidant.

4. Dans chaque voiture-coach, assurer qu'il y a[it] au moins deux accoudoirs mobiles additionnels côté couloir des sièges doubles, en plus des quatre qui existent déjà;

5. En ce qui a trait aux escaliers à l'extérieur des voitures, assurer que les contremarches des voitures Renaissance de la phase I so[ie]nt fermées;

6. En ce qui a trait aux rames de trains de nuit offrant un compartiment-lit, assurer que la voiture de service [soit] attelée de sorte que la « suite accessible » soit adjacente à l'extrémité où est situé le

end of the economy coach car that contains the wheelchair-accessible washroom, and this suite is offered as a sleeping accommodation. [pp. 70-71]

(i) *Corrective Measure 1(a): Widening Doors to Sleeper Unit*

193 On January 8, 2002, the Agency asked VIA to provide an estimate of the cost of widening the doors of the accessible suite to 81 cm (31.89 inches) after VIA failed to provide this information in response to a request dated November 15, 2001 from the CCD.

194 On January 14, 2002, VIA replied with a letter of the same date from Bombardier Inc. indicating that the preparation of an estimate would take 45 days and cost at least $100,000. VIA's covering letter shows it believed that the Agency was considering having both the interior doors into the "accessible suite" and the exterior doors into the service cars widened when it had this estimate of an estimate prepared. The Agency's final decision, and corrective measure 1(a), concerned only the interior door into the sleeper unit from the entry vestibule. In its correspondence with the Agency, VIA said that "[i]f VIA Rail is required to prepare such an estimate, the Agency should direct that that be done". Again on March 1, 2002, the Agency asked VIA for the estimated cost of widening the doors in the "accessible suite".

195 Eventually, in its Preliminary Decision of March 27, 2003, the Agency formally ordered VIA to provide this estimate. A 60-day deadline for an estimate of the cost of widening the interior doors was set by the Agency in its Preliminary Decision. VIA was given a further 60 days after the Agency reissued its Preliminary Decision on June 9, 2003.

196 VIA failed to comply with either deadline notwithstanding that it had previously indicated in its January 14, 2002 letter to the Agency that it could provide an estimate addressing even the more complicated question of exterior doors within 45

dispositif de retenue pour fauteuil roulant de la voiture-coach de la classe économique qui contient la toilette accessible aux fauteuils roulants, et que cette suite soit offerte comme un compartiment-lit. [p. 76-77]

(i) *Mesure corrective 1a) : élargissement de la porte d'entrée du compartiment-lit*

Le 8 janvier 2002, l'Office a demandé à VIA de lui fournir une estimation des coûts liés à l'élargissement à 81 cm (31,89 po) des portes de la « suite accessible », après que celle-ci ait omis de fournir ces renseignements à la suite d'une demande du CCD datée du 15 novembre 2001.

Le 14 janvier 2002, VIA a répondu au moyen d'une lettre de Bombardier Inc. portant la même date et indiquant qu'il faudrait 45 jours pour préparer une estimation qui coûterait au moins 100 000 $. Il ressort de la lettre d'accompagnement de VIA qu'elle croyait que l'Office envisageait l'élargissement des portes intérieures de la « suite accessible » et des portes extérieures des voitures de service, au moment où elle a fait préparer cette estimation de l'estimation à produire. Or, la décision finale de l'Office et la mesure corrective 1a) ne visaient que la porte intérieure allant du vestibule au compartiment-lit. Dans sa correspondance avec l'Office, VIA a indiqué que [TRADUCTION] « [s]i VIA Rail est tenue de préparer une telle estimation, l'Office devrait ordonner que ce soit fait ». Le 1er mars 2002, l'Office a encore demandé à VIA de lui fournir le coût estimatif de l'élargissement des portes de la « suite accessible ».

Plus tard, dans sa décision préliminaire du 27 mars 2003, l'Office a formellement ordonné à VIA de lui fournir cette estimation. Il lui a alors donné 60 jours pour produire une estimation du coût de l'élargissement des portes intérieures. VIA a obtenu un autre délai de 60 jours lorsque l'Office a réitéré sa décision préliminaire le 9 juin 2003.

VIA n'a respecté aucun de ces délais en dépit du fait qu'elle avait déjà indiqué, dans sa lettre du 14 janvier 2002 adressée à l'Office, qu'elle pourrait fournir, dans les 45 jours, une estimation même au sujet de la question plus complexe des portes

days. Eventually, the Agency found "that no compelling evidence was presented by VIA indicating that, from a structural or economic perspective, the doors to the sleeper unit and the washroom in the 'accessible suite' cannot be widened to at least 81 cm (31.89")" (Preliminary Decision, at p. 108).

VIA had, in any event, already unilaterally increased the width from 72 and 73 cm respectively to 75 cm without the Agency's knowledge. This was 6 cm shorter than the Rail Code requirement of 81cm. If VIA had structural and economic information to justify this deviation from the Rail Code, none was provided to the Agency. With VIA's own acknowledgment that a more complicated estimate would take 45 days to prepare in mind and, given the cost knowledge it would have had from widening the doors already, there was no basis for VIA failing to provide the cost-related evidence to the Agency within any of the deadlines imposed.

(ii) *Corrective Measure 1(b): Installing a Tie-Down in Sleeper Unit*

The Agency's final decision required VIA to install a wheelchair tie-down in the "accessible suite". This is consistent with what VIA had originally said it intended to do when, early in the proceedings, it advised the Agency that the sleeper units in the service cars would have a wheelchair tie-down installed. Correspondence dated January 3, 2001 from VIA's general counsel states that "[t]he service car has special facilities, including sleeping accommodation for two, an accessible washroom, wide door access and will have a wheelchair tie-down" (emphasis added).

The Agency's Preliminary Decision in March 2003 stated: "the Agency is of the opinion that it appears that there is no structural impediment to installing a wheelchair tie-down in the 'accessible suite' and that the relative cost to install one is likely minimal" (p. 110). Clearly, VIA had received adequate notice of the specific remedial measure the

extérieures. L'Office a, par la suite, conclu « qu'aucune preuve contraignante n'a[vait] été présentée par VIA indiquant que, du point de vue structural ou économique, les portes de la chambre et de la toilette dans la "suite accessible" ne [pouvaient] être élargies à au moins 81 cm (31,89 po) » (décision préliminaire, p. 119).

197 Quoi qu'il en soit, VIA avait unilatéralement, et à l'insu de l'Office, augmenté la largeur de 72 et 73 cm respectivement à 75 cm, ce qui représentait 6 cm de moins que les 81 cm prescrits par le code ferroviaire. Si VIA détenait des renseignements de nature structurale ou économique pour justifier cette dérogation au code ferroviaire, elle n'en a fourni aucun à l'Office. Compte tenu du fait que VIA avait elle-même reconnu qu'il faudrait 45 jours pour préparer une estimation plus complexe, et que les travaux qu'elle avait déjà effectués pour élargir les portes lui permettaient d'avoir une idée des coûts, rien ne justifiait sa décision de ne pas fournir à l'Office, dans les délais impartis, des éléments de preuve relatifs aux coûts.

(ii) *Mesure corrective 1b) : installation d'un dispositif de retenue dans le compartiment-lit*

198 La décision finale de l'Office enjoignait à VIA d'installer un dispositif de retenue pour fauteuil roulant dans la « suite accessible ». Cette mesure est conforme à l'intention initialement exprimée par VIA au début des procédures lorsqu'elle a informé l'Office qu'un dispositif de retenue pour fauteuil roulant serait installé dans les compartiments-lits des voitures de service. Dans une lettre datée du 3 janvier 2001, l'avocat général de VIA indique que [TRADUCTION] « [l]a voiture de service comporte des installations spéciales, dont une chambre pour deux personnes, des toilettes accessibles, un accès par une large porte, et sera dotée d'un dispositif de retenue pour fauteuil roulant » (je souligne).

199 La décision préliminaire de l'Office rendue en mars 2003 précisait : « l'Office est d'avis qu'il semble n'y avoir aucun empêchement structural à l'installation d'un dispositif de retenue pour fauteuil roulant dans la "suite accessible" et que le coût d'installation d'un tel dispositif est vraisemblablement minimal » (p. 122). Il est évident que VIA

Agency was considering to prepare a cost estimate that would rebut the Agency's preliminary conclusion that the cost was likely to be "minimal".

200 In its final decision, the Agency noted that "VIA, by its own submission, indicated that it is feasible to install a tie-down in the 'accessible suite' but decided not to do so in order to avoid any isolation of persons with disabilities" (p. 30). The Agency went on to note that despite being specifically asked to provide feasibility and economic information about the installation of a wheelchair tie-down in the "accessible suite", VIA failed to provide any. VIA had already unilaterally added a tie-down to economy coach cars by this stage in the proceedings, so it would have had some information about their cost. Moreover, VIA had originally planned to add a tie-down to the "accessible suite". It could, accordingly, have provided any cost estimates it had previously prepared in support of these plans, if they existed. VIA failed to provide any of the cost information it had in its possession based on work it had actually completed or originally planned.

(iii) *Corrective Measure 2: Implementing Option 3*

201 The changes to the economy coach cars were the most significant ones VIA was ordered to make. In the Agency's decisions of June 9 and July 9, 2003, VIA had been put on notice that the Agency was considering ordering the implementation of Option 3, one of the redesign options VIA created to respond to Transport Canada's concern that the coach car washrooms were located in the unsafe "crumple zone" of the cars. It was given several opportunities to "show cause" why this option could not be implemented. VIA ultimately submitted one paragraph of text with vague cost-related assertions.

avait été suffisamment avisée de la mesure corrective envisagée par l'Office pour être en mesure de préparer une estimation des coûts qui réfuterait la conclusion préliminaire de l'Office selon laquelle le coût serait vraisemblablement « minimal ».

Dans sa décision finale, l'Office a souligné que « VIA a indiqué de son propre aveu qu'il est faisable d'installer un dispositif de retenue dans la "suite accessible", mais qu'elle a décidé de ne pas le faire pour éviter l'isolement des personnes ayant une déficience » (p. 31). L'Office a ajouté que, bien qu'on lui ait demandé expressément de fournir des renseignements sur la faisabilité et le coût de l'installation d'un dispositif de retenue pour fauteuil roulant dans la « suite accessible », VIA n'en a fourni aucun. VIA avait déjà, à ce stade des procédures, unilatéralement ajouté un dispositif de retenue dans les voitures-coach de la classe économique, de sorte qu'elle aurait eu des renseignements au sujet du coût d'un tel dispositif. De plus, VIA avait initialement prévu l'ajout d'un dispositif de retenue dans la « suite accessible ». Elle aurait donc pu fournir toute estimation des coûts qu'elle a pu préparer à cet égard. VIA n'a fourni aucun des renseignements sur les coûts dont elle disposait en raison des travaux qu'elle avait réellement effectués ou qu'elle avait initialement prévus.

(iii) *Mesure corrective 2 : mise en œuvre de l'option 3*

Les modifications des voitures-coach de la classe économique étaient les plus importantes que VIA s'était vu ordonner d'effectuer. Dans les décisions rendues par l'Office les 9 juin et 9 juillet 2003, VIA avait été informée que l'Office songeait à ordonner la mise en œuvre de l'option 3, l'une des options de réaménagement que VIA avait proposées pour répondre à la préoccupation exprimée par Transports Canada au sujet du fait que les toilettes des voitures-coach étaient situées dans la « zone de déformation » des voitures qui présentait des risques. On a donné plusieurs fois à VIA la possibilité d'expliquer pourquoi cette option ne pouvait pas être mise en œuvre. VIA a fini par présenter un texte d'un paragraphe comportant de vagues affirmations relatives aux coûts.

Option 3, as proposed by VIA to Transport Canada, would alter the two washrooms located at the wheelchair tie-down end of the economy coach cars. Space from the washroom on the single-seat side of the cars would be used for an expanded wheelchair tie-down space, relocated from the double-seat side of the cars to the single-seat side. On the double-seat side, the space occupied by the inaccessible wheelchair tie-down would be used to enlarge and reconfigure the existing washroom located directly behind. While Transport Canada's concerns were unrelated to the cars' accessibility, the Agency was of the view that Option 3 could be implemented in 13 of the 33 economy coach cars in a way that would satisfy key Rail Code accessibility standards. It was the Agency's view that these changes, which it noted VIA had indicated to Transport Canada and to the Agency were structurally feasible, could concurrently address Transport Canada's safety concerns, the inaccessibility of the current wheelchair tie-down, and the absence of a wheelchair accessible washroom in close proximity to the tie-down space.

202 L'option 3, proposée à Transports Canada par VIA, consistait à modifier les deux toilettes situées à l'extrémité des voitures-coach de la classe économique où est fixé le dispositif de retenue pour fauteuil roulant. L'espace récupéré en supprimant les toilettes du côté des sièges simples de voitures serait utilisé pour agrandir la zone du dispositif de retenue pour fauteuil roulant, laquelle serait transférée du côté des sièges doubles au côté des sièges simples. La zone du côté des sièges doubles, où se trouvait le dispositif de retenue pour fauteuil roulant inaccessible, serait utilisée pour agrandir et réaménager les toilettes existantes situées immédiatement derrière. Même si les préoccupations de Transports Canada n'avaient rien à voir avec l'accessibilité des voitures, l'Office estimait que l'option 3 pourrait être mise en œuvre dans 13 des 33 voitures-coach de la classe économique d'une manière conforme aux normes de base du code ferroviaire. Selon l'Office, ces modifications — dont, a-t-il souligné, VIA avait confirmé la faisabilité sur le plan structural à Transports Canada et à l'Office — permettraient à la fois de répondre aux préoccupations de Transports Canada relatives à la sécurité et de remédier à l'inaccessibilité du dispositif de retenue pour fauteuil roulant actuellement en place ainsi qu'à l'absence de toilettes accessibles aux fauteuils roulants près de la zone de ce dispositif.

While VIA had not provided the dimensions associated with the tie-down space contemplated in Option 3, the Agency found that it had sufficient evidence to determine that it would, or could, readily be made personal wheelchair accessible. In the Agency's view, Option 3 would have to be modified to ensure that there was sufficient space for passengers using wheelchairs to easily manoeuver into and out of the tie-down area, which could be achieved by removing either or both of the existing bulkhead wall and the storage area VIA planned to create. The Agency was also of the opinion that because a removable seat had been installed in the tie-down mechanisms located in the VIA 1 Renaissance cars, it was equally feasible to install a removable seat in front of the Option 3 tie-down area to accommodate an attendant. The Agency planned to work

203 Bien que VIA n'ait pas fourni les dimensions de la zone du dispositif de retenue qu'elle prévoyait aménager dans l'option 3, l'Office a conclu qu'il disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour décider qu'il serait ou pourrait être facile de rendre cette zone accessible aux fauteuils roulants. Selon l'Office, il faudrait modifier l'option 3 de manière à assurer que les voyageurs qui utilisent un fauteuil roulant disposent de suffisamment d'espace pour pouvoir effectuer aisément les manœuvres nécessaires pour entrer dans la zone du dispositif de retenue et en sortir, ce qui pourrait être fait en enlevant la cloison existante ou l'espace de rangement que VIA prévoyait aménager, ou les deux. L'Office estimait également que, puisqu'on avait installé un siège amovible dans les zones de dispositif de retenue situées dans les voitures

with VIA to adjust Option 3 accordingly, noting that it would conduct an "examination of the general arrangement on how VIA intends to implement the corrective measures required by this Decision, which VIA is required to file with the Agency for its review and approval" (Final Decision, at p. 37).

204 Because it was less expensive, VIA preferred Option 1, under which VIA would decommission the two washrooms near the wheelchair tie-down space and replace them with storage space. The washroom at the other end of the car would be put into service, leaving no washroom at the end of the car where the wheelchair tie-down was located.

205 The Agency had made clear in its Preliminary Decision that it was only necessary to make 13 economy coach cars personal wheelchair accessible to satisfy the Rail Code (i.e. one accessible economy coach car per daytime train). Nonetheless, VIA gave the Agency cost estimates based on implementing Option 3 in all of the 47 coach cars, estimating $100,800 per car, for a total of $4.8 million. It also estimated it would lose $24.2 million in foregone passenger seat revenue over the life of the affected cars.

206 Nor did VIA subtract the costs of Option 1 from its estimate of the costs of Option 3. Because VIA would be required, in any event, to implement one of the redesign options it had prepared to address Transport Canada's safety concerns, the Agency determined that only the additional costs which VIA would bear by being required to address safety issues in a way that improved the accessibility of the Renaissance fleet were relevant. Since Option 1 would cost "at least $2.3 million" (Final Decision, at p. 39), VIA should have subtracted this

VIA 1 Renaissance, il était également possible d'installer un siège amovible pour un accompagnateur en avant de la zone du dispositif de retenue prévue dans l'option 3. L'Office prévoyait collaborer avec VIA pour ajuster en conséquence l'option 3, faisant remarquer qu'il procéderait à un « examen de la façon générale dont VIA entend mettre en œuvre les mesures correctives requises par la présente décision, dont VIA doit soumettre les modalités à l'Office pour examen et approbation » (décision finale, p. 39).

VIA privilégiait l'option 1, moins coûteuse, qui prévoyait la mise hors service des deux toilettes situées près de la zone du dispositif de retenue pour fauteuil roulant et leur remplacement par un espace de rangement. Les toilettes situées à l'autre extrémité de la voiture seraient mises en service, de sorte qu'il n'y aurait plus de toilettes dans la partie de la voiture où était situé le dispositif de retenue pour fauteuil roulant.

Dans sa décision préliminaire, l'Office a clairement indiqué que seules 13 voitures-coach de la classe économique devraient être rendues accessibles aux fauteuils roulants personnels pour qu'il y ait conformité au code ferroviaire (qui exige qu'une voiture-coach de la classe économique par train de jour soit accessible). VIA a néanmoins fourni à l'Office une estimation du coût de la mise en œuvre de l'option 3 dans toutes les 47 voitures-coach, ce coût étant évalué à 100 800 $ par voiture, soit un coût total de 4,8 millions de dollars. Elle a également estimé à 24,2 millions de dollars la perte de revenus voyageurs pendant la durée de vie des voitures touchées.

VIA n'a pas non plus soustrait le coût de l'option 1 de son estimation du coût de l'option 3. Vu que, de toute manière, VIA serait tenue de mettre en œuvre l'une des options de réaménagement qu'elle avait préparées pour répondre aux préoccupations de Transports Canada relatives à la sécurité, l'Office a décidé que seuls étaient pertinents les coûts supplémentaires que VIA devrait supporter si elle était obligée de régler les problèmes de sécurité d'une manière qui améliorerait l'accessibilité des voitures Renaissance. Puisque le coût de

amount from its estimate of the costs of implementing Option 3.

The Rail Code standard of one accessible car per train could be achieved by implementing Option 3 in only 13 of VIA's 33 economy coach cars at a total direct cost of $673,400. The Agency noted that these more accurate cost estimates did not reflect the various stages of completion of the coach cars and so were themselves "necessarily overstated" (Final Decision, at p. 39). The Agency made a finding of fact that "the passenger seat revenue that would be foregone as a result of implementing Option 3 would be relatively insignificant" (Final Decision, at p. 52); and its estimation of the "worst case scenario" for VIA regarding the total cost of implementing Option 3 in all 33 economy coach cars (if VIA chose to implement Option 3 exclusively) was approximately $1.7 million (Final Decision, at p. 39).

The Agency was also of the view that VIA's assertion that it would lose $24.2 million in passenger revenue over the 20-year life of the Renaissance cars through the implementation of Option 3 was extremely high. The Agency noted that if VIA planned "to remove up to 47 seats to accommodate passengers' coats and forego the revenues associated with this, it must be prepared to forego the revenues associated with removing up to 33 seats (or 13 seats in the 'best case scenario' . . .) in order to implement Option 3" (Final Decision, at p. 53). Based on VIA's own statistics about the very small numbers of passengers who use wheelchairs on its trains, the tie-down space would be occupied less than 0.1 percent of the time. The other 99.9 percent of the time, the removable seat installed over the tie-down space could be used.

The Agency re-assessed VIA's figures and determined that foregone passenger seat revenue would

l'option 1 serait « d'au moins 2,3 millions $ » (décision finale, p. 41), VIA aurait dû soustraire ce montant de son estimation du coût de la mise en œuvre de l'option 3.

207 La mise en œuvre de l'option 3 dans seulement 13 des 33 voitures-coach de la classe économique de VIA, dont le coût total direct serait de 673 400 $, permettrait de satisfaire à la norme du code ferroviaire qui exige qu'une voiture par train soit accessible. L'Office a souligné que ces estimations de coût plus précises ne tenaient pas compte des divers stades d'achèvement des voitures-coach et étaient donc elles-mêmes « nécessairement gonflé[es] » (décision finale, p. 42). L'Office a tiré la conclusion de fait selon laquelle « on obtien[drait] une perte de revenus voyageurs résultant de la mise en œuvre de l'option 3 relativement insignifiante » (décision finale, p. 56), et a estimé que, dans le pire des cas, le coût total pour VIA de la mise en œuvre de l'option 3 dans toutes les 33 voitures-coach de la classe économique (si elle choisissait de mettre en œuvre exclusivement l'option 3) s'élèverait à environ 1,7 millions de dollars (décision finale, p. 42).

208 L'Office a jugé nettement exagérée l'affirmation de VIA selon laquelle la perte de revenus voyageurs que lui ferait subir la mise en œuvre de l'option 3 serait de 24,2 millions de dollars au cours des 20 années de durée de vie des voitures Renaissance. L'Office a fait remarquer que, si VIA prévoyait « éliminer 47 sièges pour aménager un espace de rangement pour les manteaux des voyageurs et [. . .] se priver des revenus afférents, elle [devait aussi] être prête à se priver des revenus relatifs à l'élimination d'un maximum de 33 sièges (ou 13 sièges dans le cas du "meilleur scénario" [. . .]) pour mettre en œuvre l'option 3 » (décision finale, p. 57). Selon les propres statistiques de VIA concernant le très faible nombre de voyageurs qui utilisent un fauteuil roulant à bord de ses trains, la zone du dispositif de retenue serait occupée moins de 0,1 pour 100 du temps. Pendant l'autre 99,9 pour 100 du temps, le siège amovible installé au-dessus de la zone du dispositif de retenue pourrait être utilisé.

209 L'Office a réexaminé les chiffres de VIA et a déterminé que la perte de revenus voyageurs

amount to $16,988 over the 20-year life of 33 economy coach cars.

(iv) *Corrective Measure 3: Space for Service Animals*

210 The Agency ordered VIA to remove a platform to lower one set of double seats in each economy coach car in order to ensure that there is space to accommodate the service animal of a passenger travelling with one. The seats in the Renaissance cars are on a raised platform that is designed to provide storage space for hand luggage. This design leaves no level space to accommodate service animals. In making changes to seats in the course of installing a wheelchair tie-down in coach cars, VIA had altered the supporting seat structure in a way that created space for service animal accommodation in each tie-down area through the installation of a removable seat. However, this seat would not be available to persons with service animals if the wheelchair tie-down was required by a passenger using a wheelchair. It was the Agency's view that a dedicated space for a passenger with a service animal was required.

211 In its Preliminary Decision, the Agency had identified "the removal of the platform from other seats in the coach cars", which would lower a double seat to create space for service animals, as "the obvious solution" to the lack of space for service animals (p. 129). The Agency provided VIA with full particulars respecting this corrective measure in its Preliminary Decision, giving VIA all the information it needed to prepare a cost estimate had VIA been inclined to do so.

212 Corrective measure 3 asks VIA to perform structural work it had already undertaken when adding wheelchair tie-downs in its coach cars. VIA did not provide the Agency with any information about how much the changes in question had cost when it installed the wheelchair tie-down area in the coach cars. If the costs of this work were prohibitive,

s'élèverait à 16 988 $ au cours des 20 années de durée de vie des 33 voitures-coach de la classe économique.

(iv) *Mesure corrective 3 : espace pour les animaux aidants*

L'Office a ordonné à VIA de retirer une plateforme afin d'abaisser une rangée de sièges doubles dans chaque voiture-coach de la classe économique de manière à offrir un espace pouvant accueillir, le cas échéant, l'animal aidant d'un voyageur. Les sièges des voitures Renaissance sont installés sur une plate-forme surélevée conçue pour offrir un espace de rangement pour les bagages à main, ce qui ne laisse aucun espace pour accueillir les animaux aidants. En installant un dispositif de retenue pour fauteuil roulant dans les voitures-coach, VIA a modifié le cadre support des sièges et a créé de l'espace pour les animaux aidants dans chacune des zones de dispositif de retenue grâce à l'installation d'un siège amovible. Cependant, les personnes accompagnées d'un animal aidant ne pourraient pas occuper ce siège si un voyageur en fauteuil roulant devait utiliser le dispositif de retenue. L'Office a estimé qu'une zone réservée aux voyageurs accompagnés d'un animal aidant était requise.

Dans sa décision préliminaire, l'Office avait affirmé que la « solution évidente » au manque d'espace pour les animaux aidants consisterait à « enlever la plate-forme sous d'autres sièges dans les voitures-coach », ce qui aurait pour effet d'abaisser un siège double et de créer de l'espace pour ces animaux (p. 142). L'Office a fourni à VIA tous les détails concernant cette mesure corrective dans sa décision préliminaire en plus de lui donner tous les renseignements dont elle aurait besoin pour préparer une estimation des coûts si elle était disposée à le faire.

La mesure corrective 3 oblige VIA à effectuer certains travaux de structure qu'elle a déjà entrepris en ajoutant des dispositifs de retenue pour fauteuil roulant dans ses voitures-coach. VIA n'a fourni à l'Office aucun renseignement sur ce que les modifications en question ont coûté lorsqu'elle a aménagé dans les voitures-coach la zone de

VIA would have known by the time the Agency's Preliminary Decision was released and could have, had it chosen to do so, provided the Agency with this information.

(v) *Corrective Measure 4: Adding Two Moveable Armrests in Coach Cars*

The Agency ordered VIA to add two adjustable armrests in each coach car. VIA had been advised that the Agency was considering this particular corrective measure through the Agency's Preliminary Decision, in which the Agency stated its view that "VIA should . . . make the necessary modifications to provide at least two movable aisle armrests on the double-seat side in the Renaissance coach cars" (p. 77). The purpose of adjustable armrests was to limit the height passengers transferring into standard coach seating from wheelchairs would have to be lifted, which would facilitate comfortable and safe access to standard seating.

When it ordered the addition of two moveable armrests in the Renaissance coach cars, the Agency had an estimated cost of $133,125 from VIA. VIA advised that "it is possible to include movable aisle armrests on the double-seat side of the cars" but was concerned to "ensure that the structural integrity of the seat is not compromised" (Final Decision, at p. 59). The estimate of $133,125 in direct costs did not include the cost of servicing the mechanism over time. In the Agency's view, "the direct costs of $133,125 for the installation of two movable aisle armrests in each of the 47 Renaissance coach cars [was] a reasonable cost given the importance of such a feature to many persons with disabilities, and particularly to those persons who use a wheelchair" (Final Decision, at p. 60).

(vi) *Corrective Measure 5: Closing Stair Risers on Twelve Cars*

The Agency ordered VIA to "ensure that the stair risers on the Phase 1 Renaissance Cars are

dispositif de retenue pour fauteuil roulant. Si le coût de ces travaux avait été prohibitif, VIA l'aurait su au moment où l'Office a rendu sa décision préliminaire et elle aurait pu, si elle l'avait voulu, en informer l'Office.

(v) *Mesure corrective 4 : ajout de deux accoudoirs mobiles dans les voitures-coach*

213 L'Office a ordonné à VIA d'ajouter deux accoudoirs réglables dans chaque voiture-coach. L'Office avait avisé VIA qu'il songeait à cette mesure corrective particulière dans sa décision préliminaire, où il exprimait l'avis que « VIA [devrait] apporter les modifications nécessaires pour offrir au moins deux accoudoirs mobiles côté couloir du côté des sièges doubles dans les voitures-coach Renaissance » (p. 85). L'installation d'accoudoirs réglables visait à réduire la hauteur à laquelle les voyageurs devraient être soulevés lors d'un transfert de leur fauteuil roulant à un siège standard, ce qui permettrait un accès plus aisé et sûr à ces sièges.

214 Lorsqu'il a ordonné l'ajout de deux accoudoirs mobiles dans les voitures-coach Renaissance, l'Office avait obtenu de VIA un coût estimatif de 133 125 $. VIA a indiqué qu'« il était possible d'installer des accoudoirs mobiles du côté couloir, du côté des sièges doubles des voitures », mais elle voulait s'« assurer que l'intégrité structurelle du siège [ne soit] pas compromise » (décision finale, p. 64). L'estimation de 133 125 $ en coûts directs ne comprenait pas le coût de l'entretien du mécanisme pendant sa durée de vie. Selon l'Office, « les coûts directs au montant de 133 125 $ pour l'installation de deux accoudoirs mobiles du côté couloir dans chacune des 47 voitures-coach Renaissance [était] un coût raisonnable compte tenu de l'importance d'une telle caractéristique pour de nombreuses personnes ayant une déficience, et en particulier pour celles qui utilisent un fauteuil roulant » (décision finale, p. 65).

(vi) *Mesure corrective 5 : fermeture des contremarches à bord de douze voitures*

215 L'Office a ordonné à VIA de s'« assurer que les contremarches des voitures Renaissance de la

closed" (Final Decision, at p. 71). In its submissions before the Agency, VIA indicated that all of the Renaissance cars, except those first introduced into service (i.e. the Phase I Renaissance cars), would have closed risers. This was necessary because closed stair risers serve as an important orientation tool to persons with visual impairments, ensuring improved safety and security during boarding and deboarding. In its Preliminary Decision, the Agency asked VIA to provide information about the feasibility and costs of closing the stair risers in the remaining 12 cars. Since it had planned or initiated this work for all of the other Renaissance cars, this information must have been available to VIA. However, VIA provided no information in response to the Agency's request. As in the case of corrective measures 1 and 3, if the cost of closing stair risers on 12 was excessive, VIA would have known this by the time the Agency's Preliminary Decision was released and could have provided the Agency with the necessary costing information to support an argument of impracticability.

(vii) *Corrective Measure 6: Marshalling Cars to Ensure Accessibility*

216 On the basis of the evidence before it, the Agency concluded that two changes would be required to address the absence of a wheelchair accessible washroom in the "accessible suite". First, the order of the cars on the Montreal-Toronto train would have to be altered. Second, VIA would have to utilize its reservation policy to ensure that the "accessible suite" was also made available for use as sleeping accommodation for persons using personal wheelchairs. The Agency concluded that "[w]ith these two measures, persons occupying these 'accessible suites' who cannot use the washroom facilities in the suite or who prefer independent access would be able to use the wheelchair-accessible washroom in the adjacent economy coach cars" (Final Decision, at p. 68).

phase I so[ient] fermées » (décision finale, p. 77). Dans les observations qu'elle a présentées à l'Office, VIA a indiqué que toutes les voitures Renaissance, à l'exception de celles mises en service dans un premier temps (c'est-à-dire les voitures Renaissance de la phase I), auraient des contremarches fermées. Cette mesure s'imposait parce que les contremarches fermées servent de point de repère important aux personnes ayant une déficience visuelle et améliorent leur sécurité pendant l'embarquement et le débarquement. Dans sa décision préliminaire, l'Office a demandé à VIA des renseignements sur la faisabilité et le coût de la fermeture des contremarches dans les 12 dernières voitures. Étant donné qu'elle avait planifié ou commencé ces travaux dans toutes les autres voitures Renaissance, VIA devait disposer de ces renseignements. Elle n'a cependant fourni aucun des renseignements demandés par l'Office. Comme dans le cas des mesures correctives 1 et 3, si le coût de la fermeture des contremarches à bord de 12 voitures avait été excessif, VIA l'aurait su au moment où l'Office a rendu sa décision préliminaire et elle aurait pu lui fournir les renseignements en matière de coût nécessaires pour étayer son argument voulant que cette mesure soit irréalisable.

(vii) *Mesure corrective 6 : attelage des voitures pour assurer l'accessibilité*

À la lumière de la preuve dont il disposait, l'Office a décidé que deux modifications seraient nécessaires pour remédier à l'absence de toilettes accessibles aux fauteuils roulants dans la « suite accessible ». Premièrement, l'ordre des voitures du train effectuant le trajet Montréal-Toronto devrait être modifié. Deuxièmement, VIA devrait se servir de sa politique de réservation pour assurer que la « suite accessible » soit également offerte comme compartiment-lit aux personnes qui utilisent un fauteuil roulant personnel. L'Office a conclu qu'« [a]vec ces deux mesures, les personnes dans ces "suites accessibles" qui ne peuvent pas utiliser la toilette de la suite ou qui préfèrent un accès indépendant pourraient utiliser la toilette accessible aux fauteuils roulants située dans la voiture-coach de la classe économique adjacente » (décision finale, p. 74).

There are no obvious or significant costs associated with either of the steps VIA would have to take to implement corrective measure 6. The Agency had declined to find the inaccessible washroom in the "accessible suite" to be an undue obstacle. It was of the view that, while not ideal, passengers occupying the "accessible suite" could use the accessible washroom facilities in the economy cars. This meant that as a corresponding corrective measure, however, VIA had to ensure that its overnight train consists were marshalled in such a way that the "accessible suite" would be adjacent to the wheelchair tie-down end of an economy coach car with a wheelchair accessible washroom.

217 Aucun coût évident ou important n'est associé à l'une ou l'autre des dispositions que VIA devrait prendre pour mettre en œuvre la mesure corrective 6. L'Office avait refusé de conclure que les toilettes inaccessibles de la « suite accessible » étaient un obstacle abusif. Il estimait que, même si ce n'était pas la solution idéale, les voyageurs occupant la « suite accessible » pourraient utiliser les toilettes accessibles situées dans les voitures de la classe économique. Toutefois, cela signifiait que, à titre de mesure corrective correspondante, VIA devrait assurer que ses rames de trains de nuit soient attelées de manière à que la « suite accessible » soit adjacente à l'extrémité où est situé le dispositif de retenue pour fauteuil roulant d'une voiture-coach de la classe économique munie de toilettes accessibles aux fauteuils roulants.

The record accordingly belies VIA's assertions that it could not have provided cost estimates of the remedial measures prior to the Agency's final decision because it supposedly did not know what remedial measures the Agency was contemplating. Each remedial measure with any cost implications had been previously identified by the Agency, and VIA's views on the structural, operational and economic implications of each were repeatedly sought.

218 Le dossier contredit donc les affirmations de VIA selon lesquelles elle n'était pas en mesure de fournir une estimation du coût des mesures correctives avant la décision finale de l'Office parce qu'elle ignorait prétendument quelles étaient les mesures correctives qu'il envisageait. L'Office avait déjà décrit chacune des mesures correctives qui entraînaient des coûts et avait demandé, à maintes reprises, à VIA son avis quant à leurs conséquences sur les plans structural, opérationnel et économique.

Moreover, VIA's assertions that, in the absence of the Renaissance opportunity, it could only have afforded 36 new rail cars or that it would have taken at least four years at a cost of over $477 million to develop, design, engineer and build new rail cars, are not evidence of undue hardship in the circumstances. Retrofitting the Renaissance cars was a reasonable, and significantly cheaper, alternative than building new cars. The Agency's reasons make clear that retrofitting some cars in the Renaissance fleet to accommodate persons using personal wheelchairs would cost nowhere near the amounts claimed by VIA.

219 En outre, les affirmations de VIA selon lesquelles, si l'occasion des voitures Renaissance ne s'était pas présentée, elle aurait seulement pu se permettre d'acheter 36 nouvelles voitures ou il lui aurait fallu au moins quatre ans et plus de 477 millions de dollars pour développer, concevoir, mettre au point et construire de nouvelles voitures de chemin de fer, ne constituent pas une preuve de contrainte excessive dans les circonstances. Le réaménagement des voitures Renaissance était une solution raisonnable et beaucoup moins coûteuse que la construction de nouvelles voitures. Les motifs de l'Office indiquent clairement que le coût du réaménagement de certaines voitures du parc Renaissance pour accommoder les personnes utilisant un fauteuil roulant personnel est loin de correspondre à celui avancé par VIA.

220 The majority judgment of the Federal Court of Appeal was also critical of the Agency's failure to consider the interests of passengers who are not disabled. Noting the small percentage of passengers with disabilities who utilize VIA's services, the majority was of the opinion that a remedial order which could result in significantly increased fares would unfairly economically disadvantage other members of the public.

221 This carves out from membership in the public those who are disabled. Members of the public who are physically disabled *are* members of the public. This is not a fight between able-bodied and disabled persons to keep fares down by avoiding the expense of eliminating discrimination. Safety measures can be expensive too, but one would hardly expect to hear that their cost justifies dangerous conditions. In the long run, danger is more expensive than safety and discrimination is more expensive than inclusion.

222 There is, moreover, no evidence in the record indicating that passenger fares are likely to increase as a result of the Agency's decision. But even if they do, VIA's passenger fares already fluctuate with the expense of operating the system. Wages, fuel, maintenance — these are among the variables. The Agency critically assessed the cost estimates VIA provided, examining this information in the context of VIA's budget, corporate plan, performance targets, total revenues, cost-recovery ratio, operational funding surplus, and a $25 million contingency fund including operational liabilities. The Agency concluded that "VIA has substantial funds reserved for future capital projects and for unforeseen events" (Final Decision, at p. 23).

223 The majority also criticized the Agency's failure to weigh the interests of those with disabilities other than those who require the use of a

Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont également reproché à l'Office de ne pas avoir tenu compte des intérêts des voyageurs n'ayant pas une déficience. Mentionnant le faible pourcentage des voyageurs ayant une déficience qui utilisent les services de VIA, les juges majoritaires ont exprimé l'avis qu'ordonner une mesure corrective susceptible d'entraîner une hausse importante des tarifs désavantagerait injustement, sur le plan économique, les autres membres du public.

Les personnes ayant une déficience se trouvent alors exclues du public. Les membres du public qui ont une déficience physique *restent* des membres du public. Il ne s'agit pas d'une lutte entre personnes physiquement aptes et personnes ayant une déficience qui vise à empêcher une hausse de tarifs en évitant les dépenses engendrées par l'élimination de la discrimination. Les mesures de sécurité peuvent être coûteuses aussi, mais on ne s'attendrait guère à entendre que leur coût justifie le maintien de conditions dangereuses. À long terme, le danger est plus coûteux que la sécurité, et la discrimination plus coûteuse que l'inclusion.

De plus, rien au dossier ne laisse prévoir une hausse des tarifs voyageurs à la suite de la décision de l'Office. Cependant, même s'ils augmentaient, les tarifs voyageurs de VIA fluctuent déjà en fonction du coût d'exploitation du système. Les salaires, le carburant et l'entretien comptent parmi les facteurs qui les font varier. L'Office s'est livré à une appréciation critique de l'estimation des coûts fournie par VIA, examinant ces chiffres en fonction du budget de VIA, de son plan d'affaires, de ses objectifs de rendement, de ses revenus totaux, du coefficient de recouvrement des coûts, du surplus du financement d'exploitation et du montant de 25 millions de dollars conservé dans un fonds de prévoyance incluant les responsabilités opérationnelles. L'Office a conclu que « VIA [. . .] possède des réserves substantielles tant pour des projets d'immobilisations futurs que pour des événements imprévus » (décision finale, p. 24).

Les juges majoritaires ont également reproché à l'Office de ne pas avoir tenu compte des intérêts des personnes ayant une déficience autres que

personal wheelchair. In its view, the cost of equipping rail cars to cope with all forms of disability would severely jeopardize the viability of rail services.

It has never been the case that all forms of disability are engaged when a particular one is said to raise an issue of discrimination. While there are undoubtedly related conceptual considerations involved, they may nonetheless call for completely different remedial considerations. A "reasonable accommodation", "undue hardship", or "undue obstacle" analysis is, necessarily, defined by who the complainant is, what the application is, what environment is being complained about, what remedial options are required, and what remedial options are reasonably available. Given the nature of the application and the parties before it, the Agency would have acted unreasonably in seeking representations about all conceivable forms of disability. Ironically, the Court of Appeal questioned the breadth of CCD's application as it was.

The threshold of "undue hardship" is not mere efficiency. It goes without saying that in weighing the competing interests on a balance sheet, the costs of restructuring or retrofitting are financially calculable, while the benefits of eliminating discrimination tend not to be. What monetary value can be assigned to dignity, to be weighed against the measurable cost of an accessible environment? It will always seem demonstrably cheaper to maintain the status quo and not eliminate a discriminatory barrier.

But the issue is not just cost, it is whether the cost constitutes undue hardship. VIA was required to discharge the burden of establishing that accommodating persons with disabilities was an undue hardship for it: *Grismer*, at para. 32. Concrete evidence is required to establish undue hardship: *Hutchinson v. British Columbia (Ministry of Health) (No. 4)* (2004), 49 C.H.R.R. D/348, 2004 BCHRT 58; *Grismer*, at para. 41. As in most cases,

celles qui doivent utiliser un fauteuil roulant personnel. Selon eux, équiper des voitures de chemin de fer pour faire face à toutes les formes de déficience engendrerait un coût qui compromettrait gravement la rentabilité des services ferroviaires.

224 Les formes de déficience ne sont jamais toutes en cause lorsqu'on prétend qu'une forme particulière soulève une question de discrimination. Bien qu'elles fassent indubitablement intervenir des considérations conceptuelles analogues, elles peuvent néanmoins commander des mesures correctives complètement différentes. Une analyse de l'« accommodement raisonnable », de la « contrainte excessive » ou de l'« obstacle abusif » est nécessairement fonction de l'identité du plaignant, de la nature de la plainte, de l'environnement dont on se plaint, des mesures correctives qui peuvent être requises et de celles qui sont raisonnablement possibles. Compte tenu de la nature de la demande et de l'identité des parties qui étaient devant lui, l'Office aurait agi déraisonnablement en sollicitant des observations sur toutes les formes de déficience imaginables. Ironiquement, la Cour d'appel a émis des doutes concernant la portée de la demande déposée par le CCD.

225 Le critère de la « contrainte excessive » ne se résume pas à l'efficacité. Il va sans dire que, lorsqu'il s'agit de soupeser les intérêts opposés dans un bilan, le coût d'une restructuration ou d'un réaménagement est financièrement calculable, alors que les avantages de l'élimination de la discrimination tendent à ne pas l'être. Quelle valeur pécuniaire peut-on attribuer à la dignité au regard du coût mesurable d'un environnement accessible? Il semblera toujours manifestement moins coûteux de maintenir le statu quo et de ne pas éliminer un obstacle discriminatoire.

226 Toutefois, le coût n'est pas la seule question qui se pose. Il s'agit aussi de savoir si ce coût constitue une contrainte excessive. Il incombait à VIA d'établir que l'accommodement des personnes ayant une déficience représentait pour elle une contrainte excessive : *Grismer*, par. 32. Une preuve concrète est nécessaire pour établir l'existence d'une contrainte excessive : *Hutchinson c. British Columbia (Ministry of Health) (No. 4)* (2004), 49

this means presenting evidence in the respondent's sole possession. However, as Evans J.A. noted,

> the Agency's problems were compounded by an apparent lack of cooperation during the administrative process on the part of VIA. Any corporation in a regulated industry, including VIA Rail, is entitled to defend vigorously the interests of its shareholders and customers, as well as the public purse, from the imposition of regulatory burdens. Nonetheless, in viewing the limited material before the Agency on the network issue and the question of cost, I find it hard to avoid the conclusion that, if the Agency's analysis was based on incomplete information, VIA was, in part at least, the author of its own misfortune. [para. 103]

Where VIA refuses to provide evidence in its sole possession in support of its undue hardship argument, it cannot be said that any reasonable basis exists for refusing to eliminate an undue obstacle.

227 The Agency's reasons show that it was acutely aware of the issue of the cost of the remedial measures it ordered. Based on the information it had received from VIA, the Agency made findings of fact about how much it would cost to make 13 economy coach cars accessible to personal wheelchairs of a standard size and how much it would cost to install moveable armrests in 47 coach cars. The Agency also found that the cost of installing a "tie-down" space in the "accessible suite" was "likely minimal". VIA failed to provide the Agency with any cost estimates associated with other accessibility renovations despite the fact these were already complete in some cars or underway in others. It was asked at least five times for a cost estimate on how much it would cost to widen the doors to the "accessible suite" starting November 15, 2001. VIA stated that it could prepare one within 45 days, but failed to provide it to the Agency. With the information it had, the Agency determined that the cost of the remedial measures it ordered would not be prohibitive.

C.H.R.R. D/348, 2004 BCHRT 58; *Grismer*, par. 41. Comme dans la plupart des cas, cela nécessite la présentation d'une preuve que seule la partie intimée a en sa possession. Toutefois, comme l'a fait remarquer le juge Evans,

> les problèmes de l'Office étaient aggravés par un manque apparent de coopération de la part de VIA durant le processus administratif. N'importe quelle société dans une industrie réglementée, y compris VIA Rail, a le droit de défendre vigoureusement les intérêts de ses actionnaires et de sa clientèle, de même que les deniers publics, contre l'imposition de fardeaux réglementaires. Néanmoins, à la vue du peu de documents dont l'Office disposait concernant la question du réseau et celle du coût, il me semble difficile d'éviter de conclure que, si l'analyse de l'Office était fondée sur des renseignements incomplets, VIA serait, du moins en partie, l'artisan de son propre malheur. [par. 103]

Lorsque VIA refuse de fournir une preuve qu'elle seule possède pour étayer son argument de la contrainte excessive, on ne peut pas dire qu'il existe un motif raisonnable de refuser d'éliminer un obstacle abusif.

Il ressort des motifs de l'Office que celui-ci était pleinement conscient du coût des mesures correctives qu'il ordonnait. À la lumière des renseignements que lui avait fournis VIA, l'Office a tiré des conclusions de fait sur ce qu'il en coûterait pour rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels de taille normale 13 voitures-coach de la classe économique et pour installer des accoudoirs mobiles dans 47 voitures-coach. L'Office a également conclu que le coût de l'aménagement d'une zone de « dispositif de retenue » dans la « suite accessible » était « vraisemblablement minimal ». VIA n'a fourni à l'Office aucune estimation des coûts liés à d'autres travaux d'amélioration de l'accessibilité en dépit du fait que ces travaux étaient déjà terminés dans certaines voitures ou en cours dans d'autres. À partir du 15 novembre 2001, on lui a demandé à au moins cinq reprises de produire une estimation du coût de l'élargissement des portes de la « suite accessible ». Elle a répondu qu'elle pourrait préparer cette estimation dans un délai de 45 jours, mais elle ne l'a pas fournie à l'Office. À la lumière des renseignements dont il disposait, l'Office a estimé que le coût des mesures correctives qu'il ordonnait ne serait pas prohibitif.

The facts, as found by the Agency, did not justify a finding of undue hardship based on financial cost. The relevant costs of remedying the undue obstacles identified would, the Agency concluded, proportionally represent a relatively insignificant sum whether viewed in the context of VIA's entire capital expenditure budget of $401.9 million or the approximately $100 million VIA expected to spend renovating the Renaissance cars. The Agency found that VIA's financial statements "provide no indication of an inability . . . to absorb the costs which it asserts would be incurred" (Final Decision, at p. 21). It also found that VIA was experiencing favourable economic conditions, with an operating surplus for the years ending December 31, 2001 and December 31, 2002 and a contingency fund of $25 million dollars. In the Agency's view, the cost of removing the obstacles caused by VIA's acquisition of inaccessible rail cars could be shifted throughout VIA's operations and mitigated through efforts to reallocate funds. Further, the Agency determined that there would be ways to remove the obstacles in issue that would not substantially impair VIA's business operations, for example, by "planning the modifications to occur over time so as to minimize the impact on the operation of VIA's passenger rail network" (Final Decision, at p. 24).

228 Les faits constatés par l'Office ne justifiaient pas une conclusion de contrainte excessive fondée sur le coût financier. L'Office a conclu que les coûts des mesures qui permettraient de remédier aux obstacles abusifs relevés représenteraient, toutes proportions gardées, une somme relativement négligeable par rapport à l'ensemble du budget d'immobilisations de 401,9 millions de dollars de VIA ou au montant approximatif de 100 millions de dollars que celle-ci s'attendait à consacrer à la rénovation des voitures Renaissance. L'Office a conclu que les états financiers de VIA « ne fournissent aucune indication d'une incapacité [. . .] à absorber les coûts [qui], selon elle, [résulteraient] » (décision finale, p. 23). Il a également conclu que VIA était dans une situation économique favorable, alors qu'elle disposait d'un excédent d'exploitation pour les années se terminant le 31 décembre 2001 et le 31 décembre 2002 et d'un fonds de prévoyance de 25 millions de dollars. D'après l'Office, le coût des mesures qui permettraient de remédier aux obstacles résultant de l'achat par VIA de voitures de chemins de fer inaccessibles pourrait être réparti sur l'ensemble de ses activités et atténué grâce à des efforts déployés pour réaffecter des fonds. En outre, l'Office a décidé que VIA pourrait prendre des mesures pour éliminer les obstacles en question sans compromettre substantiellement ses activités commerciales, par exemple, en « planifiant [l]es modifications dans le temps de manière à minimiser les incidences sur l'exploitation de son réseau de trains voyageurs » (décision finale, p. 25).

In summary, the Agency concluded that there was no "compelling evidence of economic impediments to addressing any of the undue obstacles in the Renaissance Cars" (p. 24). Under s. 31 of the *Canada Transportation Act*, "[t]he finding or determination of the Agency on a question of fact within its jurisdiction is binding and conclusive." In the circumstances, the Agency's findings with respect to cost and evidence relating to undue hardship were far from being unreasonable and are entitled to deference.

229 Bref, l'Office a conclu qu'il n'y avait pas de « preuves péremptoires de l'existence de contraintes économiques empêchant [. . .] de remédier à tout obstacle abusif trouvé dans les voitures Renaissance » (p. 25). Selon l'art. 31 de la *Loi sur les transports au Canada*, « [l]a décision de l'Office sur une question de fait relevant de sa compétence est définitive. » Dans les circonstances, les conclusions de l'Office relatives au coût et à la preuve en matière de contrainte excessive étaient loin d'être déraisonnables et doivent faire l'objet de déférence.

C. *Did the Agency Violate VIA's Right to Procedural Fairness?*

230 Parliament entrusted the Agency with extensive authority to govern its own process. The Agency has all the powers of a superior court associated with compelling attendance, examining witnesses, ordering the production of documents, entering and inspecting property and enforcing its orders (*Canada Transportation Act*, s. 25), including the powers of the Federal Court to award costs (s. 25.1). It is responsible for enforcing the *National Transportation Agency General Rules*, SOR/88-23, which govern practice and procedure before the Agency. It may make its own rules to govern many aspects of the conduct of proceedings before it (*Canada Transportation Act*, s. 17). Under s. 8 of the *National Transportation Agency General Rules*, it has the power to grant extensions of time and did so regularly during the course of the proceedings.

231 Considerable deference is owed to procedural rulings made by a tribunal with the authority to control its own process. The determination of the scope and content of a duty to act fairly is circumstance-specific, and may well depend on factors within the expertise and knowledge of the tribunal, including the nature of the statutory scheme and the expectations and practices of the Agency's constituencies. Any assessment of what procedures the duty of fairness requires in a given proceeding should "take into account and respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances": *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 27, citing D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 7-66 to 7-70. See also *Gateway Packers 1968 Ltd. v. Burlington Northern (Manitoba) Ltd.*, [1971] F.C. 359 (C.A.), and *Allied Auto Parts Ltd. v. Canadian Transport Commission*, [1983] 2 F.C. 248 (C.A.).

C. *L'Office a-t-il violé le droit de VIA à l'équité procédurale?*

Le législateur a conféré à l'Office un vaste pouvoir de régir sa propre procédure. L'Office a tous les pouvoirs d'une cour supérieure pour ce qui est de contraindre à comparaître, d'interroger des témoins, d'ordonner la production de pièces, de visiter un lieu et d'exécuter ses arrêtés (*Loi sur les transports au Canada*, art. 25), y compris les pouvoirs de la Cour fédérale en ce qui a trait à l'adjudication de frais (art. 25.1). Il est responsable de l'application des *Règles générales de l'Office national des transports*, DORS/88-23, qui régissent la pratique et la procédure à suivre devant lui. Il peut établir ses propres règles concernant de nombreux aspects du déroulement des procédures devant lui (*Loi sur les transports au Canada*, art. 17). L'article 8 des *Règles générales de l'Office national des transports* l'habilite à accorder des prorogations de délai, ce qu'il a fait régulièrement au cours des procédures.

Il faut faire montre d'une grande déférence à l'égard des décisions procédurales d'un tribunal qui a le pouvoir de contrôler sa propre procédure. La détermination de la portée et du contenu de l'obligation d'agir équitablement est fonction des circonstances et peut bien dépendre de facteurs qui relèvent de l'expertise et des connaissances du tribunal, notamment la nature du régime législatif ainsi que les attentes et pratiques des personnes et organismes régis par l'Office. L'analyse des procédures requises par l'obligation d'équité dans une affaire donnée devrait « prendre en considération et respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances » : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 27, citant D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 7-66 à 7-70. Voir aussi les arrêts *Gateway Packers 1968 Ltd. c. Burlington Northern (Manitoba) Ltd.*, [1971] C.F. 359 (C.A.), et *Allied Auto Parts Ltd. c. Commission canadienne des transports*, [1983] 2 C.F. 248 (C.A.).

Throughout the proceedings, the Agency asked VIA to provide cost and feasibility information about changes that could be made to the Renaissance cars to enhance their accessibility. In its Preliminary Decision of March 27, 2003, the Agency ordered VIA to provide cost and feasibility estimates in 60 days about the accessibility solutions it was considering. In the 60 days available to it, VIA prepared a three-page letter providing some, but not all, of the cost estimates requested. The Agency reissued its Preliminary Decision on June 9, 2003, giving VIA an additional 60 days to prepare an adequate response. In correspondence dated July 4, 2003, the Agency advised VIA of the specific inadequacies of its three-page response in order to assist VIA with the preparation of a more appropriate response.

Tout au long des procédures, l'Office a demandé à VIA de lui fournir des renseignements sur le coût et la faisabilité des modifications pouvant être apportées aux voitures Renaissance pour en améliorer l'accessibilité. Dans sa décision préliminaire du 27 mars 2003, l'Office a ordonné à VIA de lui fournir, dans un délai de 60 jours, des estimations du coût et de la faisabilité des solutions qu'il envisageait pour améliorer l'accessibilité. Au cours des 60 jours dont elle disposait, VIA a préparé une lettre de trois pages dans laquelle elle a fourni une partie seulement des estimations de coût demandées. L'Office a réitéré sa décision préliminaire le 9 juin 2003, en accordant à VIA un délai supplémentaire de 60 jours pour préparer une réponse adéquate. Dans une lettre en date du 4 juillet 2003, l'Office a informé VIA des lacunes particulières de sa réponse de trois pages afin de l'aider à préparer une réponse plus appropriée. 232

On July 14, 2003, VIA wrote to the Agency saying that it lacked the internal expertise to respond to the Agency's Preliminary Decision, that it would take longer than 60 days, and that the government had not provided the funding required for it to respond to the Agency's orders. Instead of requesting more time, VIA asked the Agency to render its final decision. On August 7, 2003, VIA again asked the Agency to make its final decision on the basis of the evidence before it.

Le 14 juillet 2003, VIA a écrit à l'Office pour lui dire qu'elle ne disposait pas de l'expertise interne nécessaire pour donner suite à sa décision préliminaire, qu'il lui faudrait plus que 60 jours et que le gouvernement ne lui avait pas fourni les fonds dont elle avait besoin pour donner suite aux ordonnances de l'Office. Au lieu de solliciter un délai supplémentaire, VIA a demandé à l'Office de rendre sa décision finale. Le 7 août 2003, VIA a de nouveau demandé à l'Office de rendre sa décision finale à la lumière de la preuve dont il disposait. 233

VIA asked the Agency to render a final decision on the basis of the evidence before it in submissions dated January 3 and 31, April 2 and June 15, 2001, in addition to the requests made on July 14 and August 7, 2003 noted above. The last request, dated August 7, 2003 states: "VIA Rail . . . asks for an oral hearing, if necessary. Otherwise, it asks the Agency to consider all of these issues, facts and estimates and render its decision in final form". It did not ask for more time to provide cost estimates until after receiving the final decision it had repeatedly requested.

VIA avait déjà fait cette demande à l'Office dans ses observations des 3 et 31 janvier, 2 avril et 15 juin 2001, en plus de l'avoir fait, comme nous venons de le mentionner, les 14 juillet et 7 août 2003. La dernière demande, en date du 7 août 2003, est rédigée ainsi : [TRADUCTION] « VIA Rail [. . .] demande la tenue d'une audience, si nécessaire. Sinon, elle demande à l'Office d'examiner l'ensemble de ces questions, faits et estimations et de rendre sa décision finale ». Ce n'est qu'après avoir reçu la décision finale qu'elle avait demandée à maintes reprises qu'elle a sollicité un délai supplémentaire pour fournir une estimation des coûts. 234

The Federal Court of Appeal's conclusion that VIA's rights of procedural fairness were violated

La conclusion de la Cour d'appel fédérale, selon laquelle l'Office a violé le droit de VIA à l'équité 235

by the Agency ordering corrective measures without waiting for the cost estimates it had, more than once, directed VIA to prepare, is difficult to sustain in the face of VIA's persistent refusal to provide these estimates. VIA had consistently urged the Agency to make its decision based on the cost information it already had and did not request an extension of time to prepare the additional cost estimates the Agency requested to assist it in deciding whether any of the obstacles were undue. VIA had obviously made a tactical decision to deprive the Agency of information uniquely in VIA's possession that would have made the evaluation more complete.

236 If VIA had attempted to implement the Agency's orders within the time allotted but new facts made implementation difficult, it could have asked the Agency to reopen its decision based on the changed circumstances, under s. 32 of the *Canada Transportation Act*. Section 32 states:

> **32.** The Agency may review, rescind or vary any decision or order made by it or may re-hear any application before deciding it if, in the opinion of the Agency, since the decision or order or the hearing of the application, there has been a change in the facts or circumstances pertaining to the decision, order or hearing.

237 VIA did not petition the Agency to review its decision on the basis of any new facts it learned through the Schrum report. It elected instead to appeal to the Federal Court of Appeal, seeking relief based on an evidentiary vacuum of its own creation. Had it complied with the Agency's requests for cost information during the course of the proceedings, or had it been denied reasonable requests for extensions of time to comply with those requests, VIA's procedural fairness argument would have had an air of fairness to it. But when, instead, it seeks to offer this evidence only after the final decision it repeatedly requested was made without, moreover, any reasonable explanation for why such information could not have been available *during* the proceedings, no issue of unfairness arises.

procédurale en ordonnant des mesures correctives sans attendre l'estimation des coûts qu'il lui avait plus d'une fois ordonné de préparer, est difficilement soutenable compte tenu du fait que VIA a persisté à refuser de la fournir. VIA avait constamment insisté pour que l'Office rende sa décision à la lumière des renseignements sur les coûts dont il disposait déjà et n'avait pas demandé une prorogation de délai pour préparer les autres estimations de coût requises par l'Office pour l'aider à décider si des obstacles étaient abusifs. Il est évident que VIA avait pris la décision stratégique de priver l'Office de renseignements dont elle seule disposait et qui auraient rendu l'évaluation plus complète.

Si VIA avait tenté de donner suite aux ordonnances de l'Office dans le délai imparti, mais que de nouveaux faits auraient rendu sa tâche difficile, elle aurait pu demander à l'Office de réviser sa décision en raison de l'évolution des circonstances, conformément à l'art. 32 de la *Loi sur les transports au Canada*, lequel prévoit :

> **32.** L'Office peut réviser, annuler ou modifier ses décisions ou arrêtés, ou entendre de nouveau une demande avant d'en décider, en raison de faits nouveaux ou en cas d'évolution, selon son appréciation, des circonstances de l'affaire visée par ces décisions, arrêtés ou audiences.

VIA n'a pas demandé à l'Office de réviser sa décision en raison de faits nouveaux dont elle a pris connaissance grâce au rapport Schrum. Elle a plutôt choisi d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale en vue d'obtenir une réparation fondée sur une absence de preuve qu'elle avait elle-même créée. Si VIA avait accédé aux demandes de renseignements sur les coûts adressées par l'Office au cours des procédures, ou si elle s'était vu refuser des demandes raisonnables de prorogation du délai imparti pour répondre à ces demandes de renseignements, l'argument de VIA fondé sur l'équité procédurale aurait semblé juste. Mais puisqu'elle cherche plutôt à présenter cette preuve uniquement après que la décision finale qu'elle avait demandée à maintes reprises eut été rendue, sans par ailleurs fournir une explication raisonnable sur les raisons pour lesquelles ces renseignements n'étaient pas disponibles *pendant* les procédures, aucune question d'iniquité ne se pose.

VIA's argument that it was unable to seek expert cost opinions because it could not know what remedial measures the Agency would order in the final decision is untenable. The Agency's final decision did not order any remedial measures for which VIA had not already been asked to prepare feasibility and cost estimates. The specificity of the obstacles and possible solutions identified in the Preliminary Decision a number of months earlier provided VIA with the information necessary to comply with the show cause order, had it wished to do so. VIA already knew how to remedy many of the obstacles identified, since the work eventually ordered by the Agency had already been done or was underway. VIA's procedural fairness argument amounts, essentially, to a complaint that its own lack of cooperation throughout the Agency's process entitles it to an additional opportunity to be heard.

238 L'argument de VIA, selon lequel elle était incapable de demander des opinions d'expert sur les coûts parce qu'elle ne pouvait pas savoir quelles seraient les mesures correctives que l'Office ordonnerait dans la décision finale, est insoutenable. Dans sa décision finale, l'Office n'a ordonné aucune mesure corrective au sujet de laquelle VIA n'avait pas déjà été invitée à préparer une estimation du coût et de la faisabilité. Étant donné que les obstacles et les solutions possibles avaient été décrits de façon précise dans la décision préliminaire quelques mois plus tôt, VIA aurait disposé de tous les renseignements requis pour se conformer à l'ordonnance de justification, si elle avait souhaité le faire. VIA savait déjà comment remédier à maints obstacles décrits, puisque les travaux que l'Office a par la suite ordonnés étaient déjà exécutés ou en cours. L'argument de VIA fondé sur l'équité procédurale consiste essentiellement à prétendre que son propre défaut de collaborer tout au long des procédures devant l'Office lui donne droit à une autre possibilité d'être entendue.

VIA's position during the proceedings was that it lacked the time, expertise and money to prepare cost estimates. The record does not explain how Peter Schrum, a third party, was able to prepare a cost estimate in 37 days once the final decision was released, or how VIA was able to pay for it. The Schrum report, which reached conclusions fundamentally at odds with some of the Agency's binding factual findings, estimated a minimum cost of $48 million to implement the Agency's decision. This estimate was based on an assumption that 47 coach cars and 17 service cars would be the subject of a major reconstruction, even though the Agency's decision required that only 13 economy coach cars would require significant modifications. Considerably less significant modifications were ordered for the 17 service cars in operation, the 12 economy coaches that lacked closed stair risers and the coaches that required only two more moveable armrests to be installed (all 47) or one double-seat to be removed (33 economy coaches).

239 Au cours des procédures, VIA a soutenu qu'elle manquait de temps, d'expertise et d'argent pour préparer une estimation des coûts. Le dossier n'explique pas comment Peter Schrum, une tierce partie, a pu préparer une telle estimation dans les 37 jours suivant la décision finale, ni comment VIA a pu en défrayer le coût. Le rapport Schrum, qui a tiré des conclusions fondamentalement opposées à certaines conclusions de faits définitives de l'Office, a estimé à 48 millions de dollars le coût minimum de la mise en œuvre de la décision de l'Office. Cette estimation reposait sur la présomption que 47 voitures-coach et 17 voitures de service feraient l'objet d'une reconstruction majeure, même si la décision de l'Office prévoyait que seules 13 voitures-coach de la classe économique nécessiteraient d'importantes modifications. Des modifications beaucoup moins importantes étaient ordonnées à l'égard des 17 voitures de service utilisées, des 12 voitures-coach de la classe économique dont les contremarches n'étaient pas fermées et des voitures-coach dans lesquelles il fallait seulement installer deux autres accoudoirs mobiles (toutes les 47 voitures-coach) ou enlever un siège double (33 voitures-coach de la classe économique).

240 The Schrum report appears to assume that each corrective action the Agency ordered would require engineering work from the ground up without taking into consideration the fact that many of the modifications the Agency ordered had been completed by VIA in the past. It indicates, for example, that an engineering feasibility study, concept development and concept refinement are steps that must be taken to add a wheelchair tie-down to the sleeper unit in the "accessible suite" and to lower one row of double seats to floor level to accommodate service animals in economy coach cars. This fails to take into account that VIA already had some, if not full, practical experience about how to effect these changes from having implemented them in the past.

Le rapport Schrum semble tenir pour acquis que chaque mesure corrective ordonnée par l'Office nécessiterait des travaux d'ingénierie du début à la fin sans égard au fait que VIA avait déjà effectué de nombreuses modifications ordonnées par l'Office. Il indique notamment qu'une étude technique de faisabilité ainsi que l'élaboration et la mise au point de nouveaux concepts sont des mesures à prendre pour ajouter un dispositif de retenue pour fauteuil roulant dans le compartiment-lit de la « suite accessible » et pour abaisser une rangée de sièges doubles au niveau du plancher afin d'accueillir les animaux aidants dans les voitures-coach de la classe économique. Cela ne tient pas compte du fait que VIA avait déjà une certaine expérience pratique, voire une expérience pratique approfondie, de la façon d'effectuer ces modifications étant donné qu'elle les avait effectuées dans le passé.

241 The Agency's reasons are clear that the corrective measures it ordered would cost nowhere near $48 million. Yet, the Federal Court of Appeal concluded that the Agency ought to have waited until it had the Schrum report before ordering corrective measures. This appears to be based in part on the assumption that the Schrum report provided an accurate estimate of the costs in issue. It reasoned that "before costs of the magnitude envisioned by the Schrum report are incurred" (para. 76), the Agency must be required to reconsider its decision. Yet, the conclusions reached by Mr. Schrum were untested by the Agency because the report was introduced after the Agency's proceedings were over. It is, in fact, difficult to determine the basis for the admissibility of Mr. Schrum's report as "fresh evidence".

Il ressort clairement des motifs de l'Office que le coût des mesures correctives qu'il a ordonnées serait loin de correspondre à 48 millions de dollars. Pourtant, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'Office aurait dû attendre le rapport Schrum avant de les ordonner. Cette conclusion semble reposer en partie sur la présomption que l'estimation des coûts fournie dans le rapport Schrum est exacte. Selon la Cour, « avant que les coûts de l'ampleur envisagée par le rapport Schrum soient encourus » (par. 76), il faut obliger l'Office à réexaminer sa décision. Or, les conclusions tirées par M. Schrum n'ont pas été vérifiées par l'Office étant donné que le rapport n'a été déposé qu'une fois les procédures devant ce tribunal terminées. En fait, il est difficile de dire pourquoi le rapport Schrum peut être admis comme « nouvel élément de preuve ».

242 The timing of the Schrum report and its untested conclusions render it an inappropriate basis for interfering with the Agency's factual findings and remedial responses. To question the reasonableness of the Agency's decision on the basis of evidence VIA could, and ought, to have submitted to the Agency in a timely way is to render the Agency process vulnerable to cavalier attitudes

En raison du moment où il a été déposé et de ses conclusions non vérifiées, le rapport Schrum ne saurait justifier de modifier les conclusions de fait tirées par l'Office et les mesures correctives qu'il a ordonnées. Mettre en doute le caractère raisonnable de la décision de l'Office en raison d'un élément de preuve que VIA pouvait et aurait dû soumettre à l'Office en temps opportun a pour effet

before it, leaving the "real" case to unfold before the Federal Court of Appeal.

This misconstrues the relationship between the Agency and the court. The Agency has the expertise and specialized knowledge. That is why it is the body charged with balancing all the competing interests, including cost and the public interest. The court is a reviewing body, not a court of first instance. And it should not be permitted to be transformed into a body of first instance, or entitled to second-guess the responsibilities of the Agency, through the mechanism of evidence produced after the fact which could have been produced for the Agency proceedings.

The Agency provided VIA with adequate time and opportunity to comply with its directions. Though VIA clearly could have commissioned the Schrum report and provided it to the Agency within the time allotted, it did not. The Agency had the procedural power to grant extensions of time or reopen decisions at its disposal if it was of the view that VIA was attempting to comply but could not. No such extensions or reconsiderations were requested by VIA.

The Agency, following its multi-year dealings with the parties, was in the best position to control its own process with a view to the *bona fides* and strategic choices of the parties. There are no grounds for a reviewing court to interfere with the Agency's discretion to release its final decision without waiting for VIA to produce the cost estimates it had repeatedly and explicitly refused to provide. In the circumstances, VIA was not a victim of procedural unfairness.

IV. Conclusion

For the foregoing reasons, therefore, I would allow the appeal and restore the Agency's decisions with costs throughout to CCD.

de rendre la procédure de l'Office vulnérable aux attitudes cavalières adoptées devant lui et de laisser le « véritable » litige se dérouler devant la Cour d'appel fédérale.

Un tel argument procède d'une mauvaise interprétation des rapports entre l'Office et la cour. L'Office possède l'expertise et les connaissances spécialisées. C'est pourquoi il est chargé de soupeser tous les intérêts opposés, y compris les coûts et l'intérêt public. La cour est un organisme de révision et non un tribunal de première instance. Il ne devrait pas lui être permis de se transformer au tribunal de première instance ou de remettre en question les responsabilités de l'Office en raison d'un élément de preuve qui a été produit après coup alors qu'il aurait pu être produit pour les besoins des procédures devant lui. 243

L'Office a donné à VIA le temps et les possibilités qu'il fallait pour se conformer à ses directives. Il est évident que VIA aurait pu commander le rapport Schrum et le remettre à l'Office dans le délai imparti, mais elle ne l'a pas fait. L'Office avait, sur le plan procédural, le pouvoir d'accorder une prorogation de délai ou de réviser des décisions s'il estimait que VIA tentait d'obtempérer, mais ne pouvait pas le faire. Aucune prorogation ou révision de cette nature n'a été demandée par VIA. 244

Après avoir eu affaire aux parties pendant plusieurs années, l'Office était le mieux placé pour contrôler sa propre procédure tout en tenant compte de leur bonne foi et de leurs choix stratégiques. Rien ne justifie une cour de révision de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire de l'Office de rendre sa décision finale sans attendre que VIA produise l'estimation des coûts qu'elle avait continuellement et explicitement refusé de produire. Dans les circonstances, VIA n'a pas été victime d'iniquité procédurale. 245

IV. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir les décisions de l'Office avec dépens en faveur du CCD devant notre Cour et les juridictions inférieures. 246

The reasons of Binnie, Deschamps, Fish and Rothstein JJ. were delivered by

247 DESCHAMPS AND ROTHSTEIN JJ. (dissenting) — Accommodation is an issue arising in many contexts and it is the duty of this Court to give clear guidance on what legal principles must be adhered to by those adjudicating accommodation claims. It is not helpful to rely on nothing more than a judgment call to determine what is practicable. Parliament has set forth in the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 ("Act"), a national transportation policy which consists of a number of objectives including human rights objectives. The Act also contains a statutory framework for determining human rights applications. This Court should have regard to the policy and the framework established by Parliament and common law principles developed by this Court in determining the requirements of reasonable accommodation. It is troubling that the majority would uphold an administrative tribunal's decision by finding that it applied the common law principles when the tribunal expressly rejected them. It is also problematic that the majority would uphold the tribunal's decision when a basic element, namely the estimated cost of accommodation, was not determined. The majority would forego both the proper legal analysis and ignore the lacking element of cost determination on the basis of deference to the tribunal. With respect, deference is not a proper justification for ignoring such errors.

248 The litigation originates from a decision by VIA Rail Canada Inc. ("VIA") to purchase 139 passenger rail cars. The Council of Canadians with Disabilities ("CCD") claims these cars present "undue obstacles" affecting the mobility of persons with disabilities using wheelchairs. CCD made an application to the Canadian Transportation Agency ("Agency") which subsequently ordered VIA to make modifications to the rail cars. The Federal Court of Appeal allowed VIA's appeal and

Version française des motifs des juges Binnie, Deschamps, Fish et Rothstein rendus par

LES JUGES DESCHAMPS ET ROTHSTEIN (dissidents) — La question de l'accommodement se pose dans maints contextes et notre Cour a le devoir de donner des indications claires sur les principes juridiques devant guider ceux qui se prononcent sur des demandes d'accommodement. Il ne convient pas de s'en remettre uniquement à son jugement personnel pour déterminer ce qui est, en pratique, approprié. Dans la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (« Loi »), le législateur a énoncé une politique nationale des transports comportant un certain nombre d'objectifs, notamment en matière de droits de la personne. La Loi établit également un cadre régissant le règlement des demandes relatives aux droits de la personne. En déterminant les conditions d'accommodement raisonnable, notre Cour devrait tenir compte de la politique et du cadre établis par le législateur ainsi que des principes de common law qu'elle a elle-même énoncés. Il est préoccupant de constater que les juges majoritaires confirment la décision d'un tribunal administratif en concluant qu'il a appliqué les principes de common law, alors qu'il les a expressément rejetés. Il est aussi problématique que les juges majoritaires confirment la décision du tribunal alors qu'un élément fondamental, à savoir le coût estimatif de l'accommodement, n'a pas été établi. Pour des motifs de déférence envers le tribunal administratif, les juges majoritaires renoncent à effectuer l'analyse juridique appropriée et ne tiennent pas compte du fait que le coût n'était pas déterminé. Avec égards pour l'opinion contraire, la déférence n'est pas une raison valable pour passer sous silence de telles erreurs.

Le litige découle de la décision de VIA Rail Canada Inc. (« VIA ») d'acheter 139 voitures pour passagers. Le Conseil des Canadiens avec déficiences (« CCD ») prétend que ces voitures présentent des « obstacles abusifs » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience qui utilisent un fauteuil roulant. Le CCD a présenté une demande à l'Office des transports du Canada (« Office ») qui a, par la suite, ordonné à VIA d'apporter des modifications aux voitures de chemin

remitted the matter to the Agency for redetermination, taking account of VIA's network and cost considerations.

We agree with the conclusion reached by the Federal Court of Appeal and would remit the matter to the Agency for redetermination having regard to these reasons.

I. Factual Background

A. *The Parties*

CCD was founded in 1976 and is a national advocacy organization for persons with disabilities. CCD is a coalition of representatives from provincial disability organizations, in addition to other major national disability organizations. In past cases before this Court, CCD has appeared as an intervener on a number of occasions on matters relating to human rights and equality issues under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

VIA was established in 1977 and became a Crown corporation in 1978 with responsibility for passenger rail transportation in Canada. The Government of Canada ("Government") is VIA's sole shareholder. Since its inception, VIA has been dependent on subsidies from the Government to supplement the revenue it receives from passengers. VIA's government funding requirements, including defined capital expenditures, must be approved annually by the Treasury Board under the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11.

The Agency, which was an intervener before this Court, is a federal, administrative tribunal that is mandated under the Act. The statutory mandate of the Agency deals mainly with the economic regulation of carriers and modes of transportation. Among its responsibilities, the Agency is granted regulatory and adjudicative powers to deal with "undue obstacles" to the mobility of persons with disabilities in rail passenger transportation.

de fer. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de VIA et renvoyé l'affaire à l'Office pour qu'il rende une nouvelle décision qui tiendrait compte du réseau de VIA et des questions de coût.

249 Nous souscrivons à la conclusion de la Cour d'appel fédérale et nous renverrions l'affaire à l'Office pour qu'il rende une nouvelle décision tenant compte des présents motifs.

I. Les faits

A. *Les parties*

250 Fondé en 1976, le CCD est un organisme national de défense des droits des personnes ayant une déficience. Il est formé de représentants d'organismes provinciaux et d'autres grands organismes nationaux œuvrant pour les personnes ayant une déficience. Le CCD a déjà comparu comme intervenant à un certain nombre de reprises devant notre Cour, dans des affaires qui soulevaient des questions de droits de la personne et d'égalité visées par la *Charte canadienne des droits et libertés.*

251 VIA a été créée en 1977 et est devenue, en 1978, une société d'État responsable du transport ferroviaire de voyageurs au Canada. Le gouvernement du Canada (« gouvernement ») est l'unique actionnaire de VIA. Depuis sa création, VIA compte sur des subventions gouvernementales pour suppléer au revenu qu'elle tire des voyageurs. Les besoins de financement gouvernemental de VIA, y compris certaines dépenses en immobilisations, doivent être approuvés annuellement par le Conseil du Trésor conformément à la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, ch. F-11.

252 L'Office, qui a agi en qualité d'intervenant devant notre Cour, est un tribunal administratif fédéral dont le mandat est fixé par la Loi. Ce mandat concerne principalement la réglementation économique des transporteurs et des modes de transport. L'Office est notamment investi des pouvoirs de réglementation et de décision requis pour éliminer les « obstacles abusifs » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience qui voyagent par train.

B. *Purchase of the Renaissance Rail Cars*

253 In June 1998, the House of Commons Standing Committee on Transport issued a report entitled *The Renaissance of Passenger Rail in Canada* which stated that "almost every witness that appeared before us said that VIA Rail could not continue in its present state" (p. 17) and that "every time a train leaves the station, VIA Rail loses money" (p. 4). The Standing Committee reported that all services and segments of VIA's network operate at a deficit, for a total loss of $196 million in 1997.

254 The Standing Committee found that the cost of maintaining and operating VIA's aging rail cars, with current levels of funding, was a "death spiral" that would lead to "the inevitable demise of VIA Rail" (p. 5). The Standing Committee's report indicated that VIA needed to increase train frequency for its operations in the Quebec City-Windsor corridor. To enable VIA to renew and sustain its rail cars on a timely basis simply to maintain existing service levels, the Standing Committee found that the Government would need to allocate an additional $800 million over the next few years for capital expenditures to VIA. The Government did not elect to do so.

255 In 2000, the Treasury Board granted a total of $401.9 million for all of VIA's capital expenditures, including infrastructure improvements, station repairs, purchase of locomotives and rail cars, operations, safety and signalling. This was considerably less than VIA had requested. Of the $401.9 million, approximately $130 million was allocated to the purchase of rail cars.

256 On September 28, 2000, VIA entered into a contract, effective on December 1, 2000, to purchase 139 rail cars. The initial cost of the purchase

B. *Achat des voitures de chemin de fer Renaissance*

En juin 1998, le Comité permanent des transports de la Chambre des communes a publié un rapport intitulé *La Renaissance des services ferroviaires voyageurs au Canada*, dans lequel il affirmait que « pratiquement tous les témoins entendus [ont dit] que VIA Rail ne peut pas continuer ainsi » (p. 18) et que « chaque fois qu'un train de VIA Rail quitte la gare, la société perd de l'argent » (p. 4). Le comité permanent a signalé que tous les services et segments du réseau de VIA fonctionnaient à perte, celle-ci atteignant un total de 196 millions de dollars en 1997.

Le comité permanent a conclu que, suivant le niveau actuel de financement, le coût d'entretien et d'exploitation des vieilles voitures de VIA constituait une spirale de la mort et entraînerait « inévitablement la disparition de VIA Rail » (p. 5). Selon le rapport du comité permanent, VIA devait accroître la fréquence de ses trains dans le corridor Québec-Windsor. Le comité permanent estimait que, pour que VIA puisse renouveler et préserver ses voitures en temps utile simplement afin de conserver les niveaux de service actuels, le gouvernement devrait lui allouer une somme additionnelle de 800 millions de dollars au cours des prochaines années au titre des dépenses en immobilisations. Le gouvernement ne l'a pas fait.

En 2000, le Conseil du Trésor a accordé à VIA un montant total de 401,9 millions de dollars pour l'ensemble de ses dépenses en immobilisations, dont celles relatives aux améliorations de l'infrastructure, aux réparations des gares, à l'achat de locomotives et de voitures de chemin de fer, à l'exploitation, à la sécurité et à la signalisation. Cette somme était nettement inférieure à celle que VIA avait demandée. Environ 130 millions des 401,9 millions de dollars étaient affectés à l'achat de voitures de chemin de fer.

Le 28 septembre 2000, VIA a conclu un contrat d'achat de 139 voitures, qui prendrait effet le 1er décembre 2000. Le coût initial de l'achat et de la

and commissioning into service of these cars was $130 million. VIA states that the purchase of the rail cars was "a unique, one-time opportunity" on account of their low cost and given that they were readily available. According to VIA, the replacement cost of these rail cars was $400 million and it would take four years to design and obtain delivery of alternative rail cars.

mise en service de ces voitures s'élevait à 130 millions de dollars. VIA affirme que l'achat de ces voitures constituait [TRADUCTION] « une occasion unique et exceptionnelle » parce qu'elles étaient peu dispendieuses et disponibles immédiatement. Selon VIA, le remplacement des voitures aurait coûté 400 millions de dollars et il aurait fallu quatre ans pour concevoir d'autres voitures de chemin de fer et en obtenir la livraison.

Designed by a British, French, German, Dutch and Belgian consortium that was formed in 1990, the rail cars were originally called the "Channel Tunnel Nightstock Cars" because they had been designed for service between continental Europe and the northern regions of the United Kingdom. According to VIA, one of the main reasons they became available for purchase was deregulation in the European airline industry which resulted in a drop in airfares to a level at which overnight rail trips were no longer cost competitive. VIA made a successful bid to purchase the rail cars. These cars became known as the Renaissance cars, an apparent reference to the title of the Report of the Standing Committee on Transport that alerted the Government to the need to address VIA's financial and operational difficulties.

257 Conçues par un consortium formé en 1990 par la Grande-Bretagne, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Belgique, les voitures portaient à l'origine le nom de « Channel Tunnel Nightstock Cars » (« voitures Nightstock du tunnel sous la Manche ») parce qu'elles avaient été conçues pour assurer le service entre l'Europe continentale et les régions du nord du Royaume-Uni. Au dire de VIA, elles ont été mises en vente principalement en raison de la déréglementation du transport aérien européen, qui a entraîné une chute des prix des billets d'avion telle qu'il est devenu impossible d'offrir un service de nuit à un prix concurrentiel. VIA a présenté avec succès une offre d'achat de ces voitures. Elle leur a donné le nom de voitures Renaissance vraisemblablement pour refléter le titre du rapport du Comité permanent des transports qui a sensibilisé le gouvernement à la nécessité de résoudre les difficultés financières et opérationnelles de VIA.

VIA states that the Renaissance rail cars reflected European and British Rail regulations at the time of their design which included mandatory requirements for persons with disabilities. While VIA concedes that the Renaissance rail cars may not meet all desires of all persons with disabilities, they are an addition to its existing fleet within its budgetary constraints to deal with the urgent situation that it then faced. VIA submitted that it made improvements to the features of the Renaissance rail cars through its Accessibility Program. The features of the rail cars include: use of braille signage for visually impaired passengers, training for on-board personnel in providing assistance to persons with disabilities, handrails and grab bars, space to accommodate service animals, visual

258 VIA affirme que les voitures Renaissance étaient conformes à la réglementation ferroviaire européenne et britannique en vigueur au moment de leur conception, réglementation qui comportait des exigences impératives concernant les personnes ayant une déficience. Bien que, de l'aveu même de VIA, elles ne répondent peut-être pas entièrement aux vœux des personnes ayant une déficience, les voitures Renaissance ont été ajoutées à son parc existant afin de remédier à la situation urgente dans laquelle elle se trouvait, et ce, dans les limites de ses contraintes budgétaires. VIA a soutenu qu'elle avait amélioré les caractéristiques des voitures Renaissance grâce à son programme d'accessibilité. Les caractéristiques des voitures comprennent ce qui suit : utilisation

displays for communication of announcements for persons with a hearing impairment, washrooms with various accessibility features, auditory and visual smoke alarms, storage space for personal wheelchairs and provision of on-board wheelchairs where required, four moveable armrests in each car, as well as a wheelchair sleeping accommodation, and tie-downs and washrooms to accommodate wheelchair users.

de symboles en braille destinés aux voyageurs ayant une déficience visuelle, formation permettant au personnel à bord des trains de prêter assistance aux personnes ayant une déficience, mains courantes et barres d'appui, espace pouvant accueillir les animaux aidants, écrans d'information pour communiquer des messages aux personnes malentendantes, toilettes comportant différentes caractéristiques d'accessibilité, détecteurs de fumée à signal sonore et visuel, espace de rangement pour fauteuils roulants personnels et fourniture d'un fauteuil roulant de bord si nécessaire, quatre accoudoirs mobiles dans chaque voiture, des dispositifs de retenue pour fauteuil roulant ainsi qu'un compartiment-lit et des toilettes accessibles aux personnes en fauteuil roulant.

C. *CCD's Application to the Agency*

C. *La demande présentée à l'Office par le CCD*

259 On December 4, 2000, CCD filed an application with the Agency objecting to the purchase of the Renaissance rail cars. It alleged that numerous aspects of these rail cars would constitute "undue obstacles" to the mobility of persons with disabilities, mainly those using wheelchairs.

Le 4 décembre 2000, le CCD a déposé auprès de l'Office une demande dans laquelle il s'opposait à l'achat des voitures Renaissance. Il alléguait que de nombreuses caractéristiques de ces voitures constitueraient des « obstacles abusifs » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience, principalement celles qui utilisent un fauteuil roulant.

260 When CCD was advised that VIA had already purchased the Renaissance rail cars before the application was made, CCD sought: (i) an interim order from the Agency to stop the delivery of the Renaissance rail cars to VIA, pending the Agency's final determination of the application; and (ii) an order that VIA not enter into any contracts for the modification of the Renaissance rail cars, or take any additional steps furthering the purchase of these rail cars. The Agency declined to make these orders on the grounds that they would cause VIA substantial harm.

Lorsqu'il a été avisé que VIA avait déjà acheté les voitures Renaissance avant le dépôt de sa demande, le CCD a demandé à l'Office de rendre (i) une ordonnance provisoire enjoignant de cesser la livraison des voitures Renaissance à VIA jusqu'à ce que l'Office se prononce définitivement sur la demande, et (ii) une ordonnance interdisant à VIA de conclure des contrats de modification des voitures Renaissance, ou de faire d'autres démarches en vue d'acquérir ces voitures. L'Office a refusé de rendre ces ordonnances pour le motif qu'elles risqueraient de causer à VIA un tort considérable.

261 At this stage, CCD's application was pursued through an inquiry by the Agency into specific claims that aspects of the Renaissance rail cars were "undue obstacles" to the mobility of persons with disabilities, mainly those using wheelchairs.

L'Office a alors poursuivi son enquête sur la demande du CCD en examinant les arguments précis selon lesquels certaines caractéristiques des voitures Renaissance constituaient des « obstacles abusifs » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience, principalement celles qui utilisent un fauteuil roulant.

II. Summary of Decisions Below

The proceedings in this matter have been lengthy, technical, and at times acrimonious. From the time CCD filed its initial application to the rendering of the Agency's final determination, some two years and ten months passed during which over 70 decisions and orders were issued by the Agency.

A. *Position of the Parties During the Inquiry*

In the course of the Agency's inquiry, CCD took the position that "[p]ersons with disabilities had been waiting decades for VIA Rail's next generation of passenger trains." CCD's position was that these rail cars should be considered "newly manufactured" and subject to higher accessibility standards. CCD was of the view that the Renaissance rail cars should never have been purchased.

For its part, from very early on in the Agency's inquiry, VIA objected to the Agency's jurisdiction in this matter. As the scope of the Agency's inquiry grew larger, VIA consistently put to the Agency that it was exceeding its mandate, and was taking a monitoring role in VIA's affairs that was improper. VIA maintained that the Agency was interfering in the carrier's management, and in the decision that VIA made to purchase the Renaissance rail cars with the limited capital funds approved by the Government. VIA took the position that these rail cars could not be considered "newly manufactured", and that they offered reasonable accessibility to passengers with disabilities.

B. *Preliminary Decision of Agency* (No. 175-AT-R-2003)

On March 27, 2003, the Agency delivered its preliminary findings on the 46 accessibility concerns raised by CCD ("Preliminary Decision"). The majority opinion of the Agency determined

II. Résumé des décisions des juridictions inférieures

262 Les procédures en l'espèce ont été longues et de nature technique, et se sont parfois déroulées dans un climat acrimonieux. À partir du moment où le CCD a déposé sa demande initiale jusqu'à ce que l'Office rende sa décision finale, il s'est écoulé un délai de quelque deux années et dix mois au cours duquel l'Office a rendu plus de 70 ordonnances et décisions.

A. *La position des parties durant l'enquête*

263 Au cours de l'enquête menée par l'Office, le CCD a soutenu que [TRADUCTION] « [l]es personnes ayant une déficience attendaient depuis des décennies la prochaine génération de trains de voyageurs de VIA Rail. » Il était d'avis que ces voitures de chemin de fer devraient être considérées comme « nouvellement construites » et assujetties à des normes d'accessibilité plus strictes. D'après le CCD, VIA n'aurait jamais dû acheter les voitures Renaissance.

264 Pour sa part, très tôt au début de l'enquête de l'Office, VIA a prétendu que celui-ci n'avait pas compétence en la matière. Au fur et à mesure que l'enquête de l'Office prenait de l'ampleur, VIA lui a constamment reproché d'outrepasser son mandat et de s'arroger un rôle de surveillant des affaires de VIA. VIA a maintenu que l'Office s'immisçait dans la gestion du transporteur et dans sa décision d'acheter les voitures Renaissance en respectant les limites des fonds d'immobilisations approuvés par le gouvernement. VIA estimait que ces voitures ne pouvaient pas être considérées comme « nouvellement construites » et qu'elles assuraient une accessibilité raisonnable aux voyageurs ayant une déficience.

B. *La décision préliminaire de l'Office* (n° 175-AT-R-2003)

265 Le 27 mars 2003, l'Office a présenté ses conclusions préliminaires concernant les 46 problèmes d'accessibilité relevés par le CCD (« décision préliminaire »). L'Office a décidé à la majorité que les

that the Renaissance rail cars were "newly manufactured" cars and should meet the higher level of accessibility for new cars that is set out in the Agency's 1998 *Code of Practice — Passenger Rail Car Accessibility and Terms and Conditions of Carriage by Rail of Persons with Disabilities* ("Rail Code").

266 For the 46 concerns raised by CCD, the Agency first considered whether each constituted an "obstacle" to the mobility of persons with disabilities. The Agency largely relied on the dimensions of a "Personal Wheelchair", defined in the Canadian Standards Association, CAN/CSA-B651-95, *Barrier-Free Design Standard* and referred to in the Rail Code, to make its technical findings based on centimetre-by-centimetre physical inspections it made of the Renaissance rail cars.

267 In determining whether an "obstacle" that it found to exist was "undue", the Agency rejected, in the context of Part V of the Act, the applicability of the undue hardship test found in human rights legislation and jurisprudence: "[a]lthough . . . the Agency rejects the applicability of the undue hardship test in the context of Part V of the CTA, the Agency recognizes that some of the factors identified by CCD concerning undue hardship may be applicable to an undue obstacle determination" (p. 36).

268 Of the 46 features of the Renaissance rail cars raised by CCD, the majority opinion of the Agency made a preliminary finding that 14 features constituted "undue obstacles". The Agency ordered VIA to show cause why these preliminary findings should not be made final.

269 One of the three members of the Agency's panel issued a dissenting opinion. Member Richard Cashin found that "there is no evidence that th[e] obstacles [found undue by the majority] will not be accommodated by VIA's network" and that "the carrier can and will accommodate the needs of

voitures Renaissance étaient des voitures « nouvellement construites » et devraient assurer le niveau plus élevé d'accessibilité des nouvelles voitures indiqué dans le *Code de pratiques* de l'Office de 1998, intitulé *Accessibilité des voitures de chemin de fer et conditions de transport ferroviaire des personnes ayant une déficience* (« code ferroviaire »).

Quant aux 46 problèmes relevés par le CCD, l'Office s'est d'abord demandé si chacun de ceux-ci constituait un « obstacle » aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Les conclusions techniques de l'Office découlant de ses inspections minutieuses des voitures Renaissance reposent, dans une large mesure, sur les dimensions du « fauteuil roulant personnel » défini dans la norme *Accessibilité des bâtiments et autres installations : règles de conception* de l'Association canadienne de normalisation, CAN/CSA-B651-95, et mentionné dans le code ferroviaire.

Pour déterminer si les « obstacles » dont il constatait l'existence étaient « abusifs », l'Office a écarté, dans le contexte de la partie V de la Loi, l'applicabilité du critère de la contrainte excessive utilisé dans les lois et la jurisprudence en matière de droits de la personne : « [b]ien que [. . .] l'Office rejette l'applicabilité du critère de contrainte excessive au contexte de la partie V de la LTC, il reconnaît que certains des facteurs cernés par le CCD au sujet de la contrainte excessive peuvent s'appliquer à la détermination relative à un obstacle abusif » (p. 39).

L'Office, à la majorité, a conclu de façon préliminaire que 14 des 46 caractéristiques des voitures Renaissance dont se plaignait le CCD constituaient des « obstacles abusifs ». Il a ordonné à VIA d'expliquer pourquoi ces conclusions préliminaires ne devraient pas devenir définitives.

L'un des trois membres du comité d'audience de l'Office a exposé des motifs dissidents. Selon le membre Richard Cashin, « rien ne prouve que [l]es obstacles [jugés abusifs par les membres majoritaires] ne pourront être éliminés grâce au réseau de VIA » et « [le transporteur] peut et pourra répondre

persons with disabilities within its network" (pp. 149-50). However, Mr. Cashin's term expired on June 30, 2003, so he did not participate in the subsequent final decision by the Agency.

C. *Final Decision of Agency* (No. 620-AT-R-2003)

On October 29, 2003, the Agency delivered its final decision ("Final Decision"). The Agency found 14 "undue obstacles" (although not precisely the same 14 as in its Preliminary Decision) and ordered VIA to make specific modifications to the Renaissance rail cars to eliminate the obstacles.

D. *Federal Court of Appeal*, [2005] 4 F.C.R. 473, 2005 FCA 79

The Federal Court of Appeal allowed VIA's appeal on March 2, 2005. Sexton J.A., writing for the majority, held at para. 43 that the Agency's decisions were patently unreasonable because "it confined itself to considering only alterations to the Renaissance cars rather than considering whether VIA's network could be flexible enough to accommodate these disabilities". Sexton J.A. added that the Agency "failed to conduct the necessary balancing" required by the Act, including the interests of persons without disabilities, the cost of the modifications ordered, and the interests of other persons with disabilities not using wheelchairs.

The Federal Court of Appeal pointed to evidence filed in that court for the first time by VIA, estimating the total cost of the modifications determined in the Agency's Final Decision. This evaluation (the Schrum report) sets the cost between $48 and $92 million, and was described by Sexton J.A. as "the only objective third party report which comprehensively estimates the costs of all the changes ordered by the Agency" (para. 69).

aux besoins des personnes ayant une déficience au sein de son réseau » (p. 165). Cependant, comme le mandat de M. Cashin se terminait le 30 juin 2003, celui-ci n'a pas pris part à la décision finale que l'Office a rendue par la suite.

C. *La décision finale de l'Office* (nº 620-AT-R-2003)

270 L'Office a rendu sa décision finale le 29 octobre 2003. Il a relevé 14 « obstacles abusifs » (qui n'étaient pas exactement les mêmes que les 14 obstacles constatés dans sa décision préliminaire) et ordonné à VIA d'apporter des modifications précises aux voitures Renaissance en vue d'éliminer ces obstacles.

D. *Cour d'appel fédérale*, [2005] 4 R.C.F. 473, 2005 CAF 79

271 Le 2 mars 2005, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par VIA. S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Sexton conclut, au par. 43, que les décisions de l'Office étaient manifestement déraisonnables parce que « [celui-ci] s'est limité à n'examiner que des modifications aux voitures Renaissance plutôt que d'examiner la question de savoir si le réseau de VIA pouvait être assez flexible pour s'adapter à ces déficiences ». Le juge Sexton a ajouté que l'Office « n'a[vait] pas effectué l'exercice de pondération nécessaire » prescrit par la Loi relativement aux intérêts des personnes n'ayant pas de déficience, au coût des modifications ordonnées et aux intérêts d'autres personnes ayant une déficience qui n'utilisent pas un fauteuil roulant.

272 La Cour d'appel fédérale a mis l'accent sur un élément de preuve que VIA a déposé pour la première fois devant elle. Il s'agit d'une estimation du coût total des modifications énoncées dans la décision finale de l'Office. L'estimation (le rapport Schrum) en situait le coût entre 48 et 92 millions de dollars. Le juge Sexton décrit le document comme étant le « seul rapport objectif produit par un tiers qui présente une estimation complète des coûts de l'ensemble des changements ordonnés par l'Office » (par. 69).

273 Evans J.A. concurred in allowing the appeal, finding that the Agency acted in breach of the duty of procedural fairness. He found that the Agency's preliminary decision should have specifically invited VIA to submit evidence demonstrating how it proposed to mitigate the obstacles in the Renaissance rail cars through its network. He also found that, given VIA's submission that providing cost evidence in response to the Agency's Preliminary Decision was unduly onerous, the Agency should have afforded VIA an opportunity to submit a third-party cost estimate *after* the Agency's "final" order specifying the modifications that it required VIA to make to the Renaissance rail cars.

Le juge Evans a souscrit à la décision d'accueillir l'appel, concluant que l'Office avait manqué à son obligation d'équité procédurale. À son avis, l'Office aurait dû, dans sa décision préliminaire, inviter expressément VIA à démontrer comment elle comptait atténuer les obstacles dans les voitures Renaissance en ayant recours à son réseau. Il estimait également que, compte tenu de l'argument de VIA selon lequel il était trop onéreux de fournir une preuve relative au coût pour répondre à la décision préliminaire de l'Office, l'Office aurait dû, *après* avoir rendu son ordonnance « définitive » précisant les modifications devant être apportées aux voitures Renaissance, donner à VIA la possibilité de produire une estimation des coûts effectuée par un tiers.

III. Issues

III. Les questions en litige

274 CCD states the issues as follows:

Le CCD formule ainsi les questions en litige :

(1) the correct interpretation of Part V of the Act;

(1) l'interprétation correcte de la partie V de la Loi;

(2) the fairness of the process; and

(2) l'équité du processus;

(3) the reasonableness of the Agency's decision.

(3) le caractère raisonnable de la décision de l'Office.

In addition, VIA raises jurisdictional questions.

En outre, VIA soulève des questions de compétence.

275 The jurisdictional questions will be addressed before dealing with the interpretation of the Act. In view of our conclusion on the interpretation of the Act — a question of law — it will not be necessary to deal with the questions of fairness of the process or reasonableness of the Agency's decision.

Nous aborderons les questions de compétence avant de nous pencher sur l'interprétation de la Loi. Compte tenu de notre conclusion relative à l'interprétation de la Loi — une question de droit —, il ne sera pas nécessaire d'examiner la question de l'équité du processus ou celle du caractère raisonnable de la décision de l'Office.

IV. Analysis

IV. Analyse

276 Given that the issues under review arose from a decision of an administrative tribunal, we begin by identifying the appropriate standard of review. We then provide a brief contextual overview of the governing legislation, with a focus on the declaration of the National Transportation Policy in s. 5 of the Act, and the framework in Part V of the Act to

Étant donné que les questions examinées découlent d'une décision d'un tribunal administratif, nous commencerons par déterminer la norme de contrôle appropriée. Nous donnerons ensuite un bref aperçu du contexte de la loi applicable en mettant l'accent sur la politique nationale des transports énoncée à l'art. 5 de la Loi et sur le cadre établi à la partie V

remove undue obstacles to the mobility of persons with disabilities. This is followed by an analysis that reconciles Part V of the Act with the applicable principles of human rights law. We then set out the legal framework for analysis of applications heard by the Agency under s. 172. Finally, we evaluate the Agency's decision on the issues raised in this appeal.

de la Loi relativement à l'élimination des obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Nous effectuerons ensuite une analyse qui concilie la partie V de la Loi avec les principes applicables en matière de droits de la personne. Nous énoncerons alors le cadre législatif régissant l'examen des demandes que l'Office entend en vertu de l'art. 172. Enfin, nous évaluerons la décision de l'Office relative aux questions soulevées dans le présent pourvoi.

A. *Standard of Review*

(1) Segmentation and Terminology

The majority finds that the Agency "made a decision with many component parts, each of which fell squarely and inextricably within its expertise and mandate. It was therefore entitled to a single, deferential standard of review" (para. 100). We are unable to agree with this approach.

The standard of review jurisprudence recognizes that segmentation of a decision is appropriate in order to ascertain the nature of the questions before the tribunal and the degree of deference to be accorded to the tribunal's decisions on those questions. In *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36, at para. 27, Major J. stated:

> In general, different standards of review will apply to different legal questions depending on the nature of the question to be determined and the relative expertise of the tribunal in those particular matters.

In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, although there were no legal questions to be examined separately in that case, Iacobucci J. clearly indicated that there are situations in which extrication is appropriate (para. 41). See also *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 S.C.R. 772, 2006 SCC 22, at para. 39. Subjecting all aspects of a decision to a single standard of review does not account for the diversity of questions under review and either

A. *La norme de contrôle*

(1) Segmentation et terminologie

277 Selon les juges majoritaires, « [l]a décision [que l'Office] a rendue comportait plusieurs parties, chacune d'elles relevant clairement et inextricablement de son domaine d'expertise et de son mandat. Elle commandait donc l'application d'une seule norme de contrôle faisant appel à la déférence » (par. 100). Nous ne pouvons partager ce point de vue.

278 La jurisprudence portant sur la norme de contrôle reconnaît que la segmentation d'une décision est indiquée pour préciser la nature des questions soumises au tribunal administratif et le degré de déférence qui s'impose à l'égard des décisions rendues par le tribunal administratif au sujet de ces questions. Dans l'arrêt *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36, par. 27, le juge Major a affirmé ceci :

> En général, des normes de contrôle différentes s'appliquent à des questions de droit différentes, selon la nature de la question à trancher et l'expertise relative du tribunal administratif sur ces questions particulières.

Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, même s'il n'y avait aucune question de droit à examiner séparément, le juge Iacobucci a clairement indiqué qu'il y a des cas où il convient d'isoler de telles questions (par. 41). Voir également l'arrêt *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, [2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22, par. 39. L'application d'une seule norme de contrôle à tous les aspects d'une décision ne tient pas compte de la diversité des questions examinées

insulates the decision from a more exacting review where the pragmatic and functional considerations call for greater intensity in the review of specific legal questions, or subjects questions of fact to a standard that is too exacting. A tribunal's decision must therefore be subject to segmentation to enable a reviewing court to apply the appropriate degree of scrutiny to the various aspects of the decision which call for greater or lesser deference.

279 Moreover, in her reasons, Abella J. introduces a new term — "demonstrably unreasonable" (para. 102). We must respectfully express reservations about introducing another term to an already complex area of the law which can only lead to ambiguity. We agree with the majority that it is difficult to determine the degrees of differences as between what is unreasonable and what is patently unreasonable. In an appropriate case, of which this is not one, the Court may engage in a review of the standards of unreasonableness and patent unreasonableness. Until that occurs, we do not see the need to add to the lexicon of standard of review terminology.

(2) Pragmatic and Functional Approach

280 Although the arguments were wide-ranging in this appeal, our reasons will only address the issues of the Agency's jurisdiction to adjudicate CCD's application and the Agency's determination of the applicable human rights law principles in the federal transportation context.

281 The factors to be considered in the pragmatic and functional approach were set out in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at paras. 26ff. In our view, consideration of all of the factors points to no deference being accorded to the Agency's decision.

282 The Agency's jurisdiction and the determination of the applicable human rights law principles in the

et a pour effet soit de soustraire la décision à un contrôle plus rigoureux dans le cas où des considérations pragmatiques et fonctionnelles commandent un examen plus approfondi de certaines questions de droit, soit d'assujettir les questions de fait à une norme trop exigeante. La décision du tribunal administratif doit donc être segmentée afin de permettre à la cour de révision d'examiner comme il se doit les différents volets de la décision qui commandent plus ou moins de déférence.

De plus, la juge Abella utilise dans ses motifs une nouvelle expression : « caractère déraisonnable démontrable » (par. 102). En toute déférence, nous tenons à exprimer des réserves concernant l'introduction, dans un domaine du droit déjà complexe, d'une nouvelle expression qui ne peut que créer de l'ambiguïté. À l'instar des juges majoritaires, nous estimons qu'il est difficile d'établir une gradation de la différence entre ce qui est déraisonnable et ce qui est manifestement déraisonnable. Dans une affaire qui s'y prête — ce qui n'est pas le cas en l'espèce —, la Cour peut effectuer un examen des normes du caractère déraisonnable et du caractère manifestement déraisonnable. En attendant qu'un tel cas se présente, nous ne voyons pas la nécessité d'ajouter une nouvelle expression au vocabulaire des normes de contrôle.

(2) La méthode pragmatique et fonctionnelle

Malgré la diversité des arguments avancés en l'espèce, nos motifs ne portent que sur les questions touchant la compétence de l'Office pour statuer sur la demande du CCD, et sur la décision de l'Office en ce qui a trait aux principes applicables en matière de droits de la personne dans le contexte des règles fédérales sur le transport.

Les facteurs à examiner dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle sont énoncés dans l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 26 et suiv. À notre avis, il ressort de l'examen de tous les facteurs qu'il n'y a pas lieu de faire montre de déférence à l'égard de la décision de l'Office.

La compétence de l'Office et la détermination des principes applicables en matière de droits de

federal transportation context are pure questions of law. Although in *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, [2001] 2 F.C. 25, the Federal Court of Appeal was seized of a case that concerned the undueness of an obstacle, the question was whether the reasons given by the Agency were sufficient. The jurisdiction of the Agency and the applicable human rights principles were not at issue. Thus, this being the first opportunity that a court has had to interpret these questions, the resolution of this case will have an important precedential value. This calls for an exacting standard of review. See *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paras. 36-37, and *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 23.

la personne dans le contexte des règles fédérales régissant le transport sont purement des questions de droit. Bien que dans l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, [2001] 2 C.F. 25, la Cour d'appel fédérale ait été saisie d'une affaire concernant le caractère abusif d'un obstacle, la question était de savoir si les motifs exposés par l'Office étaient suffisants. La compétence de l'Office et les principes applicables en matière de droits de la personne n'étaient pas en cause. Par conséquent, étant donné que c'est la première fois qu'une cour est appelée à interpréter ces questions, la décision rendue en l'espèce aura une grande valeur comme précédent. Ce fait commande une norme de contrôle exigeante. Voir les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 36-37, et *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 23.

Furthermore, the Agency is not protected by a privative clause in respect of questions of law or jurisdiction. Rather, there is a statutory appeal procedure on such questions under s. 41(1) of the Act. This contrasts with the Agency's factual determinations which are "binding and conclusive", under s. 31 of the Act.

283 En outre, l'Office ne bénéficie pas de la protection d'une clause privative en ce qui concerne les questions de droit ou de compétence. La Loi établit plutôt, au par. 41(1), une procédure d'appel relativement à ces questions. Cela contraste avec les décisions factuelles de l'Office qui, aux termes de l'art. 31 de la Loi, sont « définitive[s] ».

On questions of jurisdiction and the determination of the applicable human rights law principles, the Agency does not have greater relative expertise than a court. The Agency is required to resort to human rights principles which are not comprehensively set out in its home statute and in respect of which the Agency, whose prime function is economic regulation of transportation in a largely deregulated environment, does not have specific expertise. This factor points to a standard of review that will be less deferential.

284 Quant aux questions de compétence et à la détermination des principes applicables en matière de droits de la personne, l'Office ne possède pas une expertise relative supérieure à celle d'une cour de justice. L'Office est tenu d'appliquer des principes en matière de droits de la personne qui ne sont pas entièrement énoncés dans sa loi constitutive et à l'égard desquels il ne possède aucune expertise particulière, sa fonction première étant la réglementation économique du transport dans un secteur largement déréglementé. Ce facteur indique qu'il y a lieu d'appliquer une norme de contrôle faisant appel à une moins grande déférence.

Finally, the purpose of s. 172 of the Act is to grant the Agency an adjudicative role to consider applications from persons with disabilities who allege the existence of undue obstacles to their mobility in respect of a federal transportation carrier. The issues generally involve a dispute between

285 Enfin, l'art. 172 de la Loi vise à conférer à l'Office une fonction juridictionnelle lui permettant d'examiner des demandes présentées par des personnes ayant une déficience qui allèguent l'existence d'obstacles abusifs à leurs possibilités de déplacement lorsqu'elles font appel à un

an aggrieved party and the transportation carrier. While the Agency's ultimate analysis, in those cases, involves a balancing of interests, the questions of the Agency's jurisdiction and the determination of the applicable human rights law, do not.

286 Considering all of these factors, the questions of the Agency's jurisdiction and the determination of the applicable human rights law principles in the federal transportation context are both to be reviewed on the standard of correctness.

B. *The National Transportation Policy*

287 We commence with a discussion of the National Transportation Policy as declared in s. 5 of the Act. This provision gives context for the entire Act, including s. 172. All relevant sections of the Act are reproduced in the Appendix.

288 Section 5 is a declaratory provision which states Canada's National Transportation Policy. Section 5 contains a number of objectives, amongst which are:

> **5.** It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and that makes the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities . . . .

289 The objective of accessible transportation to persons with disabilities is an issue of human rights. It is critical to enabling persons with disabilities to gain employment, pursue educational opportunities, enjoy recreation, and live independently in the community. Recognizing this, Parliament included the accessibility of the federal transportation network to persons with disabilities among the objectives of the National Transportation Policy, and expressly granted the Agency jurisdiction to deal

transporteur fédéral. Les questions en litige découlent généralement d'un différend entre une partie lésée et le transporteur. Tandis que l'analyse à laquelle l'Office doit alors se livrer implique une mise en balance des divers intérêts, cet exercice n'est pas requis pour trancher les questions touchant la compétence de l'Office et la détermination des règles de droit applicables en matière de droits de la personne.

Compte tenu de tous ces facteurs, les questions touchant la compétence de l'Office et la détermination des principes applicables en matière de droits de la personne dans le contexte des règles fédérales régissant le transport doivent faire l'objet d'un examen fondé sur la norme de la décision correcte.

B. *La politique nationale des transports*

Nous allons d'abord analyser la politique nationale des transports énoncée à l'art. 5 de la Loi. Cette disposition établit le contexte dans lequel se situe l'ensemble de la Loi, y compris l'art. 172. Toutes les dispositions pertinentes de la Loi sont reproduites dans l'annexe.

L'article 5 est une disposition déclaratoire qui énonce la politique nationale des transports en vigueur au Canada. Il fait état d'un certain nombre d'objectifs, dont celui-ci :

> **5.** Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs — y compris des personnes ayant une déficience — . . .

L'objectif du transport accessible aux personnes ayant une déficience est une question qui concerne les droits de la personne. Cet objectif revêt une importance cruciale pour ce qui est de permettre aux personnes ayant une déficience d'obtenir un emploi, de poursuivre des études, d'avoir des loisirs et de vivre de façon autonome dans la société. Reconnaissant l'importance de l'accessibilité du réseau de transport fédéral aux personnes ayant une déficience, le législateur en a fait l'un des objectifs de la politique

with undue obstacles to the mobility of persons with disabilities in Part V of the Act.

There is therefore no doubt that accessibility is an important policy objective of the legislation. However, several of the objectives set out in s. 5, including accessibility, are to be pursued "as far as is practicable" — a term that appears three times in s. 5, indicating that the objectives are not expected to be achieved to the level of perfection. Thus, s. 5(*g*)(ii) provides that "each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic [under] conditions that do not constitute . . . an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities". Further, the words of s. 5(*g*)(ii) recognize that the mobility of persons may be subject to obstacles, but the objective of the Policy is that mobility not be impeded by *undue* obstacles.

C. *Part V of the Act: Dealing With Undue Obstacles to the Mobility of Persons With Disabilities*

Under Part V of the Act, Parliament granted the Agency jurisdiction to deal with undue obstacles to the mobility of persons with disabilities through two avenues. First, s. 170 of the Act grants certain regulatory powers to the Agency:

170. (1) The Agency may make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network under the legislative authority of Parliament to the mobility of persons with disabilities, including regulations respecting

(*a*) the design, construction or modification of, and the posting of signs on, in or around, means of transportation and related facilities and premises, including equipment used in them;

(*b*) the training of personnel employed at or in those facilities or premises or by carriers;

nationale des transports et, à la partie V de la Loi, a expressément habilité l'Office à remédier aux obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

290 Il n'y a donc aucun doute que l'accessibilité est l'un des grands objectifs de la Loi. Toutefois, plusieurs des objectifs énoncés à l'art. 5, dont l'accessibilité, sont des objectifs auxquels il faut tendre « dans la mesure du possible » — expression qui est utilisée à trois reprises à l'art. 5 et qui indique qu'on ne s'attend pas à ce que les objectifs soient réalisés à la perfection. Ainsi, le sous-al. 5*g*)(ii) précise que « les liaisons assurées [. . .] par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible [. . .] selon des modalités qui ne constituent pas [. . .] un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience ». De plus, bien que le texte du sous-al. 5*g*)(ii) reconnaisse que des obstacles peuvent entraver la circulation des personnes, la politique vise cependant à assurer que ces obstacles ne soient pas *abusifs*.

C. *Partie V de la Loi : élimination des obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience*

291 Dans la partie V de la Loi, le législateur a habilité de deux manières l'Office à remédier aux obstacles abusifs aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Premièrement, l'art. 170 de la Loi accorde à l'Office certains pouvoirs de réglementation :

170. (1) L'Office peut prendre des règlements afin d'éliminer tous obstacles abusifs, dans le réseau de transport assujetti à la compétence législative du Parlement, aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience et peut notamment, à cette occasion, régir :

a) la conception et la construction des moyens de transport ainsi que des installations et locaux connexes — y compris les commodités et l'équipement qui s'y trouvent —, leur modification ou la signalisation dans ceux-ci ou leurs environs;

b) la formation du personnel des transporteurs ou de celui employé dans ces installations et locaux;

(*c*) tariffs, rates, fares, charges and terms and conditions of carriage applicable in respect of the transportation of persons with disabilities or incidental services; and

(*d*) the communication of information to persons with disabilities.

292 Second, s. 172 of the Act sets out the adjudicative jurisdiction of the Agency:

172. (1) The Agency may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1), regardless of whether such a regulation has been made, in order to determine whether there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(2) Where the Agency is satisfied that regulations made under subsection 170(1) that are applicable in relation to a matter have been complied with or have not been contravened, the Agency shall determine that there is no undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(3) On determining that there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities, the Agency may require the taking of appropriate corrective measures or direct that compensation be paid for any expense incurred by a person with a disability arising out of the undue obstacle, or both.

293 As we have said, accessibility for persons with disabilities is a human rights issue. Therefore, the determination of the applicable human rights principles governing the Agency's adjudication of applications under s. 172 is at issue in the present appeal. These human rights principles do not operate in a vacuum. A body of case law has developed in Canada dealing with human rights adjudication. Therefore, it is useful to review prevailing human rights jurisprudence to understand how Part V of the Act is reconciled with it in a coherent framework.

D. *Reconciling Human Rights Law and Part V of the Canada Transportation Act*

294 In *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 ("*Meiorin*"), this Court laid down the

c) toute mesure concernant les tarifs, taux, prix, frais et autres conditions de transport applicables au transport et aux services connexes offerts aux personnes ayant une déficience;

d) la communication d'information à ces personnes.

Deuxièmement, l'art. 172 de la Loi énonce la compétence juridictionnelle de l'Office :

172. (1) Même en l'absence de disposition réglementaire applicable, l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1) pour déterminer s'il existe un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

(2) L'Office rend une décision négative à l'issue de son enquête s'il est convaincu de la conformité du service du transporteur aux dispositions réglementaires applicables en l'occurrence.

(3) En cas de décision positive, l'Office peut exiger la prise de mesures correctives indiquées ou le versement d'une indemnité destinée à couvrir les frais supportés par une personne ayant une déficience en raison de l'obstacle en cause, ou les deux.

Comme nous l'avons dit, l'accessibilité des personnes ayant une déficience est une question concernant les droits de la personne. Par conséquent, il s'agit en l'espèce de déterminer les principes applicables en matière de droits de la personne qui doivent guider l'exercice par l'Office du pouvoir de statuer sur des demandes que lui confère l'art. 172. Ces principes ne s'appliquent pas dans l'abstrait. Il existe au Canada une jurisprudence en matière de droits de la personne. Il est donc utile d'examiner cette jurisprudence pour comprendre comment elle se concilie avec la partie V de la Loi dans un cadre logique.

D. *Conciliation du droit en matière de droits de la personne et de la partie V de la Loi sur les transports au Canada*

Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), notre

approach to human rights claims. The framework in *Meiorin* was described in language specific to the employment context. However, it has been applied to other fields such as the licensing of motorists in *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868.

It is useful to set forth the *Meiorin* approach verbatim as found at paras. 54-55 of the reasons of McLachlin J. (as she then was) in that case:

Having considered the various alternatives, I propose the following three-step test for determining whether a *prima facie* discriminatory standard is a BFOR [*bona fide* occupational requirement]. An employer may justify the impugned standard by establishing on the balance of probabilities:

(1) that the employer adopted the standard for a purpose rationally connected to the performance of the job;

(2) that the employer adopted the particular standard in an honest and good faith belief that it was necessary to the fulfilment of that legitimate work-related purpose; and

(3) that the standard is reasonably necessary to the accomplishment of that legitimate work-related purpose. To show that the standard is reasonably necessary, it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer.

This approach is premised on the need to develop standards that accommodate the potential contributions of all employees in so far as this can be done without undue hardship to the employer. Standards may adversely affect members of a particular group, to be sure. But as Wilson J. noted in *Central Alberta Dairy Pool*, *supra*, at p. 518, "[i]f a reasonable alternative exists to burdening members of a group with a given rule, that rule will not be [a BFOR]". It follows that a rule or standard must accommodate individual differences to the point of undue hardship if it is to be found reasonably necessary. Unless no further accommodation is possible without imposing undue hardship,

Cour a établi la méthode d'analyse applicable aux demandes relatives aux droits de la personne. Le cadre d'analyse établi dans cet arrêt a été formulé dans des termes propres au contexte de l'emploi. Il a toutefois été appliqué à d'autres domaines, notamment à la délivrance de permis de conduire dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

Il est utile de reproduire textuellement la méthode que la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) énonce aux par. 54-55 de l'arrêt *Meiorin* : 295

Après avoir examiné les diverses possibilités qui s'offrent, je propose d'adopter la méthode en trois étapes qui suit pour déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une EPJ [exigence professionnelle justifiée]. L'employeur peut justifier la norme contestée en établissant selon la prépondérance des probabilités :

(1) qu'il a adopté la norme dans un but rationnellement lié à l'exécution du travail en cause;

(2) qu'il a adopté la norme particulière en croyant sincèrement qu'elle était nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail;

(3) que la norme est raisonnablement nécessaire pour réaliser ce but légitime lié au travail. Pour prouver que la norme est raisonnablement nécessaire, il faut démontrer qu'il est impossible de composer avec les employés qui ont les mêmes caractéristiques que le demandeur sans que l'employeur subisse une contrainte excessive.

Cette méthode est fondée sur la nécessité d'établir des normes qui composent avec l'apport potentiel de tous les employés dans la mesure où cela peut être fait sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. Il est évident que des normes peuvent léser les membres d'un groupe particulier. Mais, comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans *Central Alberta Dairy Pool*, précité, à la p. 518, « [s]'il est possible de trouver une solution raisonnable qui évite d'imposer une règle donnée aux membres d'un groupe, cette règle ne sera pas considérée comme [une EPJ] ». Il s'ensuit que la règle ou la norme jugée raisonnablement nécessaire doit composer avec les différences individuelles dans la

the standard is not a BFOR in its existing form and the *prima facie* case of discrimination stands.

296 The approach in *Meiorin* has guided this Court's subsequent analyses in human rights cases and in our view it should be the guide in the federal transportation context. Human rights in respect of transportation of persons with disabilities are specifically provided for in the Act. Section 171 of the Act provides that the Agency and the Canadian Human Rights Commission are to coordinate their activities and foster complementary policies and practices in relation to the transportation of persons with disabilities. Both s. 5 and Part V of the Act, as discussed, identify the objective of removing "undue obstacles to the mobility of persons with disabilities" — a human rights objective. It follows that the transportation of persons with disabilities should be guided by human rights principles as established in *Meiorin*.

297 Having regard to these considerations, applying *Meiorin* in the federal transportation context, the Agency's adjudication of applications under s. 172 of the Act requires that the following analysis be conducted:

(1) The applicant must satisfy the Agency of the existence of a *prima facie* obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(2) The burden then shifts to the carrier to demonstrate, on a balance of probabilities, that the obstacle is not undue because:

(i) it is rationally connected to a legitimate objective;

(ii) the carrier has opted not to eliminate the obstacle based on an honest and good faith

mesure où cela ne cause aucune contrainte excessive. À moins qu'aucun accommodement ne soit possible sans imposer une contrainte excessive, la norme telle qu'elle existe n'est pas une EPJ, et la preuve *prima facie* de l'existence de discrimination n'est pas réfutée.

L'approche adoptée dans l'arrêt *Meiorin* a guidé les analyses subséquentes de notre Cour dans des affaires relatives aux droits de la personne et, à notre avis, elle devrait être utilisée dans le contexte des règles fédérales régissant le transport. La Loi prévoit expressément que les droits de la personne s'appliquent à l'égard du transport des personnes ayant une déficience. L'article 171 de la Loi précise que l'Office et la Commission canadienne des droits de la personne sont tenus de veiller à la coordination de leur action et de favoriser l'adoption de lignes de conduite complémentaires en matière de transport des personnes ayant une déficience. Comme nous l'avons vu, l'art. 5 et la partie V de la Loi font tous les deux état de l'objectif d'élimination des « obstacles abusifs à la circulation ou aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience », lequel relève des droits de la personne. Il s'ensuit que le transport des personnes ayant une déficience devrait être guidé par les principes en matière de droits de la personne établis dans l'arrêt *Meiorin*.

Si l'on tient compte de ces facteurs et que l'on applique l'arrêt *Meiorin* dans le contexte des règles fédérales régissant le transport, l'exercice par l'Office du pouvoir de statuer sur des demandes que lui confère l'art. 172 doit comporter les étapes suivantes :

(1) Le demandeur doit convaincre l'Office qu'il existe un obstacle *prima facie* aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

(2) Il appartient ensuite au transporteur de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que cet obstacle n'est pas abusif du fait

(i) qu'il est rationnellement lié à un objectif légitime,

(ii) qu'il a choisi de ne pas l'éliminer parce qu'il croyait sincèrement qu'il était

belief that it was necessary for the fulfilment of that legitimate objective; and,

(iii) not eliminating the obstacle is reasonably necessary for the accomplishment of that legitimate objective.

We will elaborate on the components of this test in the course of the analysis which follows in order to provide guidance to the Agency and reviewing courts on the correct approach in law to interpreting s. 172 of the Act.

E. *The Obstacle Analysis*

In the transportation context, the *prima facie* obstacle analysis must commence by assessing the alleged obstacle. For the Agency to conclude that an obstacle exists, it must be of more than minor significance to the mobility of persons with disabilities. Perfection is not the standard. The reference to "practicability" in the National Transportation Policy means that not every obstacle must be removed. Where the Agency finds that the alleged obstacle is not of sufficient significance, the analysis performed by the Agency is at an end, and the application should be dismissed.

F. *The Undueness Analysis*

Once the Agency determines that an obstacle is of sufficient significance, it must then determine if it constitutes an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

The first stage is to determine whether the obstacle exists owing to a rationally connected legitimate purpose. Section 5 of the Act declares that a number of objectives and purposes are associated with what is "essential to serve the transportation needs of . . . travellers, including persons with disabilities". These objectives or purposes are intimately tied to the Canadian transportation context and are specifically crafted by Parliament as goals to be achieved by a carrier. When there is evidence that a carrier has pursued one or more of

nécessaire pour réaliser cet objectif légitime, et

(iii) que l'omission d'éliminer l'obstacle est raisonnablement nécessaire pour réaliser cet objectif légitime.

Dans l'analyse qui suit, nous expliquerons davantage les éléments de ce critère afin de donner à l'Office et aux cours de révision des indications sur l'approche qui, sur le plan du droit, devrait être adoptée pour interpréter l'art. 172 de la Loi.

E. *L'analyse de l'obstacle*

298 Dans le contexte du transport, l'analyse de l'obstacle *prima facie* doit commencer par une évaluation de l'obstacle invoqué. Pour que l'Office conclue à l'existence d'un obstacle, celui-ci doit avoir plus qu'un impact mineur sur les possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. La perfection n'est pas la norme applicable. La présence de l'expression « dans la mesure du possible » dans la politique nationale des transports signifie qu'il n'est pas nécessaire que tout obstacle soit éliminé. Lorsque l'Office juge que l'obstacle invoqué n'a pas un impact suffisamment important, son analyse est terminée et il y a lieu de rejeter la demande.

F. *L'analyse du caractère abusif*

299 Lorsque l'Office estime qu'un obstacle a un impact suffisamment important, il doit alors décider s'il constitue un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

300 La première étape consiste à déterminer si l'existence de l'obstacle est rationnellement liée à un but légitime. Selon l'art. 5 de la Loi, un certain nombre d'objectifs et de buts sont liés à ce qui est « essentie[l] à la satisfaction des besoins des [. . .] voyageurs — y compris des personnes ayant une déficience — ». Ces objectifs ou buts sont intimement liés au contexte du transport au Canada et ont été expressément conçus par le législateur comme étant des résultats que les transporteurs doivent atteindre. Lorsqu'il est prouvé que le transporteur

the purposes in s. 5 of the Act, the Agency must consider them to be legitimate in its analysis. This, of course, does not preclude a carrier from advancing other objectives, or the Agency from deciding whether, in the context, such objectives constitute a legitimate purpose in a human rights analysis. Legitimate purposes contained in the National Transportation Policy that are relevant to rail passenger transportation include:

(a) safety objectives;

(b) efficiency objectives;

(c) the opportunity to compete;

(d) economic viability; and

(e) competitive fares.

In pursuing the goals of safety, efficiency, economic viability, or any other legitimate purpose, obstacles to the mobility of persons with disabilities may be created, knowingly or otherwise. However, as long as these obstacles exist owing to a rationally connected legitimate purpose, the first stage of the undueness analysis will be satisfied.

301 Several of the Policy's objectives involve economic considerations. With respect to the objective of economic viability, VIA is not economically viable because it requires subsidization. In such a situation, the objective of economic viability must be interpreted as a policy of minimizing, to the extent reasonably possible, reliance on government subsidies. Where revenues do not cover a carrier's expenses, assuming the carrier is being operated efficiently and is maximizing passenger revenue, costs it would have to incur to eliminate an obstacle must be recovered by reducing other expenses through cutbacks in services or from the taxpayer through increased subsidies. Therefore, the continuing existence of obstacles due to financial cost may be rationally connected to a legitimate purpose.

a cherché à atteindre un ou plusieurs des buts énoncés à l'art. 5 de la Loi, l'Office doit, dans son analyse, considérer que ces buts sont légitimes. Il va de soi que cela n'empêche pas un transporteur de poursuivre d'autres objectifs ni l'Office de décider si, en l'occurrence, ces objectifs constituent un but légitime dans le cadre d'une analyse des droits de la personne. Les buts légitimes qui sont énoncés dans la politique nationale des transports et qui s'appliquent au transport ferroviaire des voyageurs sont les suivants :

a) sécurité;

b) efficacité;

c) concurrence;

d) rentabilité;

e) prix concurrentiels.

Il se peut qu'en cherchant à atteindre les objectifs de sécurité, d'efficacité, de rentabilité ou tout autre objectif légitime, l'on crée, sciemment ou autrement, des obstacles aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Toutefois, du moment que ces obstacles sont rationnellement liés à un but légitime, la première étape de l'analyse du caractère abusif est franchie.

Plusieurs objectifs de la politique comportent des aspects économiques. En ce qui concerne l'objectif de rentabilité, VIA n'est pas rentable puisqu'elle doit être subventionnée. Dans un tel cas, il faut interpréter l'objectif de rentabilité comme une politique visant à limiter, autant qu'il est raisonnablement possible de le faire, le recours aux subventions gouvernementales. Pour le transporteur qui est géré efficacement et qui maximise les revenus voyageurs, mais qui ne dispose pas de revenus suffisants pour couvrir ses dépenses, les sommes requises pour éliminer un obstacle doivent être trouvées soit en réduisant les services, soit, auprès des contribuables, en obtenant des subventions gouvernementales plus importantes. Par conséquent, le maintien d'obstacles, en raison de leur coût financier, peut être rationnellement lié à un but légitime.

Once a carrier has established that the obstacle is rationally connected to a legitimate purpose, the Agency must, at the second stage, consider whether the continuing existence of the obstacle is based on an honest and good faith belief that it is necessary for that legitimate purpose.

Finally, the third stage of the undueness analysis involves an assessment of whether the carrier's refusal to eliminate obstacles is reasonably necessary to achieve the legitimate purpose relied upon. Whether the existence of an obstacle is reasonably necessary requires an objective assessment of: (a) reasonable alternatives made available by the carrier to persons with disabilities affected by the obstacle; and, (b) constraints that may prevent the removal of the obstacle in question.

Where there are reasonable alternatives made available by the carrier to persons with disabilities, then the third part of the undueness analysis will be satisfied and the obstacle will not be found to be undue. A reasonable alternative must respect the dignity of the person with disabilities. It may be a functional alternative, not necessarily an identical service, and the alternative need not be the same for all routes. There may be remedies to an obstacle found on an individual car that do not involve eliminating the obstacle, but rather provide an alternative which enables the obstacle to be circumvented. The search for reasonable alternatives will vary with the circumstances of individual obstacle assessments. It will be for the Agency to determine what may constitute a reasonable alternative in specific cases.

In the present case, VIA submitted evidence that reasonable alternatives existed through its "network" to accommodate persons with disabilities. VIA said that its network design "includes the reservation system, the alternative transportation policy, ground services, special handling services, train accommodation, employee training and special service requests". Indeed, as a defence that could be raised by a carrier, the Canadian Human

Dès qu'un transporteur a établi que l'obstacle est rationnellement lié à un but légitime, l'Office doit, dans un deuxième temps, examiner si le maintien de l'obstacle est dû à la croyance sincère qu'il est nécessaire pour réaliser ce but légitime. 302

Enfin, la troisième étape de l'analyse du caractère abusif consiste à vérifier si le refus du transporteur d'éliminer l'obstacle est raisonnablement nécessaire à la réalisation du but légitime invoqué. Pour répondre à la question de savoir si l'existence d'un obstacle est raisonnablement nécessaire, il faut apprécier objectivement a) les solutions de rechange raisonnables offertes par le transporteur aux personnes ayant une déficience qui sont touchées par l'obstacle, et b) les contraintes qui empêcheraient d'éliminer l'obstacle en question. 303

Si le transporteur a offert des solutions de rechange raisonnables aux personnes ayant une déficience, la troisième étape de l'analyse du caractère abusif est alors franchie et l'obstacle n'est pas jugé abusif. Pour être raisonnable, une solution de rechange doit respecter la dignité de la personne ayant une déficience. Il peut s'agir d'une solution pratique qui ne procure pas nécessairement un service identique, et il n'est pas nécessaire qu'elle soit la même sur tous les parcours. Un obstacle constaté dans une voiture peut faire l'objet d'une mesure corrective qui n'a pas pour effet de l'éliminer, mais qui permet plutôt de l'éviter. La recherche de solutions de rechange raisonnables variera en fonction des circonstances de chaque cas où un obstacle est relevé. Il appartiendra à l'Office de déterminer, dans chaque cas, ce qui peut constituer une solution de rechange raisonnable. 304

En l'espèce, VIA a soumis une preuve établissant que son « réseau » offrait des solutions de rechange raisonnables pour accommoder les personnes ayant une déficience. Elle a affirmé que son réseau [TRADUCTION] « comporte un système de réservations, une politique sur les transports spéciaux, des services au sol, des services de traitement spécial, l'hébergement à bord des trains, la formation des employés et des demandes de services spéciaux ». 305

Rights Commission took the position in its factum, at para. 25, that:

> . . . there is nothing inherently problematic with the suggestion that in some circumstances it will be appropriate . . . to look at the respondent's entire network before concluding that an obstacle is "undue".

306 We have referred to VIA's "network" because that is the term used in s. 5 of the Act. It has been used by the parties, the Agency and the Federal Court of Appeal. However, to avoid ambiguity, we would emphasize that an obstacle in the passenger equipment on one route is not circumvented by accessible equipment on another route. In other words, a reasonable alternative must be a relevant alternative for the passenger. Rail passengers may be travelling for business or pleasure. But practically, they intend to travel from an origin to a destination. When considering the mobility of persons with disabilities, it is the transportation of passengers between specific origins and destinations that is considered. For instance, undue obstacles on the service between Winnipeg and Saskatoon are not remedied by accessible travel between Ottawa and Toronto.

307 If there are no reasonable alternatives that enable persons with disabilities to circumvent an obstacle, then the Agency must continue with its analysis with respect to constraints that may stand in the way of removing the obstacle.

308 Where there are structural constraints that make it impossible to remedy the obstacle, then the third part of the undueness analysis will be satisfied and the obstacle will not be found to be undue. However, where modifications are possible from an engineering perspective, then the Agency must continue with its analysis into the other constraints associated with such accommodation.

309 In *VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency*, the Federal Court of

En fait, la Commission canadienne des droits de la personne a soutenu, au par. 25 de son mémoire, qu'un transporteur pourrait faire valoir en défense que

> [TRADUCTION] . . . l'idée voulant que, dans certaines circonstances, il convienne [. . .] d'examiner l'ensemble du réseau avant de conclure qu'un obstacle est « abusif » ne pose aucun problème en soi.

Nous avons mentionné le « réseau » de VIA parce que c'est le terme qui est utilisé à l'art. 5 de la Loi. Ce terme a aussi été utilisé par les parties, l'Office et la Cour d'appel fédérale. Cependant, afin d'éviter toute ambiguïté, nous tenons à souligner qu'un parcours ne présentant pas de problème d'accessibilité ne permet pas d'obvier à un obstacle constaté dans le matériel servant au transport de voyageurs sur un autre parcours. En d'autres termes, pour être raisonnable la solution de rechange doit être utile au voyageur. Il se peut que les passagers effectuent un voyage d'affaires ou un voyage d'agrément. Néanmoins, dans l'un et l'autre cas, ils comptent se rendre d'un point à un autre. Lorsqu'il est question des possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience, il faut considérer le transport des voyageurs entre deux points précis. Par exemple, l'accessibilité offerte sur le parcours Ottawa-Toronto ne remédie pas aux obstacles abusifs qui peuvent exister sur le parcours Winnipeg-Saskatoon.

S'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable qui permettrait aux personnes ayant une déficience d'éviter un obstacle, l'Office doit alors poursuivre son analyse des contraintes qui empêcheraient d'éliminer cet obstacle.

Si l'impossibilité de remédier à l'obstacle est attribuable à des contraintes structurales, la troisième étape de l'analyse du caractère abusif est alors franchie et l'obstacle n'est pas jugé abusif. Toutefois, s'il est possible, sur le plan technique, d'apporter des modifications, l'Office doit alors poursuivre son analyse des autres contraintes liées à ces mesures d'accommodement.

Dans l'arrêt *VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports*, la Cour d'appel fédérale

Appeal referred to factors that were relevant to accommodating persons with disabilities requiring the assistance of an escort, e.g., availability of personnel, time required for providing assistance and ability to contract occasional workers. The factors will be dependent on the circumstances of each case. However, almost any accommodation can be evaluated in terms of cost, such as that associated with personnel or modifications to equipment. Consequently, in almost every case, the remaining constraint to the removal of an obstacle will be the cost involved. At this stage, the Agency must engage in balancing the significance of the obstacle with the cost involved in removing the obstacle. Where the cost of removing the obstacle is disproportionate to the significance of the obstacle to the mobility of persons with disabilities, then the third part of the undueness analysis will be satisfied and the obstacle will not be found to be undue.

s'est reportée à un certain nombre de facteurs à considérer pour accommoder les personnes ayant une déficience qui ont besoin d'un accompagnateur, par exemple, la disponibilité du personnel, le temps requis pour prêter assistance et la capacité de retenir les services d'employés occasionnels. Les facteurs dépendent des circonstances de chaque cas. Toutefois, presque toutes les mesures d'accommodement peuvent être évaluées du point de vue de leur coût, tel celui lié au personnel ou à la modification du matériel. Par conséquent, dans pratiquement tous les cas, l'ultime contrainte qui empêche d'éliminer l'obstacle est le coût de cette mesure. À ce stade, l'Office doit soupeser l'importance de l'obstacle en fonction du coût à supporter pour l'éliminer. Lorsque ce coût est disproportionné par rapport à l'incidence de l'obstacle sur les possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience, la troisième étape de l'analyse du caractère abusif est alors franchie et l'obstacle n'est pas jugé abusif.

The consideration of cost in human rights case law is well established. In *Meiorin*, McLachlin J. stated at para. 63 that the financial cost of the method of accommodation is a relevant factor. In *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 520-21, "financial cost" is the first factor to which Wilson J. refers as being relevant to undue hardship. Similarly, in *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 546, Cory J. observed: "What may be eminently reasonable in prosperous times may impose an unreasonable financial burden on an employer in times of economic restraint or recession." Therefore, the cost required to remedy an obstacle must be considered by the Agency before it orders that the obstacle be removed.

310 Il est bien établi dans la jurisprudence en matière de droits de la personne que le coût est un facteur qui doit être pris en considération. Dans l'arrêt *Meiorin*, par. 63, la juge McLachlin a affirmé que le coût de la méthode d'accommodement est un facteur pertinent. Dans l'arrêt *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 520-521, le « coût financier » est le premier facteur que la juge Wilson qualifie de pertinent en matière de contrainte excessive. De même, dans l'arrêt *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, le juge Cory a fait la remarque suivante, à la p. 546 : « Ce qui peut être parfaitement raisonnable en période de prospérité est susceptible d'imposer à un employeur un fardeau financier déraisonnable en période de restrictions budgétaires ou de récession. » Avant d'ordonner l'élimination d'un obstacle, l'Office doit donc tenir compte du coût de cette mesure.

The scope of the Agency's inquiry into cost will necessarily vary with the nature of the application. Cases under s. 172 have ranged from those involving a single obstacle to the present case in which 46 obstacles were alleged by CCD. The Agency's

311 La portée de l'examen du coût par l'Office variera nécessairement en fonction de la nature de la demande. Les demandes fondées sur l'art. 172 vont d'affaires où il est question d'un seul obstacle, jusqu'à des affaires, comme celle qui nous

approach in each case must be tailored to meet the circumstances. In a case in which many obstacles are alleged, the difficulty of the Agency's work is compounded. Where a number of obstacles are involved, the Agency will have to consider the overall cost associated with their elimination and the impact on the carrier if such cost is imposed. Not only will the Agency be required to consider the global cost, but it must also consider whether the elimination of some obstacles may be justified in relation to the cost involved while the elimination of others may not.

312 Where an applicant seeks recourse to the Agency to order the removal of an obstacle, the burden of funding the required modifications by the carrier, especially a subsidized carrier, may result in a finding that in all the circumstances, the obstacle cannot be said to be undue. This is not to say that the obstacle may not be a serious matter for persons with disabilities. However, if there is to be recourse in such a case, it involves a policy decision that lies with the Government and is not within the adjudicative role of the Agency.

313 In summary, we can say that the human rights principles that apply in the federal transportation context are essentially the same as those applicable in other human rights cases.

G. *Analysis of the Agency's Decisions*

314 Two questions must be dealt with: the correctness of the Agency's assertion of jurisdiction, and its determination of the applicable human rights law principles in the federal transportation context.

(1) Jurisdictional Questions

315 CCD argued that VIA had improperly raised jurisdictional issues before this Court, because the

intéresse, où le CCD allègue l'existence de 46 obstacles. Dans chaque cas, l'Office doit adapter sa façon de procéder de manière à tenir compte des circonstances de l'affaire. Dans un cas où on allègue l'existence de nombreux obstacles, la tâche de l'Office se complique davantage. En effet, lorsque plusieurs obstacles sont invoqués, l'Office doit tenir compte du coût global de leur élimination et des répercussions que ce coût pourra avoir sur le transporteur. L'Office doit non seulement tenir compte du coût global, mais encore se demander si, au regard du coût pertinent dans chaque cas, l'élimination de certains obstacles est justifiable, alors que l'élimination d'autres obstacles ne l'est pas.

Lorsqu'un demandeur s'adresse à l'Office pour qu'il ordonne l'élimination d'un obstacle, la lourdeur des coûts de financement des modifications requises pour le transporteur, surtout s'il s'agit d'un transporteur subventionné, peut amener à conclure que, eu égard aux circonstances, l'obstacle ne saurait être qualifié d'abusif. Cela ne veut pas nécessairement dire que l'obstacle ne constitue pas un problème sérieux pour les personnes ayant une déficience. Toutefois, si une solution doit être apportée dans un tel cas, elle relève d'une décision de politique générale du gouvernement et non de la fonction juridictionnelle de l'Office.

Bref, nous pouvons affirmer que les principes en matière de droits de la personne qui s'appliquent dans le contexte des systèmes de transport de régime fédéral sont essentiellement les mêmes que ceux qui s'appliquent dans d'autres affaires relatives aux droits de la personne.

G. *Analyse des décisions de l'Office*

Deux questions doivent être examinées : la justesse de la décision de l'Office concluant à sa compétence et sa décision concernant les principes applicables en matière de droits de la personne dans le contexte des règles fédérales régissant le transport.

(1) Questions touchant la compétence

Le CCD a prétendu que VIA avait eu tort de soulever des questions de compétence devant

Federal Court of Appeal found that the Agency did have jurisdiction, and VIA failed to cross-appeal. Rule 29(3) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, provides that a respondent who seeks to uphold the judgment appealed from on a ground not relied on in the reasons for that judgment, may do so in its factum without applying for leave to cross-appeal. Citing *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, CCD argued that Rule 29(3) did not apply in this case because VIA, in its jurisdictional argument, was not simply asking the Court to uphold the Federal Court of Appeal's judgment which remitted the matter to the Agency for redetermination. Rather, VIA was asking this Court to order that the CCD application be definitely dismissed. We do not find it necessary to decide on the application of Rule 29(3) because we find that the Agency did not exceed its jurisdiction.

notre Cour, parce que la Cour d'appel fédérale a conclu que l'Office avait effectivement compétence et que VIA n'a pas formé de pourvoi incident. Le paragraphe 29(3) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, prévoit que l'intimé qui cherche à faire confirmer le jugement de la juridiction inférieure pour des motifs différents de ceux invoqués dans ce jugement peut, sans déposer de demande d'appel incident, le faire dans son mémoire d'appel. Citant l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, le CCD a soutenu que le par. 29(3) des Règles ne s'appliquait pas en l'espèce pour le motif que, dans son argumentation relative à la compétence, VIA n'a pas demandé simplement à la Cour de confirmer le jugement de la Cour d'appel fédérale renvoyant l'affaire à l'Office pour qu'il rende une nouvelle décision, mais a plutôt demandé à notre Cour d'ordonner que la demande du CCD soit rejetée définitivement. Nous ne jugeons pas nécessaire de nous prononcer sur l'application du par. 29(3) des Règles, étant donné notre conclusion selon laquelle l'Office n'a pas outrepassé sa compétence.

(a) *Must an Applicant Have Actually Encountered an Undue Obstacle?*

a) *Un demandeur doit-il s'être réellement heurté à un obstacle abusif?*

There has been much debate in these proceedings over whether the Agency has jurisdiction where an applicant has not "actually encountered" an alleged undue obstacle.

316 La question de savoir si l'Office a compétence dans le cas où un demandeur ne s'est pas « réellement heurté » à un obstacle abusif a été discutée longuement aux cours des procédures.

The language of s. 172(1) of the Act indicates that Parliament intended the Agency to have jurisdiction where an "application" is made to it, and its inquiry is to be directed to "determine whether there is an undue obstacle". There is nothing to prevent the Agency from initiating an inquiry based on an application from a public interest group such as CCD and no indication that an applicant need have actually encountered an obstacle, as long as the alleged obstacle exists. In this case the Renaissance rail cars had already been acquired by VIA and the inquiry into alleged obstacles in those cars was not beyond the jurisdiction of the Agency.

317 Le texte du par. 172(1) de la Loi indique que le législateur a voulu que l'Office ait compétence lorsqu'une « demande » lui est présentée et que son enquête vise à « déterminer s'il existe un obstacle abusif ». Pourvu que l'obstacle invoqué existe, rien n'empêche l'Office de tenir une enquête lorsqu'un groupe de défense de l'intérêt public, comme le CCD, lui présente une demande et que rien n'indique qu'un demandeur s'est réellement heurté à un obstacle. En l'espèce, VIA avait déjà fait l'acquisition des voitures Renaissance, et l'enquête sur les prétendus obstacles que comportaient ces voitures n'excédait pas la compétence de l'Office.

(b) *Does the Agency Lose Jurisdiction When Its Inquiry Extends Past the 120-Day Deadline in Section 29 of the Act?*

318 The breadth of the Agency's inquiry in this case was exceptionally broad. Sexton J.A. noted that the language of s. 172 gives the Agency authority to inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under s. 170(1), which includes the design, construction and modification of rail cars. The question is whether the type of inquiry required in this case fits within the Agency's jurisdiction under s. 172.

319 Under s. 29 of the Act, adjudicative decisions are to be made "as expeditiously as possible" and within 120 days unless the parties consent to an extension. Therefore, VIA argued that the Agency was without jurisdiction under s. 172 to embark upon a lengthy inquiry such as this.

320 Given the requirement in s. 29(1) to make adjudicative rulings within 120 days, Parliament appears to have intended that adjudicative proceedings be more limited than when the Agency engages in a general regulatory function under s. 170. Nonetheless, there is no express limitation on the scope or nature of an adjudicative inquiry.

321 In *Canadian National Railway Co. v. Ferroequus Railway Co.*, [2002] F.C.J. No. 762 (QL), 2002 FCA 193, Décary J.A. found that the 120-day deadline in s. 29(1) was directory and not mandatory. We adopt his reasoning and agree that s. 29(1) is directory when applied to proceedings under s. 172 of the Act. Where a relatively limited adjudicative investigation is being conducted by the Agency, the Agency will gear its process towards rendering a decision within 120 days. On the other hand, where an adjudicative proceeding is broad in scope and has far-reaching implications, the Agency will have to adjust its process to take account of these conditions. The 120-day period in s. 29 does not preclude it from doing so or cause the Agency to

b) *L'Office perd-il compétence lorsque son enquête dure plus que les 120 jours prévus à l'art. 29 de la Loi?*

L'enquête menée par l'Office en l'espèce avait une portée exceptionnellement vaste. Le juge Sexton a souligné que le texte de l'art. 172 habilite l'Office à enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au par. 170(1), notamment la conception, la construction et la modification des voitures de chemin de fer. Il faut se demander si le genre d'enquête que nécessite la présente affaire relève de la compétence que l'art. 172 confère à l'Office.

Suivant l'art. 29 de la Loi, les décisions de nature juridictionnelle doivent être rendues « avec toute la diligence possible » dans un délai de 120 jours, à moins que les parties ne consentent à une prolongation de ce délai. C'est pourquoi VIA a prétendu que l'Office n'avait pas compétence en vertu de l'art. 172 pour entreprendre une enquête aussi longue.

Compte tenu de l'exigence, au par. 29(1), que les décisions de nature juridictionnelle soient rendues dans un délai de 120 jours, le législateur paraît avoir voulu que les procédures de cette nature soient plus limitées que lorsque l'Office exerce la fonction de réglementation générale prévue à l'art. 170. Néanmoins, rien ne limite expressément la portée ou la nature d'une enquête de nature juridictionnelle.

Dans l'arrêt *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Ferroequus Railway Co.*, [2002] A.C.F. nº 762 (QL), 2002 CAF 193, le juge Décary a conclu que le délai de 120 jours prévu au par. 29(1) était de nature directive et non impérative. Nous souscrivons à ce raisonnement et sommes d'accord pour dire que le par. 29(1) a un caractère directif lorsqu'il s'applique aux procédures prévues à l'art. 172 de la Loi. Lorsque l'Office effectue une enquête juridictionnelle relativement limitée, il s'organise pour rendre une décision dans un délai de 120 jours. Par contre, lorsque des procédures juridictionnelles ont une large portée et sont lourdes de conséquences, l'Office doit procéder de manière à tenir compte de cette situation. Le délai

lose jurisdiction if the 120-day period is exceeded. Although the inquiry in this case was extensive, it was not beyond the jurisdiction of the Agency under s. 172.

(c) *Regulatory Burden*

VIA argues that the "onerous regulatory burden" imposed upon it in this case demonstrates that the Agency's adjudicative jurisdiction under s. 172 was not intended to apply where the impacts on a carrier would be broad and far-reaching. Rather, when such impacts are involved, it is the Agency's regulatory power under s. 170 that is applicable.

The Agency's exercise of its regulatory power is subject to more stringent oversight than that of its adjudicative power. Under s. 36 of the Act, Governor in Council's oversight of regulations made by the Agency under s. 170 is mandatory. By contrast, under s. 40 of the Act, the Governor in Council may on petition or of its own motion vary or rescind any decision or order made by the Agency under s. 172. Here the oversight by the Governor in Council is discretionary. The rationale for mandatory oversight of regulations developed by the Agency under s. 170 would appear to be that regulations are legislative in nature and of general application. Adjudicative decisions of the Agency, including those under s. 172, will depend on the circumstances of a specific case.

We are mindful that the National Transportation Policy is to minimize the economic regulation of transportation undertakings. Nevertheless, the text of the Act governs and, in the case of Part V, the Agency is given broad and pervasive jurisdiction. It may not have been Parliament's expectation that broad inquiries would be conducted under s. 172, but the words used do not preclude such adjudications. There are no words that suggest that adjudications, once they reach a certain magnitude, are

de 120 jours prévu à l'art. 29 n'empêche pas l'Office d'agir ainsi et ne lui fait pas perdre compétence s'il l'excède. Bien que l'enquête menée en l'espèce ait été vaste, elle n'a pas outrepassé la compétence que l'art. 172 confère à l'Office.

c) *Fardeau de réglementation*

322 Selon VIA, le [TRADUCTION] « lourd fardeau de réglementation » qui lui est imposé en l'espèce démontre que la compétence juridictionnelle conférée à l'Office par l'art. 172 n'est pas censée s'appliquer dans les cas où les répercussions sur un transporteur sont importantes et profondes. Lorsque de telles répercussions sont en cause, c'est plutôt le pouvoir de réglementation que l'art. 170 confère à l'Office qui s'applique.

323 L'exercice par l'Office de son pouvoir de réglementation fait l'objet d'une supervision plus rigoureuse que l'exercice de son pouvoir juridictionnel. Suivant l'art. 36 de la Loi, le gouverneur en conseil doit superviser les règlements que l'Office prend en vertu de l'art. 170. Par contre, aux termes de l'art. 40 de la Loi, le gouverneur en conseil peut, soit de sa propre initiative, soit à la suite d'une requête en ce sens, modifier ou annuler les décisions ou arrêtés pris par l'Office en vertu de l'art. 172. Dans de tels cas, la supervision du gouverneur en conseil est discrétionnaire. La supervision obligatoire des règlements pris par l'Office en application de l'art. 170 semble découler du fait que les règlements sont de nature législative et d'application générale. Les décisions de nature juridictionnelle de l'Office, y compris celles prises en vertu de l'art. 172, sont fonction des circonstances particulières d'une affaire.

324 Nous sommes conscients du fait que la politique nationale des transports vise à réduire au minimum la réglementation économique des entreprises de transport. Néanmoins, le texte de la Loi s'applique et, dans le cas de la partie V, il confère à l'Office une large compétence générale. Le législateur ne s'attendait peut-être pas à ce que de vastes enquêtes soient menées en vertu de l'art. 172, mais les mots utilisés ne font pas obstacle à la prise de telles mesures juridictionnelles. Aucun terme n'indique

beyond the Agency's jurisdiction under s. 172, even though they impose a significant burden on the carrier.

(d) *Can the Agency Conduct a Review and Overhaul of a Carrier's Entire Infrastructure and System of Services?*

325 VIA also argues that the Agency's adjudicative jurisdiction under s. 172 cannot extend to a review and overhaul of a carrier's entire infrastructure and system of services. We would agree, but that is not what happened here. CCD's request to the Agency that it enjoin VIA from acquiring the Renaissance cars had been dismissed at an early stage. The decision to acquire the Renaissance cars, no matter their advantages or disadvantages, is not under review. Moreover, unfocussed applications under s. 172 cannot be entertained. However, the CCD application here, while it was certainly broad, alleged specific obstacles in the Renaissance cars. Section 172 is engaged once an application alleging specific and existing undue obstacles is filed with the Agency.

(e) *Other Jurisdictional Arguments*

326 In arguing that the Agency exceeded its jurisdiction, VIA made some arguments which we find are more properly considered as questions of law. For example, in its jurisdictional argument, VIA alleged that the Agency elevated the Rail Code's voluntary terms to *de facto* mandatory statutory requirements. In doing so, VIA maintained that the Agency improperly evaded Cabinet approval of the Agency's regulation-making power. We find that the issue of the Agency's use of the Rail Code is not a jurisdictional issue but rather a legal question. Similarly, VIA argued that the Agency was without jurisdiction because it had found obstacles to be undue without knowing the cost of remedying the

que, dès qu'elles prennent une certaine ampleur, certaines mesures juridictionnelles outrepassent la compétence que l'art. 172 confère à l'Office même si elles imposent un fardeau considérable au transporteur visé.

d) *L'Office peut-il procéder à un examen et à une réorganisation de l'ensemble de l'infrastructure et des services d'un transporteur?*

VIA soutient également que la compétence juridictionnelle conférée à l'Office par l'art. 172 ne peut s'étendre à l'examen et à la réorganisation de l'ensemble de l'infrastructure et des services d'un transporteur. Nous serions de cet avis, mais ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce. La demande que le CCD avait présentée à l'Office pour qu'il interdise à VIA d'acheter les voitures Renaissance avait été rejetée très tôt. La décision d'acheter les voitures Renaissance, quels que soient les avantages ou les inconvénients de ces voitures, n'est pas remise en question. De plus, les demandes imprécises fondées sur l'art. 172 ne peuvent pas être examinées. Toutefois, bien qu'elle ait eu une vaste portée, la demande présentée par le CCD en l'espèce comporte des allégations d'obstacles précis dans les voitures Renaissance. L'article 172 s'applique dès qu'une demande contenant des allégations d'obstacles abusifs précis et existants est déposée auprès de l'Office.

e) *Autres arguments relatifs à la compétence*

En faisant valoir que l'Office a outrepassé sa compétence, VIA a avancé des arguments qui, selon nous, participent davantage de questions de droit. Par exemple, dans son argumentation relative à la compétence, VIA soutient que l'Office a érigé, *de facto*, les dispositions d'application facultative du code ferroviaire en des exigences légales impératives. VIA a soutenu qu'en agissant ainsi l'Office avait irrégulièrement soustrait son pouvoir de réglementation à l'agrément du Cabinet. Nous croyons que la question de l'utilisation du code ferroviaire par l'Office constitue non pas une question de compétence, mais plutôt une question de droit. De même, VIA a fait valoir que l'Office n'avait pas

obstacles (cost being an element of undueness). The Agency's consideration of economic constraints goes to whether the Agency adhered to the applicable human rights principles in the transportation context. These questions will be dealt with as questions of law.

(2) Review of the Agency's Determination of the Human Rights Principles Applicable in the Federal Transportation Context

The outcome of the appeal turns on whether the Agency erred in law with respect to the test for determining the undueness of an obstacle. As mentioned earlier, the question at issue comes for the first time before this Court and consequently, the proper test has not yet been settled. We find that the Agency erred in law. It did not determine the correct principles and did not take into account the relevant considerations on material elements of the analysis.

The Agency recognized that it is subject to the *Charter* (Preliminary Decision, at p. 16). It specifically mentioned that it is directed to apply economic and commercial principles in the execution of its mandate and, particularly, that the notion of practicability has to be taken into account when considering whether the needs of persons with disabilities have been accommodated. Despite its elaboration of some of the principles in the abstract, the analysis conducted by the Agency reveals that most of the applicable principles were excluded from its reasoning.

The fact that the allegations in this case did not rest on obstacles actually encountered by persons with disabilities, and that the alleged obstacles were numerous, made the factual inquiry highly complex. The Agency elected to use predetermined fixed criteria when determining the existence of obstacles. For example, the Agency stated the

compétence parce qu'il avait conclu au caractère abusif de certains obstacles sans connaître le coût requis pour remédier à ces obstacles (le coût constituant un aspect du caractère abusif). La question de la prise en compte par l'Office de considérations pécuniaires nous amène à nous demander s'il s'est conformé aux principes applicables en matière de droits de la personne dans le contexte du transport. Ces questions seront examinées en tant que questions de droit.

(2) Examen de la décision de l'Office concernant les principes applicables en matière de droits de la personne dans le contexte des règles fédérales régissant le transport

327 L'issue du pourvoi dépend de la question de savoir si l'Office a commis une erreur de droit en ce qui concerne le critère applicable pour déterminer le caractère abusif d'un obstacle. Comme nous l'avons vu, c'est la première fois que notre Cour est appelée à se prononcer sur cette question, de sorte que le critère applicable n'a pas encore été établi. Nous concluons que l'Office a commis une erreur de droit. Il n'a pas dégagé les bons principes et n'a pas tenu compte des facteurs pertinents dans des aspects importants de l'analyse.

328 L'Office a reconnu qu'il est assujetti à la *Charte* (décision préliminaire, p. 17). Il a mentionné expressément qu'il est chargé d'appliquer des principes économiques et commerciaux dans l'exercice de son mandat et, en particulier, que la notion de « la mesure du possible » doit être prise en considération pour décider si l'on a satisfait aux besoins des personnes ayant une déficience. Bien que l'Office ait traité de certains principes dans l'abstrait, son analyse révèle que la plupart des principes applicables ont été exclus de son raisonnement.

329 En l'espèce, l'enquête sur les faits s'est révélée fort complexe du fait que les obstacles dont on alléguait l'existence étaient nombreux et ne constituaient pas des obstacles auxquels s'étaient réellement heurtées des personnes ayant une déficience. Pour décider s'il y avait des obstacles, l'Office a choisi d'appliquer des critères fixes prédéterminés.

criterion for accessibility of persons with disabilities was that an on-board wheelchair (as opposed to the individual's own wheelchair) "should only be provided as an option to those who can and wish to use it" (Preliminary Decision, at p. 19). Even if the use of predetermined fixed criteria was initially acceptable, the Agency should have been careful to leave itself room to re-evaluate the criteria in its undueness analysis to ensure that these predetermined measurements did not overtake the broader contextual inquiry that is required. Instead, at this latter stage, the Agency adhered to the predetermined fixed criteria that it had initially established.

(a) *Prima Facie Obstacle*

330 The Agency appears to have taken a broad view of the term "obstacle". This view is consistent with the generous approach to be taken at the initial stage of a human rights application. However, as discussed in the section concerning the determination of the applicable principles, an alleged obstacle of insufficient significance will not be considered an obstacle. Although the Agency did not formally use the expression "sufficient significance", it appears to have applied such a nuanced standard in some instances. Five of the obstacles alleged by CCD were found not to be obstacles warranting consideration at the undueness stage. Since the correctness of the legal standard is at issue rather than the factual determination, it is not our intention to examine the findings of the Agency on individual alleged obstacles.

331 The undueness analysis is the stage where the problems arose in this case and it is not necessary to dwell further on the obstacle analysis.

(b) *Undueness Analysis*

332 Although the Agency's view of the undueness analysis captures some of the elements of the *Meiorin* framework, it overlooks material

Par exemple, l'Office a affirmé que le critère d'accessibilité des personnes ayant une déficience veut qu'un fauteuil roulant de bord (par opposition au fauteuil roulant personnel) « ne [soit] fourni qu'à titre facultatif aux personnes qui peuvent et désirent l'utiliser » (décision préliminaire, p. 21). Même si, au départ, l'application de critères fixes prédéterminés était acceptable, il aurait été prudent que l'Office se permette de réévaluer les critères sur lesquels il entendait fonder son analyse du caractère abusif, afin d'éviter que ces mesures prédéterminées occultent l'enquête contextuelle plus large qui est requise. L'Office s'en est plutôt tenu, à cette dernière étape, aux critères fixes prédéterminés qu'il avait établis au départ.

a) *Obstacle prima facie*

L'Office paraît avoir interprété largement le terme « obstacle ». Cette interprétation est compatible avec l'approche libérale qui doit être adoptée à la première étape d'une demande relative aux droits de la personne. Toutefois, comme nous l'avons vu dans la partie concernant la détermination des principes applicables, s'il n'a pas un impact suffisamment important, l'obstacle invoqué ne sera pas considéré comme un obstacle. Bien que l'Office n'ait pas formellement employé l'expression « impact suffisamment important », il paraît avoir appliqué cette norme nuancée dans certains cas. L'Office a conclu que cinq des obstacles invoqués par le CCD ne méritaient pas d'être examinés à l'étape de l'analyse du caractère abusif. Puisque c'est la justesse de la norme juridique qui est en cause, et non la détermination des faits, nous n'entendons pas examiner les conclusions de l'Office relatives à chacun des obstacles invoqués.

Comme c'est à l'étape de l'analyse du caractère abusif que les problèmes ont surgi en l'espèce, il n'est pas nécessaire de s'attarder davantage à l'analyse des obstacles.

b) *Analyse du caractère abusif*

Bien que le point de vue adopté par l'Office à l'égard de l'analyse du caractère abusif emprunte des éléments du cadre d'analyse établi dans l'arrêt

segments, namely the identification of the objective, the rational connection between the obstacle and the objective, the honest and good faith belief of the carrier, the assessment of reasonable alternatives and, finally, the balancing of the significance of the obstacle with the economic impact of the corrective measures, having regard to the objective pursued by the carrier.

In order to explain the errors, we review the Agency's decision against the applicable principles.

(i) First Stage: Identifying the Legitimate Objective and the Rational Connection

At the first stage of the analysis, the Agency must assess whether the obstacle is related to a legitimate purpose.

What the Agency had to determine in this case is the goal that VIA was pursuing and whether its resistance to improving the accessibility of the Renaissance cars to persons with disabilities was rationally connected to its objective.

The Agency explicitly noted VIA's position that (1) it required "the Renaissance Cars to augment its existing rolling stock and to meet its obligations to provide an efficient, viable and effective passenger rail network"; and (2) that "the Renaissance Cars were within the capital budget . . . only because they were so advantageously purchased and retrofitted. VIA did not have sufficient money to meet its needs for 124 new cars from conventional purchases in North America" (Preliminary Decision, at p. 32).

VIA led evidence that it would have taken four years and some $400 million to acquire newly designed cars. The subsidy allocated for purchase of the rail cars was only $130 million. The Standing Committee report that VIA's network needed to be improved at the same time as it was found that VIA lost money "every time a train leaves the station" (p. 4) was evidence of the goals VIA was pursuing

Meiorin, il en laisse certains aspects importants de côté, à savoir l'identification de l'objectif, le lien rationnel entre l'obstacle et l'objectif, la croyance sincère du transporteur, la détermination de solutions de rechange raisonnables et, enfin, l'évaluation de l'importance de l'obstacle en fonction de l'incidence économique des mesures correctives, compte tenu de l'objectif visé par le transporteur.

333 Pour expliquer les erreurs qui ont été commises, nous allons examiner la décision de l'Office à la lumière des principes applicables.

(i) Première étape : identification de l'objectif légitime et du lien rationnel

334 À la première étape de l'analyse, l'Office doit déterminer si l'obstacle est lié à un but légitime.

335 En l'espèce, l'Office devait déterminer quel était l'objectif visé par VIA et si la réticence de celle-ci à améliorer l'accessibilité des voitures Renaissance aux personnes ayant une déficience était rationnellement liée à cet objectif.

336 L'Office a expressément souligné le point de vue de VIA selon lequel (1) elle avait besoin « des voitures Renaissance pour compléter son parc ferroviaire existant et satisfaire à ses obligations de fournir un réseau de transport ferroviaire de voyageurs qui soit efficient, rentable et efficace », et (2) « les voitures Renaissance ne figurent au budget d'immobilisations [. . .] que parce qu'elles ont pu être achetées et réaménagées de façon aussi avantageuse. VIA n'avait pas suffisamment d'argent pour satisfaire ses besoins de 124 nouvelles voitures en procédant par des achats conventionnels en Amérique du Nord » (décision préliminaire, p. 35).

337 VIA a produit des éléments de preuve indiquant qu'il lui aurait fallu quatre ans et quelque 400 millions de dollars pour acheter des voitures de conception nouvelle. La subvention accordée pour l'achat des voitures n'était que de 130 millions de dollars. Le fait que le comité permanent mentionne, dans son rapport, la nécessité d'améliorer le réseau de VIA, tout en concluant que la société perd

in purchasing the Renaissance cars. Efficiency and economic viability are objectives of the National Transportation Policy under s. 5 of the Act and must be considered to be legitimate. Operating within the subsidy allocated to VIA by the Government is consistent with those objectives. Nonetheless, the Agency does not acknowledge that it was required to identify the goals pursued by VIA in purchasing the cars; nor did it make a finding of whether it accepted VIA's argument and evidence that the acquisition of the cars was rationally connected to a legitimate purpose.

338 The majority of our colleagues do not engage in an analysis of whether the Agency considered VIA's purpose. In our view, this sidestepping of an important aspect of the *Meiorin* approach can have a broad impact in other human rights cases. The stage of the identification of legitimate purposes and whether the continued existence of obstacles is rationally connected to that purpose may appear perfunctory. However, it remains an indispensable stage of the undueness analysis. Only when the goals are clarified is it possible to assess the rational connection and, at later stages of the analysis, to evaluate the carrier's good faith belief and to conduct the appropriate balancing exercise. The goals pursued by VIA were the source from which the rest of the undueness analysis flowed. The Agency's error of law began at the first stage of the undueness analysis.

(ii) Second Stage: Honest and Good Faith Belief of Carrier

339 The Agency, not having identified the goals pursued by VIA, did not examine whether VIA acted in good faith in doing so. It is not for this Court to conduct an evaluation of the evidence. However, here again, it is worth noting that there was evidence on the subject of good faith belief.

de l'argent « chaque fois qu'un train [. . .] quitte la gare » (p. 4), constitue une preuve des objectifs que VIA visait en achetant les voitures Renaissance. L'efficacité et la rentabilité sont des objectifs de la politique nationale des transports, qui est énoncée à l'art. 5 de la Loi, et ces objectifs doivent être considérés comme légitimes. La décision de VIA d'engager des sommes ne dépassant pas la subvention accordée par le gouvernement est compatible avec ces objectifs. Néanmoins, l'Office n'indique pas qu'il était tenu d'identifier les objectifs que VIA visait en achetant les voitures et il n'a pas non plus précisé dans une conclusion s'il retenait l'argumentation et la preuve de VIA selon lesquelles l'achat des voitures était rationnellement lié à un objectif légitime.

Nos collègues les juges majoritaires ne se demandent pas si l'Office a tenu compte de l'objectif de VIA. Nous estimons que cette façon d'esquiver un aspect important de la méthode de l'arrêt *Meiorin* risque d'avoir une incidence considérable dans d'autres affaires relatives aux droits de la personne. L'étape qui consiste à identifier les objectifs légitimes et à déterminer si le maintien des obstacles a un lien rationnel avec ces objectifs peut paraître superfétatoire, mais elle demeure une étape indispensable de l'analyse du caractère abusif. Ce n'est qu'une fois les objectifs précisés qu'il est possible d'apprécier le lien rationnel et, à des étapes ultérieures de l'analyse, de mesurer la croyance sincère du transporteur et de procéder à la mise en balance appropriée des intérêts en jeu. Les objectifs visés par VIA constituaient les assises essentielles du reste de l'analyse du caractère abusif. L'erreur de droit de l'Office a été commise dès la première étape de l'analyse du caractère abusif.

(ii) Deuxième étape : croyance sincère du transporteur

N'ayant pas établi quels étaient les objectifs poursuivis par VIA, l'Office ne s'est pas demandé si VIA avait agi de bonne foi en cherchant à les réaliser. Il n'appartient pas à notre Cour de procéder à une appréciation de la preuve. Mais là encore, il importe de souligner qu'il existait une preuve relativement à la croyance sincère.

For example, VIA appears to have made a presentation to the Agency of an overview of its business and strategic case for the cars preceding their physical inspection on September 20, 2001. Further, as referred to above, VIA submitted evidence of its Accessibility Program and the steps it was taking to eliminate certain obstacles. The Agency, not having identified the good faith belief element of the undueness analysis, did not assess this evidence. The error of law of the Agency at the first stage of the undueness analysis was compounded at the second stage when it failed to identify and assess the motives pursued by VIA.

Par exemple, VIA semble avoir exposé à l'Office les grandes lignes de son analyse stratégique de rentabilisation des voitures avant leur inspection du 20 septembre 2001. De plus, comme nous l'avons déjà mentionné, VIA a produit des éléments de preuve concernant son programme d'accessibilité et les mesures qu'elle prenait en vue d'éliminer certains obstacles. Comme il ne s'est pas interrogé sur la croyance sincère lors de l'analyse du caractère abusif, l'Office n'a pas apprécié ces éléments de preuve. L'erreur de droit commise par l'Office à la première étape de l'analyse du caractère abusif s'est aggravée à la deuxième étape lorsqu'il a omis de dégager et d'apprécier les raisons de la conduite de VIA. 340

(iii) Third Stage: Reasonably Necessary to Accomplish Purpose

At the third stage, the Agency was required to consider whether the failure to eliminate obstacles was reasonably necessary in view of legitimate objectives being pursued by VIA. This entailed an analysis of reasonable alternatives and, if necessary, of constraints to eliminating the alleged undue obstacles.

(iii) Troisième étape : raisonnablement nécessaire à la réalisation du but visé

À la troisième étape, l'Office devait se demander si le défaut d'éliminer des obstacles était raisonnablement nécessaire compte tenu des objectifs légitimes visés par VIA. Pour ce faire, il devait effectuer une analyse des solutions de rechange raisonnables et, au besoin, des contraintes liées à l'élimination des obstacles abusifs invoqués. 341

1. *Reasonable Alternatives*

The Agency made an important statement in outlining the relevant principles of accessibility:

> Insofar as transportation service providers are aware of the needs of persons with disabilities and are prepared to accommodate those needs, it can be said that persons with disabilities may have equivalent access to the network. Implicit in the use of the term "equivalent access" is the notion that, in order to provide equal access to persons with disabilities, transportation service providers may have to provide different access — more or different services, different facilities or features, all designed to meet the needs of persons with disabilities to ensure that they, too, can access the network.

(Preliminary Decision, at p. 19)

1. *Solutions de rechange raisonnables*

En exposant les principes d'accessibilité applicables, l'Office a fait une affirmation importante : 342

> Dans la mesure où les fournisseurs de service de transport sont conscients des besoins des personnes ayant une déficience et qu'ils sont disposés à répondre à ces besoins, on peut dire que les personnes ayant une déficience peuvent avoir un accès équivalent au réseau. La notion implicite derrière l'expression « accès équivalent » est que, pour assurer l'égalité d'accès aux personnes ayant une déficience, les fournisseurs de services de transport peuvent avoir à fournir un accès différent — plus de services ou des services différents, des installations ou des caractéristiques différentes — le tout, conçu pour répondre aux besoins des personnes ayant une déficience afin qu'elles aient accès au réseau, elles aussi.

(Décision préliminaire, p. 20)

This extract points, albeit with a different terminology, to reasonable alternatives. However, when

Bien qu'on y utilise une terminologie différente, ce passage évoque néanmoins des solutions 343

it came to evaluate the alternatives, the Agency failed to address how alleged undue obstacles might be circumvented by network alternatives which could accommodate persons with disabilities. The Agency focussed only on a centimeter-by-centimeter approach to measuring physical dimensions of the Renaissance cars, without regard to the possibility of accommodation through alternative services.

344 In fact, the Agency, after having, in effect, said reasonable alternatives were relevant, eventually completely dismissed the network as part of the analysis. It focussed only on the Renaissance cars themselves. The basis of the Agency's rejection of the network argument was the requirement that the Renaissance cars be accessible for persons using a personal wheelchair as provided for in the Rail Code. Therefore, it is necessary to examine the Agency's use of the Rail Code in this matter.

345 No regulations have been promulgated under s. 170 of the Act to govern the design, construction or modification of rail cars with respect to their accessibility for persons with disabilities. Rather than legally binding regulations, a policy choice has been made to encourage carriers to enhance accessibility to persons with disabilities within the federal transportation network through voluntary codes of practice such as the Rail Code. In its factum, the Agency states at para. 6:

> Following a change in government policy to deregulation in the mid-1990's, all further regulatory work has been achieved by means of voluntary consensual codes of practice and currently there are four codes of practice in effect [for aircraft, rail, ferries, and for removing communications barriers for all federal modes of transportation].

346 The Rail Code and other voluntary codes of practice cannot be elevated to the status of laws as

de rechange raisonnables. Toutefois, au moment d'évaluer les solutions de rechange, l'Office ne s'est pas demandé comment le réseau pourrait permettre de contourner les prétendus obstacles abusifs en offrant d'autres solutions susceptibles d'accommoder les personnes ayant une déficience. L'Office a seulement mis l'accent sur une façon très précise de mesurer les dimensions des voitures Renaissance, sans examiner la possibilité d'accommoder les personnes touchées au moyen d'autres services.

En fait, après avoir effectivement souligné la pertinence de solutions de rechange raisonnables, l'Office a fini par écarter complètement de son analyse les autres possibilités qu'offrait le réseau. Il ne s'est intéressé qu'aux voitures Renaissance elles-mêmes. L'Office a rejeté l'argument relatif au réseau en se fondant sur l'exigence du code ferroviaire selon laquelle les voitures Renaissance doivent être accessibles aux personnes qui utilisent un fauteuil roulant personnel. Il est donc nécessaire d'examiner l'utilisation que l'Office a faite du code ferroviaire à cet égard.

Aucun règlement régissant la conception, la construction ou la modification de voitures de chemin de fer en vue d'en assurer l'accessibilité aux personnes ayant une déficience n'a été pris en vertu de l'art. 170 de la Loi. Au lieu de prendre un règlement ayant force exécutoire, l'on a fait le choix de politique générale d'encourager les transporteurs à améliorer l'accessibilité du réseau de transport fédéral pour les personnes ayant une déficience, en adoptant des codes de pratiques d'application volontaire comme le code ferroviaire. L'Office affirme ceci, à la p. 6 de son mémoire :

> [TRADUCTION] À la suite d'un changement de politique gouvernementale favorisant une déréglementation au milieu des années 1990, toutes les autres mesures de réglementation ont été prises au moyen de codes de pratiques d'application volontaire et consensuelle : quatre codes de pratiques sont actuellement en vigueur [en ce qui concerne les aéronefs, les chemins de fer, les traversiers, et l'élimination des obstacles à la communication dans tous les modes de transport fédéraux].

Le code ferroviaire et les autres codes de pratiques d'application volontaire ne sauraient se voir

if they were legally binding regulations. To do so is to improperly circumvent the policy choice of favouring adjudication over regulation; the Agency has been conferred the power to adjudicate and charged with the duty to exercise its discretion in assessing whether a given obstacle is undue. Applying the Rail Code as a binding instrument also sidesteps the requirement in s. 36 of the Act that the Minister of Transport be given notice of regulations, which the Governor in Council must then approve or reject.

reconnaître le statut de texte de loi comme s'ils étaient des règlements ayant force exécutoire. Agir ainsi reviendrait à contourner irrégulièrement la décision de politique générale consistant à privilégier le recours à un pouvoir juridictionnel plutôt qu'à un pouvoir de réglementation; l'Office s'est vu conférer le pouvoir de statuer et l'obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il décide si un obstacle donné est abusif. Appliquer le code ferroviaire comme s'il s'agissait d'un texte ayant force obligatoire a aussi pour effet de contourner l'obligation, prévue à l'art. 36, de donner au ministre des Transports un préavis concernant un règlement projeté, lequel doit ensuite être approuvé ou rejeté par le gouverneur en conseil.

As Doherty J.A. of the Ontario Court of Appeal held in *Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, at p. 109, a case dealing with a policy directive issued by the Ontario Securities Commission:

Comme l'a conclu le juge Doherty de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Ainsley Financial Corp. c. Ontario Securities Commission* (1994), 21 O.R. (3d) 104, p. 109, qui portait sur une directive d'orientation de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : 347

> Having recognized the Commission's authority to use non-statutory instruments to fulfil its mandate, the limits on the use of those instruments must also be acknowledged. A non-statutory instrument can have no effect in the face of [a] contradictory statutory provision or regulation: *Capital Cities Communications Inc.*, *supra*, at p. 629; H. Janisch, "Reregulating the Regulator: Administrative Structure of Securities Commissions and Ministerial Responsibility" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada: Securities Law in the Modern Financial Marketplace* (1989), at p. 107. Nor can a non-statutory instrument pre-empt the exercise of a regulator's discretion in a particular case: *Hopedale Developments Ltd.*, *supra*, at p. 263. Most importantly, for present purposes, a non-statutory instrument cannot impose mandatory requirements enforceable by sanction; that is, the regulator cannot issue *de facto* laws disguised as guidelines. Iacobucci J. put it this way in *Pezim* at p. 596:
>
> > However, it is important to note that the Commission's policy-making role is limited. By that I mean that their policies cannot be elevated to the status of law; they are not to be treated as legal

> [TRADUCTION] Après avoir convenu que la Commission peut utiliser des textes non réglementaires pour exercer son mandat, il faut aussi reconnaître les limites que comporte le recours à ces textes. Un texte non réglementaire est sans effet face à une disposition législative ou à un règlement qui le contredit : *Capital Cities Communications Inc.*, précité, p. 629; H. Janisch, « Reregulating the Regulator : Administrative Structure of Securities Commissions and Ministerial Responsibility », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada : Securities Law in the Modern Financial Marketplace* (1989), p. 107. Un texte non réglementaire ne peut pas non plus empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'organisme de réglementation dans un cas particulier : *Hopedale Developments Ltd.*, précité, p. 263. Qui plus est, pour les besoins de la présente affaire, un texte non réglementaire ne peut prescrire des exigences impératives dont le non-respect entraînera des sanctions; en d'autres termes, l'organisme de réglementation ne peut adopter des directives qui constituent des règles de droit *de facto*. Dans l'arrêt *Pezim*, le juge Iacobucci affirme, à la p. 596 :
>
> > Cependant, il importe de faire remarquer que la Commission n'a qu'un rôle limité en matière d'établissement de politiques. Je veux dire par là que ses politiques ne peuvent obtenir le statut de lois ni être

pronouncements absent legal authority mandating such treatment. [Emphasis added.]

348 Upon reading the Agency's decisions in this case, despite its statement mentioning the Rail Code's voluntary nature, it appears that the Agency effectively applied the Rail Code as if it were a regulation establishing minimum standards to be met by a rail carrier for the accessibility of rail cars to persons with disabilities. The Rail Code was the basis for the Agency assessing the accessibility of the Renaissance cars using the standard of the "Personal Wheelchair" as defined in the Rail Code. In its Preliminary Decision, the Agency stated:

In this regard, it should be noted that the Rail Code sets out minimum standards that the Agency expects rail carriers to meet.

. . .

In fact, the Rail Code is the result of a consensus-building exercise, between the community of persons with disabilities and industry, and represents, in many ways, compromises to which rail carriers are expected to adhere.

. . .

In summary, the Rail Code was not developed in isolation by the Agency; rather, it was the product of consultations with both the rail industry and the community of persons with disabilities. As such, although the Rail Code is voluntary, it is an important reference tool which sets out clearly defined expectations regarding accessibility standards to be met by rail carriers such as VIA.

. . .

In light of the above, the Agency is of the opinion that the appropriate standard to be applied in its determination of whether certain features of the Renaissance Cars present undue obstacles to the mobility of persons using wheelchairs, is the Personal Wheelchair as set out in the Rail Code.

. . .

considérées comme telles en l'absence d'un pouvoir à cet effet prévu dans la loi. [Nous soulignons.]

À la lecture des décisions rendues par l'Office en l'espèce et malgré l'affirmation de celui-ci selon laquelle le code ferroviaire est d'application volontaire, il appert que l'Office a effectivement appliqué le code ferroviaire comme s'il s'agissait d'un règlement établissant les normes minimales qu'un transporteur ferroviaire doit respecter pour assurer l'accessibilité des voitures de chemin de fer aux personnes ayant une déficience. L'Office s'est fondé sur le code ferroviaire pour évaluer l'accessibilité des voitures Renaissance à l'aide de la norme du « fauteuil roulant personnel » défini dans ce code. Dans sa décision préliminaire, l'Office a affirmé ceci :

À cet égard, il convient de noter que le code ferroviaire établit des normes minimales que l'Office s'attend à ce que les transporteurs ferroviaires respectent.

. . .

De fait, le code ferroviaire est le résultat d'un consensus établi entre la communauté des personnes ayant une déficience et l'industrie, et représente, à beaucoup d'égards, des compromis auxquels les transporteurs ferroviaires devraient adhérer.

. . .

En résumé, le code ferroviaire n'a pas été élaboré en vase clos par l'Office. C'est plutôt le produit de consultations avec l'industrie ferroviaire et la communauté des personnes ayant une déficience. À ce titre, bien que le code ferroviaire soit d'application volontaire, il constitue un important outil de référence, qui fixe des attentes clairement définies relativement aux normes d'accessibilité à respecter par des transporteurs ferroviaires comme VIA.

. . .

À la lumière de ce qui précède, l'Office est d'avis que la norme appropriée à sa détermination des obstacles abusifs présentés par certaines caractéristiques des voitures Renaissance aux possibilités de déplacement des personnes qui utilisent un fauteuil roulant est le fauteuil roulant personnel défini dans le code ferroviaire.

. . .

Rather, as set out in the "Framework of the Decision" section of this Decision, the Rail Code is a voluntary guideline on minimum accessibility standard developed by consensus by industry and the community of persons with disabilities. In recognition of this, the Agency is not precluded from finding undue obstacles in the Renaissance Cars even if it finds apparent compliance with the Code. [Emphasis added; pp. 20, 21, 23, 27 and 31.]

Le code ferroviaire consiste plutôt, comme il a été expliqué dans la section « Cadre de travail de la décision », en un ensemble de lignes directrices d'application volontaire sur [la norme minimale d]'accessibilité, élaborées par voie de consensus après consultation de l'industrie et de la communauté des personnes ayant une déficience. Par conséquent, l'Office peut tout de même constater la présence d'obstacles abusifs dans les voitures Renaissance, même s'il constate une conformité apparente aux dispositions du code. [Nous soulignons; p. 22, 25, 29 et 34.]

It is apparent that the Agency's approach was that the Rail Code set minimum standards but did not preclude it from finding an obstacle to be undue even if the minimum standards of the Rail Code had been met. In other words, the Agency was of the view that it could impose a standard more demanding than the Rail Code but not less demanding.

Il est évident que l'Office estimait que le code ferroviaire établissait des normes minimales qui ne l'empêchaient toutefois pas de déclarer un obstacle abusif, même si ces normes minimales étaient respectées. En d'autres termes, l'Office était d'avis qu'il pouvait imposer une norme plus exigeante que celles prévues par le code ferroviaire, mais non faire le contraire.

While some Renaissance cars were not complete or were being retrofitted by VIA, the fact is that they were not ordered from the manufacturer according to specifications established by VIA. Nonetheless, the Agency, applying the Rail Code formula, determined that they were "newly manufactured and, as such, the Rail Code accessibility standards applicable are those for newly manufactured cars" (Preliminary Decision, at p. 31).

349 Même si certaines voitures Renaissance étaient incomplètes ou étaient en cours de réaménagement par VIA, il reste qu'elles n'étaient pas des voitures commandées à un fabricant selon des spécifications établies par VIA. Néanmoins, appliquant la formule prévue dans le code ferroviaire, l'Office a décidé qu'il s'agissait de « voitures nouvellement construites et, à ce titre, les normes d'accessibilité du code ferroviaire applicables [étaient] celles qui touchent les voitures nouvellement construites » (décision préliminaire, p. 33).

We have no doubt of the desirability of rail cars meeting or exceeding the Rail Code standards. However, in the absence of regulations enacted pursuant to s. 170, the Agency cannot treat the Personal Wheelchair as a legally binding standard, because to do so results in a failure by the Agency to exercise the discretion vested in it when it adjudicates under s. 172 of the Act.

350 Nous ne doutons aucunement qu'il est souhaitable que les voitures de chemin de fer respectent ou dépassent les normes du code ferroviaire. Toutefois, en l'absence d'un règlement pris conformément à l'art. 170, l'Office ne peut pas considérer le fauteuil roulant personnel comme une norme ayant force obligatoire, car, s'il le fait, il omet alors d'exercer le pouvoir discrétionnaire dont il est investi en rendant une décision en vertu de l'art. 172 de la Loi.

It is apparent that the Agency did not consider alternatives that did not meet the Personal Wheelchair accessibility standards of the Rail Code. The Agency's show cause order in its Preliminary Decision confirms that this was the Agency's approach. Every item on the show cause order pertained to modifying the Renaissance

351 L'Office n'a manifestement pas pris en considération les solutions de rechange qui ne respectaient pas les normes d'accessibilité que le code ferroviaire établit à l'égard des fauteuils roulants personnels. L'ordonnance de justification contenue dans la décision préliminaire confirme qu'il ne l'a pas fait. Chaque élément de l'ordonnance

rail cars to meet the Rail Code and Personal Wheelchair standard. While the order contained a basket clause inviting VIA to make any other submissions it considered relevant, the Agency's exclusive focus on modifying the rail cars in accordance with these requirements implied that other submissions were not invited or would not be entertained. It effectively adopted the Rail Code and Personal Wheelchair accessibility standard as if they were regulatory requirements. In doing so, the Agency failed to consider the full range of reasonable alternatives offered through the network to address the obstacles identified in the Renaissance cars and thereby erred in law.

de justification concernait les modifications qui devaient être apportées aux voitures Renaissance afin de les rendre conformes au code ferroviaire et à la norme du fauteuil roulant personnel. Bien que l'ordonnance comporte une clause générale dans laquelle VIA est invitée à présenter toute autre observation qu'elle jugera pertinente, le fait que l'Office se soit attaché exclusivement aux modifications requises pour rendre les voitures conformes à ces exigences tend à indiquer qu'aucune autre observation n'était sollicitée ou ne serait examinée. En réalité, l'Office a appliqué le code ferroviaire et la norme d'accessibilité du fauteuil roulant personnel comme s'il s'agissait d'exigences réglementaires. Ce faisant, il n'a pas pris en considération toute la gamme de solutions de rechange raisonnables que le réseau offrait pour remédier aux obstacles relevés dans les voitures Renaissance et il a, de ce fait, commis une erreur de droit.

2. *Constraints*

2. *Contraintes*

352 At this stage, the Agency's analysis involved a balancing of the significance of the obstacles to the mobility of persons with disabilities against other constraints such as structural constraints and the total estimated cost to remedy the obstacles, having regard to the objective of economic viability.

À cette étape de son analyse, l'Office a évalué l'incidence des obstacles sur les possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience par rapport à d'autres contraintes — par exemple les contraintes structurales — et au coût total estimatif de l'élimination de ces obstacles, en tenant compte de l'objectif de rentabilité.

353 With respect to structural constraints, the Agency appears not to have been satisfied with evidence advanced by VIA as to practical structural problems. However, the third-party Schrum report filed as evidence in the Federal Court of Appeal found that "[t]he re-construction of the cars, as directed by the Agency, make[s] no engineering or production sense." Furthermore, Mr. Schrum stated, ". . . I am of the view that some of the changes may not be feasible from an engineering point of view". On the issue of structural constraints, we can say no more than that the onus is on VIA to produce relevant evidence and that the Agency must carefully evaluate that evidence.

En ce qui concerne les contraintes structurales, l'Office ne paraît pas avoir jugé convaincante la preuve que VIA lui a présentée au sujet des problèmes de structure concrets. Toutefois, dans le rapport Schrum qui a été préparé par un tiers et qui a été déposé en preuve auprès de la Cour d'appel fédérale, on concluait que [TRADUCTION] « [l]a reconstruction des voitures, comme l'Office l'ordonne, n'a aucun sens tant sur le plan de l'ingénierie que sur celui de la production. » Monsieur Schrum a ajouté : « . . . j'estime que certains changements ne sont peut-être pas possibles d'un point de vue technique ». Quant à la question des contraintes structurales, nous nous limitons à affirmer qu'il appartient à VIA de produire les éléments de preuve pertinents, qui doivent être évalués soigneusement par l'Office.

354 Economic constraints were a significant issue before the Agency. The Agency did make certain

Les contraintes économiques soulevaient une question importante que l'Office devait trancher.

cost findings with respect to some of the obstacles. However, its reasoning reveals a dismissive way of addressing the cost issue. Furthermore, the Agency did not identify its total cost estimate. In an undueness analysis, when cost constraints are an issue, it is an error of law for the Agency not to determine a total cost estimate for the corrective measures it orders.

Celui-ci a tiré certaines conclusions relatives aux coûts liés à certains obstacles. Cependant, son raisonnement reflète une indifférence à l'égard des coûts. De plus, l'Office n'a lui-même effectué aucune estimation du coût total. Lorsque des contraintes de coût sont en cause dans une analyse du caractère abusif, l'Office commet une erreur de droit s'il n'effectue pas une estimation du coût total des mesures correctives qu'il ordonne.

In response to the Agency's show cause order in its Preliminary Decision, VIA had provided an estimate of some $35 million as the total cost and lost revenue of completing the corrective measures identified in the show cause order. The Agency found this to be overstated. In particular, it did not accept VIA's estimate of $24.2 million in foregone passenger revenue as a result of removing some seats to accommodate persons with disabilities. The Agency calculated its own range for this lost revenue, finding a best case scenario of approximately $700,000 and a worst case scenario of some $1.7 million. The Agency also rejected VIA's estimate of the cost of implementing certain corrective measures finding, for example, that such cost would be incurred by VIA in making required safety changes in any event. However, despite a number of figures and calculations by the Agency in respect of certain corrective measures, the Agency never provided its best estimate of VIA's total cost of the corrective measures it was ordering. Without a total cost estimate, the Agency could not conduct the undueness analysis required by s. 172, that is, balancing the significance of the obstacles to persons with disabilities with the cost of the corrective measures, having regard to the objective of economic viability.

355 Pour répondre à l'ordonnance de justification contenue dans la décision préliminaire de l'Office, VIA a estimé à quelque 35 millions de dollars le coût total et le manque à gagner liés à la mise en œuvre des mesures correctives décrites dans l'ordonnance de justification. L'Office a jugé que cette estimation était gonflée. Plus particulièrement, il n'a pas retenu l'estimation de VIA établissant à 24,2 millions de dollars la perte de revenus voyageurs résultant du retrait de certains sièges qui devrait être effectué pour accommoder les personnes ayant une déficience. L'Office a lui-même calculé que ce manque à gagner pourrait s'élever à environ 700 000 $ dans le meilleur des cas et à environ 1,7 millions de dollars dans le pire des cas. L'Office a également rejeté l'estimation de VIA concernant le coût de la mise en œuvre de certaines mesures correctives, jugeant notamment que VIA devrait, de toute manière, supporter ce coût pour apporter les modifications requises en matière de sécurité. Toutefois, bien qu'il ait présenté un certain nombre de chiffres et de calculs concernant certaines mesures correctives, l'Office n'a jamais fourni sa meilleure estimation du coût total des mesures correctives qu'il ordonnait à VIA de prendre. Sans une estimation du coût total, l'Office ne pouvait pas effectuer l'analyse du caractère abusif requise par l'art. 172, c'est-à-dire évaluer l'incidence des obstacles sur les personnes ayant une déficience en fonction du coût des mesures correctives, en tenant compte de l'objectif de rentabilité.

The Agency was also dismissive in its consideration of VIA's ability to fund the corrective measures. For example, the Agency did not consider the removal of some obstacles and the retention of others based on cost considerations. It treated VIA's resources as virtually unlimited, stating that

356 L'Office s'est également peu soucié de la capacité de VIA de financer les mesures correctives. Par exemple, il n'a pas examiné la possibilité d'éliminer certains obstacles et d'en maintenir d'autres pour des raisons de coût. Il a considéré que VIA disposait de ressources pratiquement illimitées,

costs for accessibility "should always be budgeted for" (Preliminary Decision, at p. 45). The Agency noted that "VIA receives significant funding from the Government of Canada" (p. 46) as if VIA was entitled to such funding as a matter of right. The Agency also disregarded funding limitations when it stated that the "fundamental importance of accessible travel by rail to persons with disabilities cannot be set aside" in favour of reduced capital costs and flexibility in VIA's network (p. 46).

357 The Agency made reference to a contingency fund for the 2003-2007 period of some $25 million for "unplanned events such as market downturns, potential accidents and other operational liabilities" (Final Decision, at p. 23). However, there is no indication that the fund is available for major reconstruction of the Renaissance cars and, in any event, without providing a cost estimate, the reference to the contingency fund is premature.

358 Under s. 172 the Agency has the power to order a carrier to take corrective measures in respect of an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities. In cases in which the required funding may be significant, and, as in VIA's case, where the carrier operates on an annual deficit such that it is reliant on government subsidization for its ongoing operations and capital requirements, the Agency must be especially attentive to the cost it proposes to impose.

359 The Agency's reasons do not demonstrate the attention that is required for a case where the cost of the measures is potentially very substantial. For example, the Agency made a questionable comparison in its Preliminary Decision (p. 46) when it compared remedying obstacles to the mobility of persons with disabilities with station upgrades and retrofitting the lounge in the Renaissance cars. The Agency stated that each of these expenditures "will have the effect of increasing the

affirmant que les coûts liés à l'accessibilité « doivent toujours être budgétisés » (décision préliminaire, p. 50). L'Office a fait observer que « VIA reçoit d'importantes subventions du gouvernement du Canada », comme si le droit de VIA à ce financement était absolu (p. 51). L'Office n'a pas non plus tenu compte des limites du financement lorsqu'il a affirmé que « l'importance fondamentale de l'accessibilité du transport ferroviaire aux personnes ayant une déficience ne peut être négligée » en faveur de la réduction des dépenses d'immobilisations et de la souplesse du réseau de VIA (p. 51).

L'Office a mentionné que, pour la période 2003-2007, un fonds de prévoyance de quelque 25 millions de dollars avait été constitué « pour des événements imprévus comme un fléchissement des marchés, des accidents possibles et d'autres responsabilités opérationnelles » (décision finale, p. 24). Cependant, rien n'indique que ce fonds peut servir à effectuer une reconstruction majeure des voitures Renaissance et, quoi qu'il en soit, la mention du fonds de prévoyance sans fournir une estimation des coûts est prématurée.

Aux termes de l'art. 172, l'Office peut ordonner à un transporteur de prendre des mesures destinées à éliminer un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience. Lorsque le financement nécessaire risque d'être considérable et lorsque, comme dans le cas de VIA, le transporteur fonctionne à perte chaque année et a, de ce fait, besoin de subventions gouvernementales pour être en mesure de poursuivre ses activités et de répondre à ses besoins de liquidités, l'Office doit prêter une attention particulière au coût des mesures qu'il entend imposer.

Les motifs de l'Office démontrent qu'il n'a pas prêté toute l'attention requise dans un cas où le coût des mesures risque d'être très élevé. Par exemple, l'Office a fait un rapprochement douteux, dans sa décision préliminaire (p. 51), lorsqu'il a comparé l'élimination des obstacles aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience à l'amélioration des gares et au réaménagement du salon des voitures Renaissance. L'Office a déclaré que chacune de ces dépenses « aura[it] pour effet

company's operating loss", apparently missing the fact that station and lounge upgrades are made for economic objectives, intended to yield increased revenues over time (p. 46).

In justifying its order that VIA remove seats for accessibility purposes, the Agency compared this to VIA's removal of seats to provide space for coat storage:

> ... if VIA is prepared to remove up to 47 seats to accommodate passengers' coats and forego the revenues associated with this, it must be prepared to forego the revenues associated with removing up to 33 seats ... in order to implement Option 3.
>
> (Final Decision, at p. 53)

Again this was a flawed comparison. Providing space for coat storage is obviously not an objective of its own. It is an economic decision to maximize revenue. The revenue connected with the seats removed to create a coat valet will be foregone, but VIA must have determined that coat storage facilities were necessary in order to attract and retain passengers and maximize revenue from its remaining seats. Thus it does not follow, as the Agency concluded, that:

> ... it would appear that VIA can afford to lose the revenue associated with one passenger seat for the above-noted 13 or 33 economy coach cars, given that it is prepared to forego the revenue in respect of up to 47 coach car seats to provide coat storage.
>
> (Final Decision, at p. 53)

The Agency's flawed reasoning on this point may have owed something to its process. On September 17, 2003, the Agency wrote to VIA directing that VIA advise whether any passenger seats had been removed from the Renaissance cars, thereby causing an impact on VIA's passenger seat revenue. VIA responded in writing the following day, explaining that it had removed seats to install coat valets, a

d'accroître la perte d'exploitation du transporteur », n'ayant manifestement pas compris que l'amélioration des gares et des salons est motivée par des raisons financières et vise à hausser les revenus au fil du temps (p. 51).

360 En justifiant sa décision d'ordonner à VIA de retirer des sièges afin d'améliorer l'accessibilité, l'Office a comparé cette mesure au retrait de sièges effectué par VIA dans le but d'offrir un espace de rangement de manteaux :

> ... si VIA est prête à éliminer 47 sièges pour aménager un espace de rangement pour les manteaux des voyageurs et à se priver des revenus afférents, elle doit être prête à se priver des revenus relatifs à l'élimination d'un maximum de 33 sièges [. . .] pour mettre en œuvre l'option 3 ...
>
> (Décision finale, p. 57)

Là encore, cette comparaison était erronée. De toute évidence, offrir un espace de rangement de manteaux n'est pas un objectif en soi. Il s'agit plutôt d'une décision financière visant à maximiser les revenus. Le retrait de sièges pour aménager un vestiaire causera une perte des revenus, mais VIA doit avoir décidé que des espaces de rangement étaient nécessaires pour attirer et fidéliser des voyageurs et maximiser le revenu tiré de ses autres sièges. Par conséquent, on ne saurait affirmer, comme l'Office,

> ... [qu']il semblerait que VIA puisse se permettre de perdre les revenus générés par un siège pour les 13 ou 33 voitures-coach susmentionnées, puisqu'elle est prête à se priver des revenus de jusqu'à 47 sièges de voiture-coach pour procurer aux voyageurs un espace de rangement pour leurs manteaux.
>
> (Décision finale, p. 57)

361 Le raisonnement déficient de l'Office à cet égard découle peut-être jusqu'à un certain point de la démarche qu'il a suivie. Le 17 septembre 2003, l'Office a demandé par écrit à VIA si elle avait retiré des sièges passagers dans les voitures Renaissance, ce qui aurait une incidence sur les revenus voyageurs de VIA. Le lendemain, VIA a répondu également par écrit qu'elle avait retiré des

change that was necessary because there was no other facility appropriate for the storage of coats. VIA noted that the Agency had given VIA less than 26 hours to file its reply to the Agency's question and that "VIA Rail does not understand the context of the question". In its Final Decision the Agency used the information to make the coat storage comparison. Furthermore, the Agency stated that VIA did not indicate "why the existing storage or even some of the 'future valet/storage' is not sufficient for this purpose" (p. 53). But the Agency had not afforded VIA an opportunity to explain.

362 Once the Agency ordered corrective measures in its Final Decision, VIA says it was able to obtain a third-party estimate of the cost associated with these modifications. VIA claims that obtaining a third-party cost estimate was more feasible at this point because it pertained to a specific order of the Agency, rather than to an unlimited series of alternatives. Even though the order had narrowed the scope of the estimate, Bombardier train expert Peter Schrum stated that the directions of the Agency were laden with a number of complex and unknown structural, engineering, production and timing risks, such that his cost conclusions must be qualified.

363 The Federal Court of Appeal allowed the Schrum evidence to be added to the record. His report indicated that the modifications ordered by the Agency would cost some $48 million and possibly up to $92 million. This represented between 37 percent and 71 percent of the cost of purchasing and commissioning into service the Renaissance rail cars.

364 In its reasons, the majority implies the Schrum report should not have been admitted in evidence in the Federal Court of Appeal. However, the admission of this evidence is not an issue before this Court. This Court should not, on its own motion, disregard filed evidence in the absence of argument

sièges pour aménager des vestiaires, un changement nécessaire en raison de l'absence d'autres installations convenables pour ranger des manteaux. VIA a souligné que l'Office lui avait donné moins de 26 heures pour répondre à sa question, ajoutant que [TRADUCTION] « VIA Rail ne compren[ait] pas la raison de cette question ». Dans sa décision finale, l'Office s'est servi de ces renseignements pour établir la comparaison avec l'espace de rangement des manteaux. L'Office a ajouté que VIA n'avait pas indiqué « pourquoi le compartiment existant ou même une partie du "vestiaire/compartiment de rangement futur" ne suffis[ai]ent pas » (p. 57). Cependant, il n'a pas donné à VIA la possibilité de donner des explications.

VIA affirme que, après que l'Office eut ordonné des mesures correctives dans sa décision finale, elle a pu obtenir, de source indépendante, une estimation du coût de ces mesures. Elle prétend qu'il était alors plus facile d'obtenir une estimation des coûts effectuée par un tiers du fait qu'elle portait sur des mesures précises ordonnées par l'Office plutôt que sur un nombre indéterminé de solutions possibles. Bien que l'ordonnance ait restreint la portée de l'estimation, l'expert en trains chez Bombardier, Peter Schrum, a affirmé que les directives de l'Office comportaient un certain nombre de risques complexes et inconnus en matière de structure, d'ingénierie, de production et d'échéancier, qui faisaient que ses conclusions relatives aux coûts devaient être assorties de réserves.

La Cour d'appel fédérale a permis que la preuve présentée par M. Schrum soit ajoutée au dossier. Le rapport Schrum indiquait que les modifications ordonnées par l'Office coûteraient environ 48 millions de dollars et peut-être même 92 millions de dollars, ce qui représentait entre 37 et 71 pour 100 du coût d'achat et de mise en service des voitures Renaissance.

Dans leurs motifs, les juges majoritaires laissent entendre que le rapport Schrum n'aurait pas dû être admis en preuve devant la Cour d'appel fédérale. Toutefois, l'admission de cette preuve n'est pas en cause devant notre Cour. La Cour ne devrait pas, de sa propre initiative, faire abstraction d'un élément

by the parties on the issue. Both parties filed extensive evidence and conducted cross-examinations on affidavits. In the end, over 2000 pages of evidence were filed in the Federal Court of Appeal. This is part of the record before this Court and cannot be ignored.

de preuve versé au dossier lorsque les parties ne présentent aucun argument à cet égard. Les deux parties ont déposé une preuve abondante et effectué des contre-interrogatoires portant sur des affidavits. En fin de compte, plus de 2000 pages ont été déposées en preuve devant la Cour d'appel fédérale. Cette preuve fait partie du dossier soumis à notre Cour et ne saurait être écartée.

The majority questions the validity of the Schrum report and says that its "untested conclusions render it an inappropriate basis for interfering with the Agency's factual findings and remedial responses" (majority reasons, at para. 242). It is not for this Court to assess and weigh the evidence. In any event, Mr. Schrum was cross-examined on his affidavit. Therefore, his report did not go untested. Moreover, the Federal Court of Appeal used the Schrum evidence not to make a decision with respect to the merits, but only as a basis for remitting the matter to the Agency for its reconsideration. In the circumstances, that was the correct approach. Where the cost is potentially significant and where the Agency adopted a dismissive approach to cost and funding of corrective measures, it is apparent that relevant considerations were not taken into account.

365 Les juges majoritaires mettent en doute la validité du rapport Schrum et disent qu'« [e]n raison [. . .] de ses conclusions non vérifiées, [il] ne saurait justifier de modifier les conclusions de fait tirées par l'Office et les mesures correctives qu'il a ordonnées » (motifs majoritaires, par. 242). Il n'appartient pas à notre Cour d'évaluer et d'apprécier la preuve. Quoi qu'il en soit, M. Schrum a été contre-interrogé relativement à son affidavit. Son rapport a donc été mis à l'épreuve. En outre, la Cour d'appel fédérale s'est servi de la preuve présentée par M. Schrum non pour prendre une décision sur le fond, mais uniquement pour renvoyer l'affaire à l'Office pour qu'il l'examine de nouveau. C'était la bonne façon de procéder dans les circonstances. Dans un cas où le coût risque d'être élevé et où l'Office s'est peu soucié du coût et du financement des mesures correctives, il est évident que des éléments pertinents n'ont pas été pris en considération.

It should be for the Agency, on the basis of new evidence adduced before it (or if it considers it adequate, the evidence filed in the Federal Court of Appeal) to determine the cost of the corrective measures and VIA's ability to fund them and to carry out the balancing exercise required of it at the third stage of the undueness analysis.

366 Il devrait appartenir à l'Office de déterminer — en fonction des nouveaux éléments de preuve qui lui ont été présentés (ou, s'il le juge opportun, de la preuve déposée en Cour d'appel fédérale) — combien coûteront les mesures correctives et si VIA sera capable de les financer, et d'effectuer la mise en balance des intérêts en jeu à laquelle il est tenu à la troisième étape de l'analyse du caractère abusif.

In the name of deference, the majority would cut short the assessment of the Agency's decisions on the basis that it applied the *Meiorin* principles. This is problematic for two reasons. First, the Agency distanced itself from these human rights principles (Preliminary Decision, at p. 36). It takes an overly generous recrafting of the Agency's decision to characterize it as reflecting the correct approach. Second, the majority is not clear as to how the *Meiorin* principles are to be applied and to what

367 Par souci de déférence, les juges majoritaires sont d'avis de mettre fin à l'examen des décisions de l'Office pour le motif qu'il a appliqué les principes établis dans l'arrêt *Meiorin*. Cela fait problème pour deux raisons. Premièrement, l'Office s'est distancié de ces principes en matière de droits de la personne (décision préliminaire, p. 39). Il faut reformuler généreusement la décision de l'Office pour être en mesure d'affirmer qu'elle reflète la bonne approche. Deuxièmement, les juges

extent. Tests and frameworks are created to provide guidance to decision makers in the exercise of their discretion. Making them ambiguous is counterproductive.

majoritaires n'indiquent pas clairement comment et dans quelle mesure les principes de l'arrêt *Meiorin* doivent être appliqués. Les cadres d'analyse sont des outils créés pour guider les décideurs dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. Les rendre ambigus est plus néfaste que bénéfique.

V. Conclusion

V. Conclusion

368 On the one hand, Parliament's intention is to deregulate, to the extent possible, transportation subject to federal jurisdiction. That is the environment in which VIA may expect to operate. On the other, the Agency has been given broad powers in Part V of the Act in respect of human rights matters. In this context, the Agency's role as an adjudicative body necessarily requires it to place procedural obligations on the parties participating in proceedings. The Agency must be attuned to the feasibility of the orders it issues to the parties and the intrusiveness of its process into the management of the carrier. In turn, the parties must respect the Agency's role and conduct themselves accordingly. We observe from a review of the record that VIA's conduct during the proceedings did not always appear to be productive. Notwithstanding the fact that a s. 172 application creates an adversarial process in which VIA, as any regulated enterprise, is entitled to vigorously defend its interests, VIA must recognize and respect the role of the Agency.

D'une part, le législateur veut, dans la mesure du possible, éliminer la réglementation du transport assujetti à la compétence fédérale. C'est dans ce contexte que VIA peut s'attendre à exercer ses activités. D'autre part, la partie V de la Loi confère à l'Office de vastes pouvoirs à l'égard des questions concernant les droits de la personne. Dans ce contexte, le rôle de l'Office, en tant qu'instance décisionnelle, l'oblige à imposer aux parties à des procédures des obligations procédurales. L'Office doit tenir compte de la possibilité de mettre à exécution les ordonnances qu'il délivre aux parties et de l'ingérence dans la gestion du transporteur qui peut résulter de son processus. En revanche, les parties doivent respecter le rôle de l'Office et se comporter en conséquence. L'examen du dossier nous permet de constater que le comportement adopté par VIA en cours d'instance n'a pas toujours paru productif. Bien qu'une demande fondée sur l'art. 172 déclenche un processus contradictoire dans lequel VIA, comme toute entreprise réglementée, a le droit de défendre vigoureusement ses intérêts, celle-ci doit néanmoins reconnaître et respecter le rôle de l'Office.

369 With respect to costs, CCD is a non-profit organization that does not seek a pecuniary or proprietary benefit, and its application has raised important issues with a human rights dimension. VIA does not seek costs against CCD.

En ce qui concerne les dépens, le CCD est un organisme sans but lucratif qui ne cherche pas à obtenir un avantage pécuniaire ou un droit de propriété, et sa demande a soulevé d'importantes questions comportant une dimension touchant les droits de la personne. VIA ne réclame aucuns dépens au CCD.

370 For these reasons, we would dismiss this appeal without costs. The decision of the majority of the Federal Court of Appeal should be affirmed, and the matter remitted to the Agency for redetermination having regard to these reasons.

Pour ces motifs, nous rejetterions le présent pourvoi sans dépens. La décision des juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale devrait être confirmée et l'affaire renvoyée à l'Office pour qu'il rende une nouvelle décision tenant compte des présents motifs.

APPENDIX

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10

NATIONAL TRANSPORTATION POLICY

5. [Declaration] It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services accessible to persons with disabilities and that makes the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers, including persons with disabilities, and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy, to the advantages of harmonized federal and provincial regulatory approaches and to legal and constitutional requirements,

(*a*) the national transportation system meets the highest practicable safety standards,

(*b*) competition and market forces are, whenever possible, the prime agents in providing viable and effective transportation services,

(*c*) economic regulation of carriers and modes of transportation occurs only in respect of those services and regions where regulation is necessary to serve the transportation needs of shippers and travellers and that such regulation will not unfairly limit the ability of any carrier or mode of transportation to compete freely with any other carrier or mode of transportation,

(*d*) transportation is recognized as a key to regional economic development and that commercial viability of transportation links is balanced with regional economic development objectives so that the potential economic strengths of each region may be realized,

(*e*) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, bears a fair proportion of the real costs of the resources, facilities and services provided to that carrier or mode of transportation at public expense,

ANNEXE

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10

POLITIQUE NATIONALE DES TRANSPORTS

5. [Déclaration] Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, accessibles aux personnes ayant une déficience, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs — y compris des personnes ayant une déficience — en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, et, d'autre part, que ces objectifs sont plus susceptibles de se réaliser en situation de concurrence de tous les transporteurs, à l'intérieur des divers modes de transport ou entre eux, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale, des avantages liés à l'harmonisation de la réglementation fédérale et provinciale et du contexte juridique et constitutionnel :

a) le réseau national des transports soit conforme aux normes de sécurité les plus élevées possible dans la pratique;

b) la concurrence et les forces du marché soient, chaque fois que la chose est possible, les principaux facteurs en jeu dans la prestation de services de transport viables et efficaces;

c) la réglementation économique des transporteurs et des modes de transport se limite aux services et aux régions à propos desquels elle s'impose dans l'intérêt des expéditeurs et des voyageurs, sans pour autant restreindre abusivement la libre concurrence entre transporteurs et entre modes de transport;

d) les transports soient reconnus comme un facteur primordial du développement économique régional et que soit maintenu un équilibre entre les objectifs de rentabilité des liaisons de transport et ceux de développement économique régional en vue de la réalisation du potentiel économique de chaque région;

e) chaque transporteur ou mode de transport supporte, dans la mesure du possible, une juste part du coût réel des ressources, installations et services mis à sa disposition sur les fonds publics;

(*f*) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, receives fair and reasonable compensation for the resources, facilities and services that it is required to provide as an imposed public duty,

(*g*) each carrier or mode of transportation, as far as is practicable, carries traffic to or from any point in Canada under fares, rates and conditions that do not constitute

(i) an unfair disadvantage in respect of any such traffic beyond the disadvantage inherent in the location or volume of the traffic, the scale of operation connected with the traffic or the type of traffic or service involved,

(ii) an undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities,

(iii) an undue obstacle to the interchange of commodities between points in Canada, or

(iv) an unreasonable discouragement to the development of primary or secondary industries, to export trade in or from any region of Canada or to the movement of commodities through Canadian ports, and

(*h*) each mode of transportation is economically viable,

and this Act is enacted in accordance with and for the attainment of those objectives to the extent that they fall within the purview of subject-matters under the legislative authority of Parliament relating to transportation.

. . .

20. [Technical experts] The Agency may appoint and, subject to any applicable Treasury Board directive, fix the remuneration of experts or persons who have technical or special knowledge to assist the Agency in an advisory capacity in respect of any matter before the Agency.

. . .

25. [Agency powers in general] The Agency has, with respect to all matters necessary or proper for the exercise of its jurisdiction, the attendance and examination of witnesses, the production and inspection of

f) chaque transporteur ou mode de transport soit, dans la mesure du possible, indemnisé, de façon juste et raisonnable, du coût des ressources, installations et services qu'il est tenu de mettre à la disposition du public;

g) les liaisons assurées en provenance ou à destination d'un point du Canada par chaque transporteur ou mode de transport s'effectuent, dans la mesure du possible, à des prix et selon des modalités qui ne constituent pas :

(i) un désavantage injuste pour les autres liaisons de ce genre, mis à part le désavantage inhérent aux lieux desservis, à l'importance du trafic, à l'ampleur des activités connexes ou à la nature du trafic ou du service en cause,

(ii) un obstacle abusif à la circulation des personnes, y compris les personnes ayant une déficience,

(iii) un obstacle abusif à l'échange des marchandises à l'intérieur du Canada,

(iv) un empêchement excessif au développement des secteurs primaire ou secondaire, aux exportations du Canada ou de ses régions, ou au mouvement des marchandises par les ports canadiens;

h) les modes de transport demeurent rentables.

Il est en outre déclaré que la présente loi vise la réalisation de ceux de ces objectifs qui portent sur les questions relevant de la compétence législative du Parlement en matière de transports.

. . .

20. [Experts] L'Office peut nommer des experts ou autres spécialistes compétents pour le conseiller sur des questions dont il est saisi, et, sous réserve des instructions du Conseil du Trésor, fixer leur rémunération.

. . .

25. [Pouvoirs généraux] L'Office a, à toute fin liée à l'exercice de sa compétence, la comparution et l'interrogatoire des témoins, la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses arrêtés ou règlements

documents, the enforcement of its orders or regulations and the entry on and inspection of property, all the powers, rights and privileges that are vested in a superior court.

. . .

29. [Time for making decisions] (1) The Agency shall make its decision in any proceedings before it as expeditiously as possible, but no later than one hundred and twenty days after the originating documents are received, unless the parties agree to an extension or this Act or a regulation made under subsection (2) provides otherwise.

(2) [Period for specified classes] The Governor in Council may, by regulation, prescribe periods of less than one hundred and twenty days within which the Agency shall make its decision in respect of such classes of proceedings as are specified in the regulation.

. . .

31. [Fact finding is conclusive] The finding or determination of the Agency on a question of fact within its jurisdiction is binding and conclusive.

. . .

33. [Enforcement of decision or order] (1) A decision or order of the Agency may be made an order of the Federal Court or of any superior court and is enforceable in the same manner as such an order.

. . .

36. [Approval of regulations required] (1) Every regulation made by the Agency under this Act must be made with the approval of the Governor in Council.

(2) [Advance notice of regulations] The Agency shall give the Minister notice of every regulation proposed to be made by the Agency under this Act.

. . .

Review and Appeal

40. [Governor in Council may vary or rescind orders, etc.] The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of a party or an interested person or of the Governor

et la visite d'un lieu, les attributions d'une cour supérieure.

. . .

29. [Délai] (1) Sauf indication contraire de la présente loi ou d'un règlement pris en vertu du paragraphe (2) ou accord entre les parties sur une prolongation du délai, l'Office rend sa décision sur toute affaire dont il est saisi avec toute la diligence possible dans les cent vingt jours suivant la réception de l'acte introductif d'instance.

(2) [Délai plus court] Le gouverneur en conseil peut, par règlement, imposer à l'Office un délai inférieur à cent vingt jours pour rendre une décision à l'égard des catégories d'affaires qu'il indique.

. . .

31. [Décision définitive] La décision de l'Office sur une question de fait relevant de sa compétence est définitive.

. . .

33. [Homologation] (1) Les décisions ou arrêtés de l'Office peuvent être homologués par la Cour fédérale ou une cour supérieure; le cas échéant, leur exécution s'effectue selon les mêmes modalités que les ordonnances de la cour saisie.

. . .

36. [Agrément du gouverneur en conseil] (1) Tout règlement pris par l'Office en vertu de la présente loi est subordonné à l'agrément du gouverneur en conseil.

(2) [Préavis au ministre] L'Office fait parvenir au ministre un avis relativement à tout règlement qu'il entend prendre en vertu de la présente loi.

. . .

Révision et appel

40. [Modification ou annulation] Le gouverneur en conseil peut modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'un intéressé, soit de sa propre initiative; il

in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make to do so is binding on the Agency and on all parties.

41. (1) [Appeal from Agency] An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

. . .

PART V

TRANSPORTATION OF PERSONS WITH DISABILITIES

170. (1) [Regulations] The Agency may make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network under the legislative authority of Parliament to the mobility of persons with disabilities, including regulations respecting

(*a*) the design, construction or modification of, and the posting of signs on, in or around, means of transportation and related facilities and premises, including equipment used in them;

(*b*) the training of personnel employed at or in those facilities or premises or by carriers;

(*c*) tariffs, rates, fares, charges and terms and conditions of carriage applicable in respect of the transportation of persons with disabilities or incidental services; and

(*d*) the communication of information to persons with disabilities.

. . .

171. [Coordination] The Agency and the Canadian Human Rights Commission shall coordinate their activities in relation to the transportation of persons

importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière. Les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

41. (1) [Appel] Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

. . .

PARTIE V

TRANSPORT DES PERSONNES AYANT UNE DÉFICIENCE

170. (1) [Règlements] L'Office peut prendre des règlements afin d'éliminer tous obstacles abusifs, dans le réseau de transport assujetti à la compétence législative du Parlement, aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience et peut notamment, à cette occasion, régir :

a) la conception et la construction des moyens de transport ainsi que des installations et locaux connexes — y compris les commodités et l'équipement qui s'y trouvent —, leur modification ou la signalisation dans ceux-ci ou leurs environs;

b) la formation du personnel des transporteurs ou de celui employé dans ces installations et locaux;

c) toute mesure concernant les tarifs, taux, prix, frais et autres conditions de transport applicables au transport et aux services connexes offerts aux personnes ayant une déficience;

d) la communication d'information à ces personnes.

. . .

171. [Coordination] L'Office et la Commission canadienne des droits de la personne sont tenus de veiller à la coordination de leur action en matière de

with disabilities in order to foster complementary policies and practices and to avoid jurisdictional conflicts.

172. (1) [Inquiry re obstacles to persons with disabilities] The Agency may, on application, inquire into a matter in relation to which a regulation could be made under subsection 170(1), regardless of whether such a regulation has been made, in order to determine whether there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(2) [Compliance with regulations] Where the Agency is satisfied that regulations made under subsection 170(1) that are applicable in relation to a matter have been complied with or have not been contravened, the Agency shall determine that there is no undue obstacle to the mobility of persons with disabilities.

(3) [Remedies] On determining that there is an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities, the Agency may require the taking of appropriate corrective measures or direct that compensation be paid for any expense incurred by a person with a disability arising out of the undue obstacle, or both.

Appeal allowed with costs, BINNIE, DESCHAMPS, FISH *and* ROTHSTEIN JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Transportation Agency: Canadian Transportation Agency, Gatineau.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitor for the intervener Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Solicitor for the interveners the Manitoba Human Rights Commission and the Saskatchewan

transport des personnes ayant une déficience pour favoriser l'adoption de lignes de conduite complémentaires et éviter les conflits de compétence.

172. (1) [Enquête : obstacles au déplacement] Même en l'absence de disposition réglementaire applicable, l'Office peut, sur demande, enquêter sur toute question relative à l'un des domaines visés au paragraphe 170(1) pour déterminer s'il existe un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience.

(2) [Décision de l'Office] L'Office rend une décision négative à l'issue de son enquête s'il est convaincu de la conformité du service du transporteur aux dispositions réglementaires applicables en l'occurrence.

(3) [Décision de l'Office] En cas de décision positive, l'Office peut exiger la prise de mesures correctives indiquées ou le versement d'une indemnité destinée à couvrir les frais supportés par une personne ayant une déficience en raison de l'obstacle en cause, ou les deux.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BINNIE, DESCHAMPS, FISH *et* ROTHSTEIN *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelant : Bakerlaw, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureur de l'intervenant l'Office des transports du Canada : Office des transports du Canada, Gatineau.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal.

Procureur des intervenantes la Commission des droits de la personne du Manitoba et

Human Rights Commission: Manitoba Human Rights Commission, Winnipeg.

Solicitor for the interveners Transportation Action Now, the Alliance for Equality of Blind Canadians, the Canadian Association for Community Living and the Canadian Hard of Hearing Association: ARCH Disability Law Centre, St-Jean-sur-Richelieu.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Independent Living Centres: Shannon Law Office, Thunder Bay; Bérubé & Pion, Toronto.

Solicitor for the intervener the DisAbled Women's Network Canada: Melina Buckley, Vancouver.

Saskatchewan Human Rights Commission : Commission des droits de la personne du Manitoba, Winnipeg.

Procureur des intervenantes Transportation Action Now, l'Alliance pour l'égalité des personnes aveugles du Canada, l'Association canadienne pour l'intégration communautaire et l'Association des malentendants canadiens : ARCH Disability Law Centre, St-Jean-sur-Richelieu.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des centres de vie autonome : Shannon Law Office, Thunder Bay; Bérubé & Pion, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada : Melina Buckley, Vancouver.

Ambroise Joseph McKay *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* McKAY

Neutral citation: 2007 SCC 16.

File No.: 31641.

2007: March 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Defences — Defence of property.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 41.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Huband, Hamilton and Freedman JJ.A.) (2006), 208 Man. R. (2d) 15, 211 C.C.C. (3d) 74, [2006] 9 W.W.R. 383, 383 W.A.C. 15, [2006] M.J. No. 362 (QL), 2006 CarswellMan 260, 2006 MBCA 83, substituting for the acquittal a verdict of guilty of aggravated assault. Appeal allowed.

Evan J. Roitenberg and *Paul Cooper*, for the appellant.

Brian Wilford and *Richard Saull*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We agree with the Court of Appeal's decision to set aside the acquittal ((2006), 211 C.C.C. (3d) 74, 2006 MBCA 83). Defence of property under s. 41 alone could not justify the commission of the aggravated assault alleged in this case. We are not satisfied, however,

Ambroise Joseph McKay *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* McKAY

Référence neutre : 2007 CSC 16.

N° du greffe : 31641.

2007 : 23 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Moyens de défense — Défense de biens.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 41.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Huband, Hamilton et Freedman) (2006), 208 Man. R. (2d) 15, 211 C.C.C. (3d) 74, [2006] 9 W.W.R. 383, 383 W.A.C. 15, [2006] M.J. No. 362 (QL), 2006 CarswellMan 260, 2006 MBCA 83, qui a substitué à l'acquittement une déclaration de culpabilité pour voies de fait graves. Pourvoi accueilli.

Evan J. Roitenberg et *Paul Cooper*, pour l'appelant.

Brian Wilford et *Richard Saull*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LA JUGE EN CHEF — Nous souscrivons à la décision de la Cour d'appel d'annuler l'acquittement ((2006), 211 C.C.C. (3d) 74, 2006 MBCA 83). La défense des biens prévue à l'art. 41 ne saurait à elle seule justifier les voies de fait graves reprochées en l'espèce. Nous ne sommes toutefois pas convaincus 1

that the findings of the trial judge suffice to ground the conviction entered by the Court of Appeal. In particular, the trial judge made no finding that the appellant had intentionally stabbed the complainant. Moreover, he expressed reservations about the overall reliability of the evidence.

2 In so concluding, we should not be taken as endorsing the Court of Appeal's analysis on the scope of the defence of property. By way of clarification, we should not be taken as endorsing the view that "defence of property alone will never justify the use of anything more than minor force being used against a trespasser" (para. 15) or that, in all cases, "the defence of property alone will not justify the intentional use of a weapon against a trespasser" (para. 23).

3 The appeal is allowed, the conviction set aside, and the matter remitted to the Court of Queen's Bench for a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Gindin, Wolson, Simmonds, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Winnipeg.

que les conclusions du juge du procès suffisaient pour permettre à la Cour d'appel d'inscrire une déclaration de culpabilité. En particulier, le juge du procès n'a pas conclu que l'appelant avait intentionnellement poignardé le plaignant. En outre, il a exprimé des réserves au sujet de la fiabilité globale de la preuve.

Il ne faut pas déduire de cette constatation que nous retenons l'analyse qu'a faite la Cour d'appel relativement à la portée de la défense des biens. Par souci de précision, nous soulignons qu'il ne faut pas conclure que nous souscrivons à l'opinion selon laquelle la [TRADUCTION] « défense des biens ne justifiera jamais à elle seule le recours à une force autre que minime contre un intrus » (par. 15) ou que, dans tous les cas, [TRADUCTION] « la défense des biens ne justifiera pas à elle seule l'utilisation intentionnelle d'une arme contre un intrus » (par. 23).

L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et l'affaire est renvoyée à la Cour du Banc de la Reine pour qu'elle tienne un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Gindin, Wolson, Simmonds, Winnipeg.

Procureur de l'intimée : Justice Manitoba, Winnipeg.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 2007 Vol. 1

and Tables

Cited as [2007] 1 S.C.R. { i-lvii, 795-900

5e cahier, 2007 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2007] 1 R.C.S. { i-lvii, 795-900

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
RENÉE MARIA TREMBLAY
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
MONIQUE GROULX
PAULINE MCTAVISH
GINETTE MIGNEAULT
ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Support Assistant / Adjointe au soutien administratif
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, 2007.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

CONTENTS

Title Page i

List of Judges ii

Errata iv

Motions v

Table of Judgments xvii

Table of Cases Cited xxi

Statutes and Regulations Cited xlix

Authors Cited liii

Index 889

British Columbia (Attorney General) *v.* Christie 873

Constitutional law — Access to justice — Rule of law — Provincial tax on legal services — Whether tax unconstitutional because it infringes right to access to justice of low-income persons — Whether there is a general constitutional right to counsel in court or tribunal proceedings dealing with a person's rights and obligations — Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, c. 24.

Dunne *v.* Quebec (Deputy Minister of Revenue) 853

Constitutional law — Taxation — Provincial taxation power — Partner retiring from partnership — Retired partner not residing in Quebec or carrying on any business there from which he drew income — Quebec taxing percentage of retired partner's retirement allowance equivalent to percentage of partnership's total income earned in province — Whether impugned provisions of Taxation Act amounting to extraterritorial extension of province's taxing power — Constitution Act, 1867, s. 92(2) — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 608, 609, 612.1.

Taxation — Income tax — Partner retiring from partnership — Nature of retirement allowance — Quebec taxing percentage of retired partner's retirement allowance equivalent to percentage of partnership's total income earned in province — Retired partner not residing in Quebec or carrying on any business there from which he drew income — Whether province exceeded its taxing power — Whether Revenu Québec's assessment should be vacated — Constitution Act, 1867, s. 92(2) — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 608, 609, 612.1.

Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. *v.* Transat Tours Canada Inc. 867

Private international law — Jurisdiction of Quebec court — Forum non conveniens — Injunction order with

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre i

Liste des juges iii

Errata iv

Requêtes v

Table des jugements xix

Table de la jurisprudence xxxv

Lois et règlements cités li

Doctrine citée liii

Index 895

Colombie-Britannique (Procureur général) *c.* Christie 873

Droit constitutionnel — Accès à la justice — Primauté du droit — Taxe provinciale sur les services juridiques — La taxe est-elle inconstitutionnelle au motif qu'elle porterait atteinte au droit d'accès à la justice des personnes à faible revenu? — Existe-t-il un droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur les droits et obligations d'une personne? — Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, ch. 24.

Dunne *c.* Québec (Sous-ministre du Revenu) 853

Droit constitutionnel — Fiscalité — Pouvoir de taxation des provinces — Départ à la retraite d'un associé d'une société de personnes — Associé à la retraite qui ne réside pas au Québec et n'y exerce aucune entreprise dont il aurait tiré un revenu — Imposition par le Québec d'un pourcentage de l'allocation de retraite de l'associé correspondant au pourcentage du revenu total de la société gagné dans la province — Les dispositions contestées de la Loi sur les impôts donnent-elles une portée extraterritoriale au pouvoir de taxation de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2) — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 608, 609, 612.1.

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Départ à la retraite d'un associé d'une société de personnes — Nature de l'allocation de retraite — Imposition par le Québec d'un pourcentage de l'allocation de retraite de l'associé correspondant au pourcentage du revenu total de la société gagné dans la province — Associé à la retraite qui ne réside pas au Québec et n'y exerce aucune entreprise dont il aurait tiré un revenu — La province a-t-elle outrepassé son pouvoir de taxation? — La cotisation établie par Revenu Québec doit-elle être annulée? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2) — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 608, 609, 612.1.

Suite à la page suivante

extraterritorial effects — Allegation of breach of contract made by Quebec travel wholesaler against Mexican company that party to contract and against three other Mexican companies that parties to breach of contract — Forum selection clause in favour of Quebec courts — Alleged damage sustained in Quebec — Motion for injunction to require foreign companies to honour contract — Superior Court having jurisdiction to hear dispute — Difficulty enforcing injunction order with extraterritorial effects not factor affecting Superior Court's power to make order and not leading to conclusion that doctrine of forum non conveniens applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3148.

Madsen Estate *v.* Saylor **838**

Wills and estates — Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Whether assets held in joint accounts to be included in father's estate upon his death — Whether presumption of resulting trust rebutted — Whether presumption of advancement applicable.

Appeals — Supreme Court of Canada — Evidence — Assessment — Whether Supreme Court should consider evidence ignored by trial judge and make final determination rather than sending case back to trial.

Pecore *v.* Pecore **795**

Wills and estates — Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Whether assets in joint accounts to be included in father's estate upon his death — Whether presumption of resulting trust rebutted — Whether presumption of advancement applicable — Standard of proof applicable to rebut presumptions.

Wills and estates — Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Evidence to be considered in ascertaining transferor's intention — Whether evidence of intention that arises subsequent to transfer should be excluded.

Wills and estates — Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Nature of survivorship in context of joint accounts.

Gifts — Gratuitous transfer from parent to child — Presumption of advancement — Whether presumption applies between mother and child — Whether presumption applies only to transfers made between parent and minor child.

Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. *c.* Transat Tours Canada Inc. **867**

Droit international privé — Compétence du tribunal québécois — Forum non conveniens — Injonction à portée extraterritoriale — Allégation de bris de contrat faite par un grossiste en voyages québécois contre une société mexicaine avec qui elle a contracté et contre trois autres sociétés mexicaines qui ont participé à l'inobservation du contrat — Clause d'élection de for au contrat en faveur des tribunaux québécois — Préjudice allégué subi au Québec — Requête en injonction pour contraindre les sociétés étrangères à respecter le contrat — Cour supérieure compétente pour entendre le litige — Difficulté d'exécution de l'injonction à portée extraterritoriale ne constitue pas un facteur affectant le pouvoir de la Cour supérieure de la prononcer ni ne permet de conclure à l'application de la doctrine du forum non conveniens — Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64, art. 3135, 3148.

Pecore *c.* Pecore **795**

Successions — Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Les biens détenus dans les comptes conjoints doivent-ils êtres inclus dans la succession du père à son décès? — La présomption de fiducie résultoire est-elle réfutée? — La présomption d'avancement s'applique-t-elle? — Norme de preuve applicable pour réfuter les présomptions.

Successions — Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Éléments de preuve à prendre en compte pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert — La preuve de l'intention qui est postérieure au transfert doit-elle être exclue?

Successions — Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Nature du droit de survie dans le contexte de comptes conjoints.

Dons — Transfert à titre gratuit en faveur d'un enfant — Présomption d'avancement — Cette présomption s'applique-t-elle entre une mère et son enfant? — La présomption s'applique-t-elle uniquement aux transferts en faveur d'un enfant mineur?

Succession Madsen *c.* Saylor **838**

Successions — Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Les biens détenus dans les comptes conjoints

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

doivent-ils êtres inclus dans la succession du père à son décès? — La présomption de fiducie résultoire est-elle réfutée? — La présomption d'avancement s'applique-t-elle?

Appels — Cour suprême du Canada — Preuve — Appréciation — La Cour suprême devrait-elle examiner les éléments de preuve dont la juge de première instance n'a pas tenu compte et rendre une décision définitive plutôt que de renvoyer l'affaire pour la tenue d'une nouvelle instruction?

2007 Volume 1

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

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

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	RENÉE MARIA TREMBLAY
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	PAULINE MCTAVISH	ANNE-MARIE NOËL
MONIQUE GROULX	GINETTE MIGNEAULT	PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF CANADA © SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DU CANADA
OTTAWA, 2007

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

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

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

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

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

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

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

ERRATA

[1998] 1 S.C.R., p. 1173, para. 13, line 11 of the French version. Read "dans la *Loi sur les Indiens*" instead of "dans *Loi sur les indiens*".

[2000] 1 S.C.R., p. 445, para. 6, line 3 of the French version. Read "prescrit par" instead of "prescrit pas".

[2004] 1 S.C.R., p. 97, para. 20, line 7 of the French version. Read "l'intention" instead of "l'ntention".

[1998] 1 R.C.S., p. 1173, par. 13, ligne 11 de la version française. Lire « dans la *Loi sur les Indiens* » au lieu de « dans *Loi sur les indiens* ».

[2000] 1 R.C.S., p. 445, par. 6, ligne 3 de la version française. Lire « prescrit par » au lieu de « prescrit pas ».

[2004] 1 R.C.S., p. 97, par. 20, ligne 7 de la version française. Lire « l'intention » au lieu de « l'ntention ».

MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to May 31, 2007 – 1er janvier au 31 mai 2007)

1166134 Ontario Inc. v. Alcohol and Gaming Commission of Ontario, (Ont.), 31738, notice of discontinuance filed, 20.2.07, avis de désistement produit.

3234339 Canada Inc. c. Ministre du Revenu national, (C.F.), 31726, leave to appeal refused with costs, 22.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

620 Connaught Ltd. v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31661, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 1.2.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

9058-3956 Québec Inc. c. Ministre de la Sécurité publique et de la protection civile, (C.F.), 31780, leave to appeal refused with costs, 22.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

A.L. v. Minister of Community and Social Services, (Ont.), 31825, leave to appeal refused, 10.5.07, autorisation d'appel refusée.

A.V. c. E.V., (Qué.), 31861, leave to appeal refused, 31.5.07, autorisation d'appel refusée.

Abbott v. The Queen, (F.C.), 31816, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Abbott Laboratories v. Minister of Health, (F.C.), 31578, leave to appeal refused with costs, 8.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

African Lion Safari & Game Farm Ltd. v. Cowles, (Ont.), 31766, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Al-Musawi v. City of Montréal, (Que.), 31654, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Alberta Capital Region Wastewater Commission v. NAC Constructors Ltd., (Alta.), 31270, leave to appeal refused with costs, 1.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Alberta Union of Provincial Employees v. Provincial Health Authorities of Alberta, (Alta.), 31823, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Allan v. Attorney General of Ontario, (Ont.), 31425, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Anani v. Attorney General of Canada, (Ont.), 31758, leave to appeal refused with costs, 29.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aplin & Martin Consultants Ltd. v. Ministry of Water, Land and Air Protection, (B.C.), 31802, notice of discontinuance filed, 19.4.07, avis de désistement produit.

Apotex Inc. v. Merck & Co., (F.C.), 31754, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Apotex Inc. v. Merck & Co., (F.C.), 31754, leave to cross-appeal refused, 10.5.07, autorisation d'appel incident refusée.

Arcuri v. Adamson, (Alta.), 31822, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Aristorenas v. Comcare Health Services, (Ont.), 31760, leave to appeal refused with costs, 29.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Arsenault c. Arsenault, (Qué.), 31792, leave to appeal refused with costs, 3.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Arterial Vascular Engineering Canada Inc. v. Johnson & Johnson Inc., (F.C.), 31592, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Association des courtiers et agents immobiliers du Québec c. Proprio Direct Inc., (Qué.), 31664, leave to appeal granted, 8.3.07, autorisation d'appel accordée.

Association québécoise de lutte contre la pollution atmosphérique c. American Iron & Metal Co., (Qué.), 31778, leave to appeal refused with costs, 3.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Attorney General of British Columbia v. Insurance Corporation of British Colombia, (B.C.), 31515, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 8.2.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Auger c. Société canadienne des postes, (C.F.), 31732, leave to appeal refused, 8.3.07, autorisation d'appel refusée.

Automobiles Jalbert Inc. c. BMW Canada Inc., (Qué.), 31685, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

B.A.T. Industries P.L.C. v. British Columbia, (B.C.), 31716, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bablitz v. M.N.P., (Alta.), 31686, leave to appeal refused with costs, 12.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baker v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31524, leave to appeal refused, 22.2.07, autorisation d'appel refusée.

Balanyk v. Ontario Nurses' Association, (Ont.), 31789, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baldwin v. B2B Trust, (Ont.), 31737, leave to appeal refused with costs, 3.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Balic v. Balic, (B.C.), 31647, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Baltruweit v. Rubin, (Ont.), 31820, leave to appeal refused with costs on a party and party basis, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens comme entre parties.

Bérubé c. Rocuet, (Qué.), 31865, leave to appeal refused, 3.5.07, autorisation d'appel refusée.

Bonamy v. The Queen, (Sask.) (Crim.), 31742, leave to appeal refused, 8.2.07, autorisation d'appel refusée.

Boston Scientific Ltd. v. Johnson & Johnson Inc., (F.C.), 31591, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Bouchard c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31830, leave to appeal refused, 29.3.07, autorisation d'appel refusée.

Boucher c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31691, leave to appeal refused, 18.1.07, autorisation d'appel refusée.

Boudreau v. Minister of National Revenue, (F.C.), 31890, leave to appeal refused with costs, 17.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Brattas v. 9088-2895 Quebec Inc., (Que.), 31797, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

British American Tobacco Industries v. British Columbia, (B.C.), 31717, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

British Columbia v. Zastowny, (B.C.), 31552, leave to appeal granted, 8.2.07, autorisation d'appel accordée.

British Columbia Transit v. Canadian Federation of Students, (B.C.), 31845, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 3.5.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Burgess v. Canadian National Railway Co., (Ont.), 31698, leave to appeal refused with costs, 8.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

C.B. v. Sawadsky, (Ont.), 31745, leave to appeal refused with costs, 29.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

C.W. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31679, leave to appeal refused, 12.4.07, autorisation d'appel refusée.

Caisse populaire Desjardins de Drummondville c. Banque Nationale de Grèce, (Qué.), 31771, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. La Reine, (C.F.), 31787, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 24.5.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Canada Pipe Company Ltd. v. Commissioner of Competition, (F.C.), 31637, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Carreras Rothmans Ltd. v. British Columbia, (B.C.), 31718, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Castle v. Attorney General of the United States, (Ont.), 31819, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Catudal v. Borduas, (Que.), 31701, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Catudal v. Borduas, (Que.), 31701, leave to cross-appeal refused, 8.3.07, autorisation d'appel incident refusée.

Central Guarantee Trust Co. v. Ernst & Young Inc., (Alta.), 31794, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Charkaoui c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, (C.F.), 31597, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 15.3.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Chin v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31730, leave to appeal refused, 15.2.07, autorisation d'appel refusée.

Chopra v. The Queen, (F.C.), 31708, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Chu v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31866, leave to appeal refused, 3.5.07, autorisation d'appel refusée.

Chuang v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, (Ont.), 31638, leave to appeal refused, 15.2.07, autorisation d'appel refusée.

Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette, (Qué.), 31782, leave to appeal granted, 3.5.07, autorisation d'appel accordée.

CIT Financial Ltd. v. PricewaterhouseCoopers Inc., (B.C.), 31727, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

City of Saint John v. Amalgamated Transit Union, (N.B.), 31630, leave to appeal refused with costs, 22.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Procureur général du Québec, (Qué.), 31834, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Compagnie Wal-Mart du Canada c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 486, (Qué.), 31840, leave to appeal refused with costs, 3.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Conbora Forming Inc. v. Mid-Park Construction, (Ont.), 31567, notice of discontinuance filed, 1.2.07, avis de désistement produit.

Conceicao Farms Inc. v. Zeneca Corp., (Ont.), 31729, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Confédération des syndicats nationaux c. Procureur général du Canada, (Qué.), 31809, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 24.5.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Conversions by Vantasy Ltd. v. General Motors of Canada Ltd., (Man.), 31624, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Corporation of Norfolk County v. Peacock, (Ont.), 31639, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Correia c. Ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation, (Qué.), 31876, leave to appeal refused with costs, 31.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Crown Resources Corp. v. National Iranian Oil Co., (Ont.), 31684, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Currie v. Halton Regional Police Services Board, (Ont.), 31846, leave to appeal refused, 10.5.07, autorisation d'appel refusée.

D'Argy c. La Reine, (Qué.), 31725, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

Dalhousie Legal Aid Service v. Nova Scotia Power Inc., (N.S.), 31627, leave to appeal refused, 18.1.07, autorisation d'appel refusée.

Davis v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31867, leave to appeal refused, 10.5.07, autorisation d'appel refusée.

Dawn's Place Ltd. v. The Queen, (F.C.), 31779, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Deacon v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31596, leave to appeal refused, 11.1.07, autorisation d'appel refusée.

Denis c. Comité de révision de l'aide juridique, (Qué.), 31925, leave to appeal refused with costs, 31.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Design Services Ltd. v. The Queen, (F.C.), 31618, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.1.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Dillabough v. Besler, (Alta.), 31656, leave to appeal refused with costs, 15.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ding v. The Queen, (F.C.), 31873, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Director of the Human Rights and Citizenship Commission v. Alberta (Minister of Human Resources), (Alta.), 31667, leave to appeal refused, 12.4.07, autorisation d'appel refusée.

Domfer Metal Powders Ltd. v. Comité d'environnement de Ville-Émard, (Que.), 31841, leave to appeal granted with costs, 3.5.07, autorisation d'appel accordée avec dépens.

Domfer Metal Powders Ltd. v. Comité d'environnement de Ville-Émard, (Que.), 31841, leave to cross-appeal granted with costs, 3.5.07, autorisation d'appel incident accordée avec dépens.

Doucet c. Société de l'assurance automobile du Québec, (Qué.), 31919, leave to appeal refused with costs, 31.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Drew v. The Queen, (N.L.), 31750, leave to appeal refused with costs, 3.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Duffin Capital Corp. v. Minister of Municipal Affairs and Housing, (Ont.), 31663, leave to appeal refused with costs, 15.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Eliopoulo v. The Queen, (Ont.), 31783, leave to appeal refused with costs, 24.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Enernorth Industries Inc. v. Oakwell Engineering Ltd., (Ont.), 31620, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Entreprises Yves Roy Ltée c. Financement agricole Canada, (Qué.), 31709, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Esau v. Co-operators Life Insurance Co., (B.C.), 31580, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Evans v. Teamsters Local Union No. 31, (Y.T.), 31733, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 22.2.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Executive Director of the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board v. Information Commissioner of Canada, (F.C.), 31528, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fazio c. Banque Toronto-Dominion, (Qué.), 31800, leave to appeal refused, 3.5.07, autorisation d'appel refusée.

Ferguson v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31692, leave to appeal granted, 1.2.07, autorisation d'appel accordée.

Ferme Brune des Alpes Inc. c. Penterman, (Qué.), 31712, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Fitzsimmons v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31882, leave to appeal refused, 3.5.07, autorisation d'appel refusée.

Fleury c. Larose, (Qué.), 31673, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Free Trade Medical Network Inc. v. RBC Travel Insurance Co., (Ont.), 31710, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ganis v. Minister of Justice of Canada, (B.C.) (Crim.), 31805, leave to appeal refused, 17.5.07, autorisation d'appel refusée.

Gemex Developments Corp. v. Ch2M Gore & Storrie Ltd., (B.C.), 31711, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gendis Inc. v. Attorney General of Canada, (Man.), 31595, leave to appeal refused with costs, 8.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

General Motors Acceptance Corporation of Canada v. Royal Bank of Canada, (N.L.), 31690, leave to appeal refused with costs, 15.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ghanotakis c. Elizabeth Clots & Associés, (Qué.), 31829, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Gill v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31768, leave to appeal refused, 1.3.07, autorisation d'appel refusée.

Golzarian c. Procureur général du Québec, (Qué.), 31835, leave to appeal refused, 10.5.07, autorisation d'appel refusée.

Golzarian c. Procureur général du Québec, (Qué.), 31836, leave to appeal refused, 10.5.07, autorisation d'appel refusée.

Gosselin c. Procureur général du Canada, (C.F.), 31886, leave to appeal refused with costs, 24.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Granby Steel Tanks v. Westlake, (Ont.), 31615, leave to appeal refused with costs, 12.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Grenier c. St-Patrick's Academy "Old Boys" Association, (Qué.), 31741, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

H.J. Heinz Company of Canada v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31817, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

H.J. Heinz Company of Canada v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31818, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hammill v. The Queen, (F.C.), 31152, leave to appeal refused, 18.1.07, autorisation d'appel refusée.

Harabulya v. Ontario Ministry of Labour, (Ont.), 31665, leave to appeal refused with costs, 1.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hazout v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31129, leave to appeal refused, 19.4.07, autorisation d'appel refusée.

Histed v. Law Society of Manitoba, (Man.), 31695, leave to appeal refused with costs, 12.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Honda Canada Inc. v. Keays, (Ont.), 31739, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 29.3.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Houweling v. The Queen, (F.C.), 31791, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000, (Qué.), 31395, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 8.2.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Imperial Oil Ltd. v. Atlantic Oil Workers, (N.S.), 31676, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

J.J. Barnicke Winnipeg Ltd. v. ADA Holding Co., (Man.), 31796, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

J.J.R.D. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31767, leave to appeal refused, 10.5.07, autorisation d'appel refusée.

Jackowski v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31645, leave to appeal refused, 22.2.07, autorisation d'appel refusée.

Jackson c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31703, leave to appeal refused, 22.2.07, autorisation d'appel refusée.

Jackson v. King, (B.C.), 31850, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Janes v. The Queen, (N.L.), 31585, leave to appeal refused, 18.1.07, autorisation d'appel refusée.

Jeannotte c. Commission de la construction du Québec, (Qué.), 31859, leave to appeal refused, 31.5.07, autorisation d'appel refusée.

Jessen v. CHC Helicopters International Inc., (N.S.), 31650, leave to appeal refused with costs, 8.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Joad c. Hydro-Québec, (Qué.), 31923, leave to appeal refused, 31.5.07, autorisation d'appel refusée.

Johnson & Johnson v. Serhan, (Ont.), 31762, leave to appeal refused with costs, 12.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Juman v. Leden, (B.C.), 31590, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.1.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Khawaja v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31776, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

Kolitsidas c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31121, leave to appeal refused, 8.2.07, autorisation d'appel refusée.

Kolitsidas c. Ministre de la Justice du Canada, (Qué.) (Crim.), 31122, leave to appeal refused, 8.2.07, autorisation d'appel refusée.

L.L. c. S.P.L., (Qué.), 31675, leave to appeal refused with costs, 8.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

L.T.H. v. The Queen, (N.S.) (Crim.), 31763, leave to appeal granted, 29.3.07, autorisation d'appel accordée.

Lake v. Canada (Minister of Justice), (Ont.) (Crim.), 31631, leave to appeal granted, 1.2.07, autorisation d'appel accordée.

Lallman v. Lallman, (Ont.), 31671, leave to appeal refused with costs, 1.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lalumière c. Desormiers, (Qué.), 31759, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lau v. Commonwealth of Australia, (B.C.) (Crim.), 31740, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

Leboeuf c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31660, leave to appeal refused, 15.3.07, autorisation d'appel refusée.

Li v. Jiefang, (Que.), 31793, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

Liberty Mutual Insurance Co. v. Young, (Ont.), 31611, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Liorti v. Menzies, (Ont.), 31855, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lister v. The Queen, (F.C.), 31764, leave to appeal refused, 29.3.07, autorisation d'appel refusée.

Loubani v. Yassin, (B.C.), 31807, leave to appeal refused with costs, 29.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Lue v. Manulife Financial, (Ont.), 31774, leave to appeal refused, 19.4.07, autorisation d'appel refusée.

M.T. c. J.-Y.T., (Qué.), 31748, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 3.5.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

MacPhail v. Karasek, (Alta.), 31629, leave to appeal refused with costs, 8.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Marchand Syndics inc. c. Laperrière, (C.F.), 31799, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McCartney v. National Bank of Canada, (Ont.), 31556, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

McLeod v. Alberta Securities Commission, (Alta.), 31648, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Merchant Retail Services Ltd. v. Option Consommateurs, (Que.), 31756, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Merchant Retail Services Ltd. v. Option Consommateurs, (Que.), 31756, leave to cross-appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel incident refusée.

Minister of Alberta Infrastructure v. Chandos Construction Ltd., (Alta.), 31378, case remanded to the Court of Appeal to be dealt with in accordance with the decision of this Court in *Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City)*, [2007] 1 S.C.R. 116, 2007 SCC 3, 1.2.07, affaire renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue en fonction de l'arrêt de la Cour *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, [2007] 1 R.C.S. 116, 2007 CSC 3.

ML Plaza Holdings Ltd. v. Imperial Oil Ltd., (B.C.), 31849, leave to appeal refused with costs, 3.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Mlakar v. Johnston, (Ont.), 31677, leave to appeal refused, 12.4.07, autorisation d'appel refusée.

Mohammed v. York Fire and Casualty Insurance Co., (Ont.), 31540, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

MTS Allstream Inc. v. City of Calgary, (F.C.), 31838, leave to appeal refused with costs, 24.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

MTS Allstream Inc. v. City of Toronto, (F.C.), 31837, leave to appeal refused with costs, 24.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nelson v. The Queen, (B.C.), 31697, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nelson Marketing International Inc. v. Royal & Sun Alliance Insurance Co., (B.C.), 31643, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

New Brunswick Human Rights Commission v. Potash Corporation of Saskatchewan, (N.B.), 31652, leave to appeal granted, 29.3.07, autorisation d'appel accordée.

Nicholson v. Kurtz, (Alta.), 31621, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nixon v. Vancouver Rape Relief Society, (B.C.), 31633, leave to appeal refused with costs, 1.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Nygard International Partnership Associates v. Michalowski, (Man.), 31751, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Oberthur Jeux et Technologies c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 145, (Qué.), 31734, leave to appeal refused with costs, 22.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ontario Public Service Employees Union v. The Queen, (Ont.), 31636, leave to appeal refused, 15.2.07, autorisation d'appel refusée.

Owusu v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31757, leave to appeal refused, 29.3.07, autorisation d'appel refusée.

Palechuk v. Fahrlander, (Alta.), 31672, leave to appeal refused with costs, 1.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Papillon c. Ordre des comptables agréés du Québec, (Qué.), 31832, leave to appeal refused, 19.4.07, autorisation d'appel refusée.

Paquin c. Déry, (Qué.), 31582, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

Parsons v. City of Richmond, (B.C.), 31803, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Patrice c. Automobiles Renault Canada Ltée, (Qué.), 31683, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Paul v. Attorney General of Ontario, (Ont.), 31649, leave to appeal refused, 15.2.07, autorisation d'appel refusée.

Peart v. Peel Regional Police Services Board, (Ont.), 31798, leave to appeal refused with costs, 29.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Peckhover v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31839, leave to appeal refused, 10.5.07, autorisation d'appel refusée.

Pekarek v. Manufacturers Life Insurance Co., (B.C.), 31581, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Perreault c. 123476 Canada Inc., (Qué.), 31827, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Philip Morris Inc. v. The Queen, (B.C.), 31720, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Philip Morris Inc. v. The Queen, (B.C.), 31721, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Piche v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31801, leave to appeal refused, 1.3.07, autorisation d'appel refusée.

Polches v. The Queen, (N.B.), 31495, case remanded to the Court of Appeal to be dealt with in accordance with the decision of this Court in *R. v. Morris*, [2006] 2 S.C.R. 915, 2006 SCC 59, 25.1.07, affaire renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue en fonction de l'arrêt de la Cour *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915, 2006 CSC 59.

Port Enterprises Ltd. v. The Queen, (N.L.), 31623, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Privacy Commissioner of Canada v. Blood Tribe Department of Health, (F.C.), 31755, leave to appeal granted, 29.3.07, autorisation d'appel accordée.

Pronovost c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31700, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

Prudenza v. United States of America, (Ont.) (Crim.), 31696, leave to appeal refused, 1.2.07, autorisation d'appel refusée.

R. v. Ciarniello, (Ont.) (Crim.), 31694, leave to appeal refused with costs, 8.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

R. v. Elms, (Ont.) (Crim.), 31714, leave to appeal refused, 8.3.07, autorisation d'appel refusée.

R. v. L.M., (Qué.) (Crim.), 31577, leave to appeal granted, 8.2.07, autorisation d'appel accordée.

R. v. Mathieu, (Qué.) (Crim.), 31662, leave to appeal granted, 8.2.07, autorisation d'appel accordée.

R. v. McIvor, (B.C.) (Crim.), 31642, leave to appeal granted, 25.1.07, autorisation d'appel accordée.

R. v. McLarty, (F.C.), 31516, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 22.2.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

R. v. McLarty, (F.C.), 31516, leave to cross-appeal granted, 22.2.07, autorisation d'appel incident accordée.

R. v. Powers, (B.C.) (Crim.), 31728, leave to appeal refused, 19.4.07, autorisation d'appel refusée.

R.J. Reynolds Tobacco Co. v. The Queen, (B.C.), 31715, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ratiopharm Inc. v. Pfizer Canada Inc., (F.C.), 31607, leave to appeal refused with costs, 1.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Raymond Chabot Inc. c. Procureur général du Canada, (Qué.), 31689, leave to appeal refused with costs, 22.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Read v. Attorney General of Canada, (F.C.), 31682, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Redeemer Foundation v. Minister of National Revenue, (F.C.), 31753, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 10.5.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Redman v. Corporation of the District of Saanich, (B.C.), 31674, leave to appeal refused with costs, 15.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Rejeb c. École Polytechnique de Montréal, (Qué.), 31658, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Rhora v. The Queen, (Ont.), 31699, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ridout v. Ridout, (Man.), 31610, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ring Contracting Ltd. v. Aecon Construction Group Inc., (B.C.), 31625, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Rolfe v. Ontario Civilian Commission on Police Services, (Ont.), 31824, leave to appeal refused, 3.5.07, autorisation d'appel refusée.

Ross v. Ross, (P.E.I.), 31781, leave to appeal refused, 12.4.07, autorisation d'appel refusée.

Russell v. Ontario Civilian Commission on Police Services, (Ont.), 31785, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ryan v. Purba, (Alta.), 31655, leave to appeal refused with costs, 1.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ryesekks P.L.C. v. The Queen, (B.C.), 31719, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc., (F.C.), 31786, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc., (F.C.), 31821, leave to appeal refused with costs, 3.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Pharmascience Inc., (F.C.), 31640, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Pharmascience Inc., (F.C.), 31640, leave to cross-appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel incident refusée avec dépens.

Sargsyan v. Westman Regional Laboratory Services Inc., (Man.), 31831, leave to appeal refused with costs, 17.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Saulnier v. Royal Bank of Canada, (N.S.), 31622, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 8.2.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur du demandeur quelle que soit l'issue de l'appel.

Sauvé v. Cotes, (Ont.), 31784, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Saviro International v. Cadillac Gage Co., (Ont.), 31670, leave to appeal refused with costs, 1.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sawridge Band v. The Queen, (F.C.), 31609, leave to appeal refused with costs, 8.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schmidt v. Daigle, (N.B.), 31628, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Schreiber v. Federal Republic of Germany, (Ont.) (Crim.), 31340, leave to appeal refused, 1.2.07, autorisation d'appel refusée.

Scott Paper Ltd. v. The Queen, (F.C.), 31814, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sécurité Kolossal Inc. c. Union des agents de sécurité du Québec, (Qué.), 31790, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Sikorsky Aircraft Corp. v. Hayes Heli-Log Services Ltd., (B.C.), 31736, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 22.2.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Simanek v. The Queen, (Ont.), 31707, leave to appeal refused, 1.2.07, autorisation d'appel refusée.

Singh v. Attorney General of Canada, (B.C.), 31926, notice of discontinuance filed, 23.3.07, avis de désistement produit.

Singh v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31558, leave to appeal granted, 11.1.07, autorisation d'appel accordée.

Société de l'assurance automobile du Québec c. Cyr, (Qué.), 31657, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 25.1.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Spidel v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31744, leave to appeal refused, 12.4.07, autorisation d'appel refusée.

St-Georges c. La Reine, (C.F.), 31601, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stefaniu v. Ahmed, (Ont.), 31765, leave to appeal refused with costs, 5.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Stein v. Stein, (B.C.), 31704, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 29.3.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Stohl c. The Queen, (C.F.), 31568, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Superintendent of Financial Services v. National Bank of Canada, (Ont.), 31761, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 3.5.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Syndicat des salarié(e)s d'entretien du RTC c. Réseau de transport de la capitale, (Qué.), 31562, leave to appeal refused with costs, 11.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat des travailleurs des Épiciers unis Métro-Richelieu c. Métro-Richelieu inc., (Qué.), 31915, leave to appeal refused with costs, 31.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida Inc. c. Procureur général du Canada, (Qué.), 31810, leave to appeal granted, 24.5.07, autorisation d'appel accordée.

Szewczyk v. Real Estate Council of Ontario, (Ont.), 31788, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TD Insurance Home and Auto v. Sivakumar, (Ont.), 31584, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tele-Mobile Co. v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31644, leave to appeal granted, 1.2.07, autorisation d'appel accordée.

Thibault c. Paradis, (Qué.), 31632, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Thompson v. Claude Resources Inc., (Sask.), 31735, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Toyota Canada Inc. c. Harmegnies, (Qué.), 31705, leave to appeal refused with costs, 8.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Transportaction Lease System Inc. v. Yeung, (B.C.), 31549, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 1.2.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Travel Just v. Canada Revenue Agency, (F.C.), 31804, leave to appeal refused with costs, 3.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tremblay c. Lepage, (Qué.), 31594, leave to appeal refused with costs, 18.1.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tremblay c. Ministre du Revenu national, (C.F.), 31844, leave to appeal refused with costs, 31.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Trick v. Trick, (Ont.), 31653, leave to appeal refused, 1.2.07, autorisation d'appel refusée.

Tsai v. Pochwalowski, (Ont.), 31619, leave to appeal refused with costs, 1.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Tucker v. The Queen, (Ont.) (Crim.), 31743, leave to appeal refused, 22.2.07, autorisation d'appel refusée.

Tuquabo v. United Steel Workers of America Local 9597, (Ont.), 31723, leave to appeal refused, 1.2.07, autorisation d'appel refusée.

Turchin c. États-Unis d'Amérique, (Qué.) (Crim.), 31481, leave to appeal refused, 31.5.07, autorisation d'appel refusée.

Turcotte c. La Reine, (Qué.) (Crim.), 31747, leave to appeal refused, 5.4.07, autorisation d'appel refusée.

Vasarhelyi v. The Queen, (F.C.), 31888, leave to appeal refused with costs, 24.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Vasarhelyi v. The Queen, (F.C.), 31889, leave to appeal refused with costs, 24.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Verdicchio v. City of Montréal, (Que.), 31666, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Vernon v. General Motors of Canada Ltd., (Ont.), 30888, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Ville de Montréal c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, (Qué.), 31551, leave to appeal granted with costs to the applicant in any event of the cause, 11.1.07, autorisation d'appel accordée avec dépens en faveur de la demanderesse quelle que soit l'issue de l'appel.

Villella v. The Queen, (Alta.) (Crim.), 31828, leave to appeal refused, 19.4.07, autorisation d'appel refusée.

Wal-Mart Canada Corp. v. Saskatchewan Labour Relation Board, (Sask.), 31813, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Waxman v. Waxman, (Ont.), 31752, leave to appeal refused with costs, 22.2.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

WIC Radio Ltd. v. Simpson, (B.C.), 31608, leave to appeal granted, 1.2.07, autorisation d'appel accordée.

Wiebe v. The Queen, (Man.), 31860, leave to appeal refused with costs, 10.5.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wilder v. The Queen, (B.C.) (Crim.), 31279, leave to appeal refused, 22.2.07, autorisation d'appel refusée.

Wong v. Wong, (Ont.), 31724, leave to appeal refused with costs, 1.3.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Wynberg v. The Queen, (Ont.), 31713, leave to appeal refused, 12.4.07, autorisation d'appel refusée.

Zsoldos v. Ontario Association of Architects, (Ont.), 31769, leave to appeal refused with costs, 19.4.07, autorisation d'appel refusée avec dépens.

Zundel v. The Queen, (F.C.), 31775, leave to appeal refused with costs, 12.4.07, autorisation d'appel refusée 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

A

Almrei v. Canada (Citizenship and Immigration) 350

B

Beaudry, R. v. 190
British Columbia (Attorney General) v. Christie .. 873
Bryan, R. v. 527

C

Canada (Attorney General) v. Hislop 429
Canada (Citizenship and Immigration), Almrei v. 350
Canada (Citizenship and Immigration), Charkaoui v. 350
Canada (Citizenship and Immigration), Harkat v. 350
Canada (Commissioner of Customs and Revenue), Little Sisters Book and Art Emporium v. 38
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) 350
Christie, British Columbia (Attorney General) v. 873
Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc. 650

D

Dickie v. Dickie 346
Double N Earthmovers Ltd. v. Edmonton (City) 116
Dunne v. Quebec (Deputy Minister of Revenue)... 853

E

Edmonton (City), Double N Earthmovers Ltd. v. 116

PAGE

F

Fraternité des policiers de Lévis Inc., Lévis (City) v. 591

H

Hanke, Resurfice Corp. v. 333
Harkat v. Canada (Citizenship and Immigration) 350
Hislop, Canada (Attorney General) v. 429

I

Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. Transat Tours Canada Inc. 867

K

Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance) 3
Kremikovtzi Trade, Phoenix Bulk Carriers Ltd. v. 588

L

Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc. 591
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue) 38

M

Madsen Estate v. Saylor 838
McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal 161
McKay, R. v. 793

PAGE

N

New Brunswick (Finance), Kingstreet Investments Ltd. v. 3

P

Pecore v. Pecore 795
Phoenix Bulk Carriers Ltd. v. Kremikovtzi Trade 588

Q

Quebec (Deputy Minister of Revenue), Dunne v. 853

R

R. v. Beaudry 190
R. v. Bryan 527
R. v. McKay 793
R. v. Spencer 500
R. v. Trochym 239
Resurfice Corp. v. Hanke 333

S

Saylor, Madsen Estate v. 838
Spencer, R. v. 500
Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal, McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. 161

T

Transat Tours Canada Inc., Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. v. 867
Trochym, R. v. 239

V

VIA Rail Canada Inc., Council of Canadians with Disabilities v. 650

TABLE DES JUGEMENTS

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

PAGE

A

Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration) ... 350

B

Beaudry, R. c. ... 190
Bryan, R. c. ... 527

C

Canada (Citoyenneté et Immigration), Almrei c. ... 350
Canada (Citoyenneté et Immigration), Charkaoui c. ... 350
Canada (Citoyenneté et Immigration), Harkat c. ... 350
Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu), Little Sisters Book and Art Emporium c. ... 38
Canada (Procureur général) c. Hislop ... 429
Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal ... 161
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) ... 350
Christie, Colombie-Britannique (Procureur général) c. ... 873
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie ... 873
Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc. ... 650

D

Dickie c. Dickie ... 346
Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville) ... 116
Dunne c. Québec (Sous-ministre du Revenu) ... 853

PAGE

E

Edmonton (Ville), Double N Earthmovers Ltd. c. ... 116

F

Fraternité des policiers de Lévis Inc., Lévis (Ville) c. ... 591

H

Hanke, Resurfice Corp. c. ... 333
Harkat c. Canada (Citoyenneté et Immigration) ... 350
Hislop, Canada (Procureur général) c. ... 429

I

Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. Transat Tours Canada Inc. ... 867

K

Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances) ... 3
Kremikovtzi Trade, Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. ... 588

L

Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc. ... 591
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu) ... 38

M

McKay, R. c. ... 793

PAGE

N

Nouveau-Brunswick (Finances), Kingstreet Investments Ltd. c. 3

P

Pecore c. Pecore 795
Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. Kremikovtzi Trade 588

Q

Québec (Sous-ministre du Revenu), Dunne c. 853

R

R. c. Beaudry 190
R. c. Bryan 527
R. c. McKay 793
R. c. Spencer 500
R. c. Trochym 239
Resurfice Corp. c. Hanke 333

S

Saylor, Succession Madsen c. 838
Spencer, R. c. 500
Succession Madsen c. Saylor 838
Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal, Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. 161

T

Transat Tours Canada Inc., Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V. c. 867
Trochym, R. c. 239

V

VIA Rail Canada Inc., Conseil des Canadiens avec déficiences c. 650

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
A		
A. v. Secretary of State for the Home Department	[2005] 3 All E.R. 169 [2004] UKHL 56	414
Abel Skiver Farm Corp. v. Town of Sainte-Foy	[1983] 1 S.C.R. 403	27
Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171	406
Ainsley Financial Corp. v. Ontario Securities Commission	(1994), 21 O.R. (3d) 104	777
Air Canada v. British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1161	9
Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)	[1997] 2 S.C.R. 581	10
Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College	[2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28	607
Allied Auto Parts Ltd. v. Canadian Transport Commission	[1983] 2 F.C. 248	738
Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	(2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645	406
Alworth v. Minister of Finance	[1978] 1 S.C.R. 447	860
Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1977] 2 S.C.R. 576	15
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143	181, 883
Andrews v. Ontario (Minister of Health)	(1988), 64 O.R. (2d) 258	492
Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission	[1969] 2 W.L.R. 163	647
Application by Yvonne Gaudet, on behalf of Marcella Arsenault	CTA Decision No. 641-AT-R-1998, December 29, 1998	718
Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)	[2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42	376
Aroso v. Coutts	[2002] 1 All E.R. (Comm) 241, [2001] EWHC Ch 443	817
Association des pompiers de Laval v. Ville de Laval	[1985] T.A. 446	617
ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)	[2006] 1 S.C.R. 140, 2006 SCC 4	608
Athey v. Leonati	[1996] 3 S.C.R. 458	342
Attorney General of Quebec v. Blaikie	[1979] 2 S.C.R. 1016	468
B		
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 214	881
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	(1992), 10 O.R. (3d) 321	86
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315	86
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	375, 738
Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.	[2002] 2 S.C.R. 601, 2002 SCC 43	36
Barrie Public Utilities v. Canadian Cable Television Assn.	[2003] 1 S.C.R. 476, 2003 SCC 28	688
Bayley v. Trusts and Guarantee Co.	[1931] 1 D.L.R. 500	814
Beaudoin v. Roy	[1984] R.L. 315	645
Bell v. Attorney General for Prince Edward Island	[1975] 1 S.C.R. 25	644
Benner v. Canada (Secretary of State)	[1997] 1 S.C.R. 358	445

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Blackwater v. Plint	[2005] 3 S.C.R. 3, 2005 SCC 58	342
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16	283
British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.	[2004] 2 S.C.R. 74, 2004 SCC 38	30
British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.	[2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49	418, 882
British Columbia v. SCI Engineers & Constructors Inc.	(1993), 22 B.C.A.C. 89	151
British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band	(2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647	90
British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band	[2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71	47, 79, 102
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU	[1999] 3 S.C.R. 3	168, 180, 694, 758
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)	[1999] 3 S.C.R. 868	168, 694, 759
Brock v. Tarrant Film Factory Ltd.	(2000), 37 C.H.R.R. D/305	703
Burns Estate v. Mellon	(2000), 48 O.R. (3d) 641	814
Burral v. State	724 A.2d 65 (1999)	261

C

Canada (Attorney General) v. Mossop	[1993] 1 S.C.R. 554	492
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada	[1993] 1 S.C.R. 941	692
Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.	[2001] 2 S.C.R. 100, 2001 SCC 36	753
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.	[1997] 1 S.C.R. 748	755
Canada Post Corp. v. Smith	(1998), 40 O.R. (3d) 97	647
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)	[1995] 1 S.C.R. 157	607, 649
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)	[2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4	59
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114	700
Canadian National Railway Co. v. Ferroequus Railway Co.	[2002] F.C.J. No. 762 (QL), 2002 FCA 193	671, 768
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 1133	26
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal	[1987] 1 S.C.R. 711	127
Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)	[2003] 4 F.C. 558, 2003 FCA 271	686
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.	[1979] 2 S.C.R. 227	648, 687
Carter v. Carter	(1969), 70 W.W.R. 237	80
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)	[1990] 2 S.C.R. 489	170, 701, 765
Central Okanagan School District No. 23 v. Renaud	[1992] 2 S.C.R. 970	173, 702
Charkaoui (Re)	[2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882	405
Charkaoui (Re)	[2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248	378
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)	[2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9	882
Chevron Oil Co. v. Huson	404 U.S. 97 (1971)	469
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1992] 1 S.C.R. 711	370
Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3	755
Cho Ki Yau Trust (Trustees of) v. Yau Estate	(1999), 29 E.T.R. (2d) 204	812, 829
Christmas Estate v. Tuck	(1995), 10 E.T.R. (2d) 47	812, 834

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Clarke v. Hambly	(2002), 46 E.T.R. (2d) 166, 2002 BCSC 1074	834
Clemens v. Clemens Estate	[1956] S.C.R. 286	818
Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin	[1994] 2 S.C.R. 525	170, 181, 699, 765
Commissioner of State Revenue (Victoria) v. Royal Insurance Australia Ltd.	(1994), 182 C.L.R. 51	29
Continental Bank Leasing Corp. v. Canada	[1998] 2 S.C.R. 298	858
Cook v. Lewis	[1951] S.C.R. 830	344
Cooper v. Cooper Estate	(1999), 27 E.T.R. (2d) 170	811, 833
Csak v. Aumon	(1990), 69 D.L.R. (4th) 567	802

D

Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.	[1994] 3 S.C.R. 835	583
Dagle v. Dagle Estate	(1990), 38 E.T.R. 164	809, 834
Daniels v. White	[1968] S.C.R. 517	639
Danson v. Ontario (Attorney General)	[1990] 2 S.C.R. 1086	886
Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.	509 U.S. 579 (1993)	263, 307
Davidson v. Davidson	(1986), 33 D.L.R. (4th) 161	488
Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1993] 1 S.C.R. 1053	373, 884
Director of Public Prosecutions v. Ping Lin	[1976] A.C. 574	509
Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	[2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19	609, 754
Dreger (Litigation Guardian of) v. Dreger	(1994), 5 E.T.R. (2d) 250	814, 833
Duguay et Paspébiac (Ville de)	D.T.E. 2003T-47, SOQUIJ AZ-50152875	621
Duval v. The King	(1938), 64 B.R. 270	639

E

Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)	[1989] 2 S.C.R. 1326	460, 548
Edwards v. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	468
Edwards v. Bradley	[1956] O.R. 225	815
Edwards v. Bradley	[1957] S.C.R. 599	809, 836
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	445, 493
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	699
Eur. Court H.R., Chahal v. United Kingdom	judgment of 15 November 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-V	397
Eur. Court H.R., Soering case	judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161	405
Eurig Estate (Re)	[1998] 2 S.C.R. 565	13

F

Fortin v. Chrétien	[2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45	883
Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Ste-Marthe-sur-le-Lac v. Deux-Montagnes (Ville de)	J.E. 2001-524, SOQUIJ AZ-50083424	617
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. v. Communauté urbaine de Montréal	[1985] 2 S.C.R. 74	614
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	639
Frye v. United States	293 F. 1013 (1923)	308

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
G		
Garland v. Consumers' Gas Co.	[2004] 1 S.C.R. 629, 2004 SCC 25	24
Gateway Packers 1968 Ltd. v. Burlington Northern (Manitoba) Ltd.	[1971] F.C. 359	738
Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)	[2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31	385
Graham Industrial Services Ltd. v. Greater Vancouver Water District	(2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5	151
Grey (Lord) v. Grey (Lady)	(1677), 2 Swans. 594, 36 E.R. 742	832
Grey (Lord) v. Grey (Lady)	(1677), Rep. Temp. Finch 338, 23 E.R. 185	808
Guimond v. Quebec (Attorney General)	[1996] 3 S.C.R. 347	471
Gunn v. Harper	(1902), 3 O.L.R. 693	462
H		
H.L. v. Canada (Attorney General)	[2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25	232, 296
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	[2004] 3 S.C.R. 511, 2004 SCC 73	339
Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.	[2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9	65
Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp.	392 U.S. 481 (1968)	30
Harding v. State	246 A.2d 302 (1968)	270
Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628	406
Harper v. Canada (Attorney General)	[2004] 1 S.C.R. 827, 2004 SCC 33	535, 557, 570
Harvey v. New Brunswick (Attorney General)	[1996] 2 S.C.R. 876	548
Hepworth v. Hepworth	(1870), L.R. 11 Eq. 10	833
Hill v. Chief Constable of West Yorkshire	[1988] 2 All E.R. 238	208
Hill v. Hill	(1904), 8 O.L.R. 710	815
Hollis v. Dow Corning Corp.	[1995] 4 S.C.R. 634	846
Horvath v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 376	303
Housen v. Nikolaisen	[2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33	220, 339
Howard v. University of British Columbia	(1993), 18 C.H.R.R. D/353	703
Hubert v. DeCamillis	(1963), 41 D.L.R. (2d) 495	462
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	468
Hutchinson v. British Columbia (Ministry of Health) (No. 4)	(2004), 49 C.H.R.R. D/348, 2004 BCHRT 58	735
Hyman v. Hyman	[1934] 4 D.L.R. 532	808
I		
Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599	508, 513
Idziak v. Canada (Minister of Justice)	[1992] 3 S.C.R. 631	371
In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)	[2005] 2 A.C. 680, [2005] UKHL 41	465
J		
Jaballah, Re	(2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299	378
Jaballah (Re)	(2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230	369

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Jeans v. Cooke	(1857), 24 Beav. 513, 53 E.R. 456	818
Jim Pattison Industries Ltd. v. The Queen	[1984] 2 F.C. 954	488
John Carten Personal Law Corp. v. British Columbia (Attorney General)	(1997), 40 B.C.L.R. (3d) 181	878
Johnstone v. Johnstone	(1913), 12 D.L.R. 537	814
Jones v. Coxeter	(1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642	79
Jordan House Ltd. v. Menow	[1974] S.C.R. 239	337

K

Kane v. Ontario (Attorney General)	(1997), 152 D.L.R. (4th) 738	494
Kappler v. Beaudoin	[2000] O.J. No. 3439 (QL)	834
Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick (Finance)	[2007] 1 S.C.R. 3, 2007 SCC 1	494, 497
Knodel v. British Columbia (Medical Services Commission)	(1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356	492
Kourtessis v. M.N.R.	[1993] 2 S.C.R. 53	418
Krieger v. Law Society of Alberta	[2002] 3 S.C.R. 372, 2002 SCC 65	214

L

L'Île-Perrot (Ville de) et Union des employés de service, section locale 800	D.T.E. 2000T-619	621
Larondeau v. Laurendeau	[1954] O.W.N. 722	816
Lattimer v. Lattimer	(1978), 18 O.R. (2d) 375	809
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)	[2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61	296, 883
Lavelle v. Lavelle	[2004] EWCA Civ 223 (BAILII)	819
Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1999] 1 S.C.R. 497	444
Law Society of British Columbia v. Mangat	[2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67	883
Law Society of New Brunswick v. Ryan	[2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20	648, 692, 753
Law Society of Upper Canada v. Ernst & Young	(2002), 59 O.R. (3d) 214	30
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	468
Lévis (Ville de) v. Syndicat des policiers et pompiers de Lévis	D.T.E. 89T-344	615
Lew v. Lee	[1924] S.C.R. 612	461
Libman v. Quebec (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 569	545
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	(1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241	91
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	[2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69	49, 84, 91
Lohia v. Lohia	[2001] EWCA Civ 1691 (BAILII)	814

M

M. v. H.	(1996), 96 O.A.C. 173	493
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3	439, 491
M. v. Secretary of State for the Home Department	[2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324	399
M. v. Secretary of State for the Home Department	[2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004	399
M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.	[1999] 1 S.C.R. 619	127, 149

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
MacDonald v. University of British Columbia	(2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412	59
MacDonald Estate v. Martin	[1990] 3 S.C.R. 1235	883
MacKay v. Manitoba	[1989] 2 S.C.R. 357	885
Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)	[2002] 1 S.C.R. 405, 2002 SCC 13	34, 470
Madsen Estate v. Saylor	[2007] 1 S.C.R. 838, 2007 SCC 18	827
Maine Human Rights Commission v. City of South Portland	508 A.2d 948 (1986)	703
Maple Leaf Meats Inc. v. United Food and Commercial Workers' International Union, Locals 175 and 633	(2001), 149 O.A.C. 295	174
Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada	[1982] 2 S.C.R. 2	212
Markadonis v. The King	[1935] S.C.R. 657	327
Martel Building Ltd. v. Canada	[2000] 2 S.C.R. 860, 2000 SCC 60	127, 149
Massicotte v. Boutin	[1969] S.C.R. 818	619
Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.	[2006] 1 S.C.R. 772, 2006 SCC 22	648, 753
Matter of Berson	566 N.Y.S.2d 74 (1991)	817
Matter of Halpern	303 N.Y. 33 (1951)	817
Matter of Totten	179 N.Y. 112 (1904)	817
McGrath v. Wallis	[1995] 2 F.L.R. 114	814
McKinney v. University of Guelph	[1990] 3 S.C.R. 229	493, 548, 574
McLear v. McLear Estate	(2000), 33 E.T.R. (2d) 272	810, 833
Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51	369
Memorial Hospital, Bowmanville and O.N.A., Re	(1993), 35 L.A.C. (4th) 401	174
Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796	[1970] S.C.R. 425	647
Minister of National Revenue v. Wahn	[1969] S.C.R. 404	860
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418	34, 463, 488
Monahan v. Nelson	(2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297	462
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	[2004] 3 S.C.R. 152, 2004 SCC 54	609
Mordo v. Nitting	[2006] B.C.J. No. 3081 (QL), 2006 BCSC 1761	816
Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)	[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41	371
Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40	378
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	620, 639

N

National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)	[1990] 2 S.C.R. 1324	692
Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.	[2001] 2 S.C.R. 943, 2001 SCC 58	135
Neazor v. Hoyle	(1962), 32 D.L.R. (2d) 131	819
Nelson v. Nelson	(1995), 184 C.L.R. 538	828
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)	[1999] 3 S.C.R. 46	374, 884
Newfoundland Association of Public Employees v. Newfoundland (Green Bay Health Care Centre)	[1996] 2 S.C.R. 3	607

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Niles v. Lake	[1947] S.C.R. 291	806, 836
Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin	[2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54	464, 488

O

Odhavji Estate v. Woodhouse	[2003] 3 S.C.R. 263, 2003 SCC 69	59
Office and Professional Employees' International Union, Local 378 v. British Columbia (Hydro and Power Authority)	[2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8	59
Oliver Estate v. Walker	[1984] B.C.J. No. 460 (QL)	834
Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education	[1996] 2 S.C.R. 929	860
Ontario Human Rights Commission v. Borough of Etobicoke	[1982] 1 S.C.R. 202	172, 702
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	171, 702
Organ v. Barnett	(1992), 11 O.R. (3d) 210	85

P

Pacific National Investments Ltd. v. Victoria (City)	[2004] 3 S.C.R. 575, 2004 SCC 75	23
Paramount Enterprises International, Inc. v. An Xin Jiang (The)	[2001] 2 F.C. 551	590
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324	[2003] 2 S.C.R. 157, 2003 SCC 42	173, 180, 609
Pasiechnyk v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 S.C.R. 890	688
Pecore v. Pecore	(2004), 7 E.T.R. (3d) 113	849
Pecore v. Pecore	(2005), 19 E.T.R. (3d) 162	849
Pecore v. Pecore	[2007] 1 S.C.R. 795, 2007 SCC 17	841, 848
Peel (Regional Municipality) v. Canada	[1992] 3 S.C.R. 762	23
Pelland v. St-Antoine (Ville de)	J.E. 94-499, 1994 CarswellQue 1900	617
Péloquin v. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec	[2000] R.J.Q. 2215	614
People v. McDowell	427 N.Y.S.2d 181 (1980)	259
People v. Shirley	723 P.2d 1354 (1982)	270
Pettitt v. Pettitt	[1970] A.C. 777	814, 830
Plamondon v. Czaban	(2004), 8 E.T.R. (3d) 135, 2004 ABCA 161	834
Prime v. State	767 P.2d 149 (1989)	303
Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)	[2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44	382
Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan	[1941] S.C.R. 396	644
Prudential Trust Co. v. Forseth	[1960] S.C.R. 210	846
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	607, 646, 688

Q

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Maksteel Québec Inc.	[2003] 3 S.C.R. 228, 2003 SCC 68	616
Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)	[2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27	705

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Québec (Procureur général) v. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)	[2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311	173
Quesnel v. London Educational Health Centre	(1995), 28 C.H.R.R. D/474	703

R

R. v. A.G.	[2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17	218
R. v. Arcangioli	[1994] 1 S.C.R. 129	320
R. v. Arp	[1998] 3 S.C.R. 339	279, 330
R. v. B. (A.)	(2004), 27 C.R. (6th) 283	304
R. v. B. (C.R.)	[1990] 1 S.C.R. 717	280
R. v. B. (S.C.)	(1997), 36 O.R. (3d) 516	319
R. v. Baltovich	(2004), 73 O.R. (3d) 481	274, 304
R. v. Beare	[1988] 2 S.C.R. 387	208
R. v. Béland	[1987] 2 S.C.R. 398	276
R. v. Bennett	(2003), 179 C.C.C. (3d) 244	320
R. v. Bernier	[2004] Q.J. No. 11567 (QL)	259
R. v. Bernshaw	[1995] 1 S.C.R. 254	210
R. v. Bevan	[1993] 2 S.C.R. 599	331
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	460
R. v. Biniaris	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15	216, 231
R. v. Burke	[1996] 1 S.C.R. 474	221, 231
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656	231
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	53, 542
R. v. C. Coles Co.	[1965] 1 O.R. 557	97
R. v. Campbell	[1999] 1 S.C.R. 565	213
R. v. Charbonneau	(1992), 13 C.R. (4th) 191	215
R. v. Charlebois	[2000] 2 S.C.R. 674, 2000 SCC 53	331
R. v. Chaulk	[1990] 3 S.C.R. 1303	399
R. v. Clark	(1984), 13 C.C.C. (3d) 117	256, 300
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	296
R. v. D.D.	[2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43	311
R. v. Demers	[2004] 2 S.C.R. 489, 2004 SCC 46	466
R. v. Dieffenbaugh	(1993), 80 C.C.C. (3d) 97	306
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	885
R. v. Ellard	(2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68	327
R. v. Find	[2001] 1 S.C.R. 863, 2001 SCC 32	309
R. v. Fitton	[1956] S.C.R. 958	516
R. v. Fliss	[2002] 1 S.C.R. 535, 2002 SCC 16	312
R. v. G.	[1996] 1 N.Z.L.R. 615	269
R. v. G. (G.)	(1995), 97 C.C.C. (3d) 362	219
R. v. Gagnon	[2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17	229
R. v. Gauld	[1994] O.J. No. 1477 (QL)	304
R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh	[1984] 1 All E.R. 983	414
R. v. Handy	[2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56	279, 330

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Hart	[1990] O.J. No. 2678 (QL)	304
R. v. Haywood	(1994), 73 A. Crim. R. 41	269
R. v. Hearn	(1989), 48 C.C.C. (3d) 376	215
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151	323
R. v. Hess	[1990] 2 S.C.R. 906	489
R. v. Hibbert	[2002] 2 S.C.R. 445, 2002 SCC 39	262, 324
R. v. Holmes	(1989), 99 A.R. 106	315
R. v. J.E.T.	[1994] O.J. No. 3067 (QL)	306
R. v. J.-L.J.	[2000] 2 S.C.R. 600, 2000 SCC 51	253, 302
R. v. Jageshur	(2002), 169 C.C.C. (3d) 225	212
R. v. Johnston	(1992), 69 C.C.C. (3d) 395	306
R. v. K.	[1979] 5 W.W.R. 105	303
R. v. Keating	(1997), 159 N.S.R. (2d) 357	75
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	542
R. v. Kerr	(2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30	232
R. v. Khan	[2001] 3 S.C.R. 823, 2001 SCC 86	284, 331
R. v. L. (D.O.)	[1993] 4 S.C.R. 419	295
R. v. Levert	(2001), 159 C.C.C. (3d) 71	320
R. v. Lippé	[1991] 2 S.C.R. 114	376
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	371
R. v. Lyttle	[2004] 1 S.C.R. 193, 2004 SCC 5	325
R. v. Malik	[2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350	396
R. v. Malmo-Levine	[2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74	371, 550
R. v. May	(1984), 13 C.C.C. (3d) 257	215
R. v. McFelin	[1985] 2 N.Z.L.R. 750	269
R. v. McIntosh	(1997), 117 C.C.C. (3d) 385	306
R. v. Meddoui	(1990), 61 C.C.C. (3d) 345	312
R. v. Medvedew	(1978), 43 C.C.C. (2d) 434	306
R. v. Melaragni	(1992), 73 C.C.C. (3d) 348	306
R. v. Ménard	[1998] 2 S.C.R. 109	319
R. v. Metropolitan Police Commissioner	[1968] 1 All E.R. 763	208
R. v. Mohan	[1994] 2 S.C.R. 9	260, 306, 338
R. v. Morin	[1992] 3 S.C.R. 286	518
R. v. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	219
R. v. Nielsen	(1984), 16 C.C.C. (3d) 39	306
R. v. O'Brien	(1992), 117 N.S.R. (2d) 48	260
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	391, 453, 542, 558, 565, 571
R. v. Oickle	[2000] 2 S.C.R. 3, 2000 SCC 38	503, 513
R. v. P. (M.B.)	[1994] 1 S.C.R. 555	329
R. v. Paternak	(1995), 101 C.C.C. (3d) 452	506, 514
R. v. Peavoy	(1997), 117 C.C.C. (3d) 226	319
R. v. Pitt	[1968] 3 C.C.C. 342	303
R. v. Pittiman	[2006] 1 S.C.R. 381, 2006 SCC 9	217
R. v. Proctor	(1992), 11 C.R. (4th) 200	284
R. v. R. (A.J.)	(1994), 94 C.C.C. (3d) 168	325
R. v. Regan	[2002] 1 S.C.R. 297, 2002 SCC 12	214

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Rodgers	[2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15	371
R. v. Rose	[1998] 3 S.C.R. 262	329
R. v. S. (P.L.)	[1991] 1 S.C.R. 909	285
R. v. Sanchez-Flores	[1993] O.J. No. 4161 (QL)	260, 304
R. v. Sappier	[2006] 2 S.C.R. 686, 2006 SCC 54	311
R. v. Savoy	[1997] B.C.J. No. 2747 (QL)	260, 304
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	272, 325
R. v. Sharpe	[2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2	55
R. v. Sheppard	[2002] 1 S.C.R. 869, 2002 SCC 26	227, 230
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045	404
R. v. Stark	(2004), 190 C.C.C. (3d) 496	320
R. v. Swain	[1991] 1 S.C.R. 933	296, 401
R. v. Taillefer	(1995), 100 C.C.C. (3d) 1	260, 304
R. v. Taubler	(1987), 20 O.A.C. 64	381
R. v. Terceira	(1998), 38 O.R. (3d) 175	304
R. v. Terceira	[1999] 3 S.C.R. 866	262
R. v. Turcotte	[2005] 2 S.C.R. 519, 2005 SCC 50	322
R. v. Turlon	(1989), 49 C.C.C. (3d) 186	381
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742	200
R. v. W. (R.)	[1992] 2 S.C.R. 122	232
R. v. W.J.M.	(1995), 82 O.A.C. 130	327
R. v. White	[1998] 2 S.C.R. 72	295
R. v. White	(1999), 132 C.C.C. (3d) 373	327
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154	548
R. v. Wiles	[2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84	404
R. v. Yakeleya	(1985), 46 C.R. (3d) 282	327
R. v. Yebes	[1987] 2 S.C.R. 168	216, 230
R. v. Zubot	(1981), 47 A.R. 389	304
R. (Corner House Research) v. Secretary of State for Trade and Industry	[2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192	62
Rasul v. Bush	542 U.S. 466 (2004)	402
Rath v. Kemp	(1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1	488
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436	807, 830
Re B.C. Motor Vehicle Act	[1985] 2 S.C.R. 486	390
Re Mailman Estate	[1941] S.C.R. 368	806, 836
Re Reid	(1921), 64 D.L.R. 598	816
Re Residential Tenancies Act, 1979	[1981] 1 S.C.R. 714	468
Re Wilson	(1999), 27 E.T.R. (2d) 97	809, 834
Reain v. Reain	(1995), 20 R.F.L. (4th) 30	834
Reber v. Reber	(1988), 48 D.L.R. (4th) 376	816
Reference re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445	17
Reference re Manitoba Language Rights	[1985] 1 S.C.R. 721	417, 466, 488, 882
Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island	[1998] 1 S.C.R. 3	376, 466
Reference re Same-Sex Marriage	[2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79	468, 490
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	490, 882
Reid v. Batty	[1933] O.W.N. 496	461
Ricard v. Lord	[1941] S.C.R. 1	645
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	542, 560, 572

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Rock v. Arkansas	483 U.S. 44 (1987)	271, 316
Roncarelli v. Duplessis	[1959] S.C.R. 121	417, 882
Rosenberg v. Canada (Attorney General)	(1998), 38 O.R. (3d) 577	494
Ross v. Registrar of Motor Vehicles	[1975] 1 S.C.R. 5	644
Ross v. The King	(1902), 32 S.C.R. 532	27
Rothman v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 640	323
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan	[2005] 1 S.C.R. 188, 2005 SCC 13	642
Roy v. Mailloux	[1966] B.R. 468	645
Ruby v. Canada (Solicitor General)	[2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75	386
Rupar v. Rupar	(1964), 49 W.W.R. 226	809
Russell v. Scott	(1936), 55 C.L.R. 440	817

S

Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1995] 1 F.C. 214	404
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)	[2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68	573
Saylor v. Madsen Estate	(2004), 13 E.T.R. (3d) 44	827
Saylor v. Madsen Estate	(2005), 261 D.L.R. (4th) 597	807, 823, 833
Scawin v. Scawin	(1841), 1 Y. & C.C.C. 65, 62 E.R. 792	833
Schachter v. Canada	[1992] 2 S.C.R. 679	463, 497
Shaw v. MacKenzie Estate	(1994), 4 E.T.R. (2d) 306	816
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622	767
Shephard v. Cartwright	[1955] A.C. 431	818
Sidmouth v. Sidmouth	(1840), 2 Beav. 447, 48 E.R. 1254	832
Sierra Club of Western Canada v. British Columbia (Chief Forester)	(1994), 117 D.L.R. (4th) 395	60
Silex Restorations Ltd. v. Strata Plan VR 2096	(2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376	151
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	369
Slivenko v. Latvia [GC]	No. 48321/99, ECHR 2003-X	402
Snell v. Farrell	[1990] 2 S.C.R. 311	342
Sodhi v. Sodhi	[1998] 10 W.W.R. 673	834
Stanco Projects Ltd. v. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)	(2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038	135
Standing v. Bowring	(1885), 31 Ch. D. 282	815
State v. Brown	337 N.W.2d 138 (1983)	303
State v. Glebock	616 S.W.2d 897 (1981)	303
State v. Hurd	414 A.2d 291 (1980)	259
State v. Jorgensen	492 P.2d 312 (1971)	303
State v. Moore	852 A.2d 1073 (2004)	309
State v. Moore	902 A.2d 1212 (2006)	261
Stewart v. Pettie	[1995] 1 S.C.R. 131	337
Stinson Estate v. British Columbia	(1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761	460
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1	369
Syndicat des employés municipaux de Beauce (C.S.D.) v. St-Georges (Ville de)	J.E. 2000-540, SOQUIJ AZ-00019015	617

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
T		
Taylor v. Wallbridge	(1879), 2 S.C.R. 616	819
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)	[1991] 2 S.C.R. 22	475
The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 S.C.R. 111	121, 149
Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)	[1998] 1 S.C.R. 877	538, 560, 570
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	[2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63	607, 648, 692
Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15	[1997] 1 S.C.R. 487	647
Toronto Railway Co. v. Paget	(1909), 42 S.C.R. 488	619
Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)	[2006] 1 S.C.R. 513, 2006 SCC 14	696
Turner v. London and South-Western Railway Co.	(1874), L.R. 17 Eq. 561	462
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault	[1988] 2 S.C.R. 1048	688
United States v. Burns	[2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7	249
United States v. Butler	297 U.S. 1 (1936)	19
United States v. Johnson	457 U.S. 537 (1982)	469
United States of America v. Ferras	[2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33	371
V		
Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	376
Valhalla Wilderness Society v. British Columbia (Ministry of Forests)	(1997), 4 Admin. L.R. (3d) 120	59
Veysey v. Canada (Commissioner of the Correctional Service)	[1990] 1 F.C. 321	492
VIA Rail Canada Inc. v. National Transportation Agency	[2001] 2 F.C. 25	705, 755
Ville de Sept-Îles v. Lussier	[1993] R.J.Q. 2717	27
Vogel v. Manitoba	(1992), 90 D.L.R. (4th) 84	492
Vogel v. Manitoba	(1995), 126 D.L.R. (4th) 72	493
Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92	[2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23	611
Vriend v. Alberta	[1998] 1 S.C.R. 493	494
W		
Walker Estate v. York Finch General Hospital	[2001] 1 S.C.R. 647, 2001 SCC 23	342
Willmor Discount Corp. v. Vaudreuil (City)	[1994] 2 S.C.R. 210	27
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton	[1985] 2 S.C.R. 150	696
Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners	[1993] A.C. 70	15
Y		
Young v. Sealey	[1949] 1 All E.R. 92	817
Young v. Young	(1958), 15 D.L.R. (2d) 138	834

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Z		
Zadvydas v. Davis	533 U.S. 678 (2001)	402
Zündel, Re	(2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394	418

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE — RENVOI — PAGE

A

A. c. Secretary of State for the Home Department ... [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 414
Abel Skiver Farm Corp. c. Ville de Sainte-Foy ... [1983] 1 R.C.S. 403 ... 27
Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .... [2000] A.C.F. nº 1114 (QL) ... 406
Ainsley Financial Corp. c. Ontario Securities Commission ... (1994), 21 O.R. (3d) 104 ... 777
Air Canada c. Colombie-Britannique ... [1989] 1 R.C.S. 1161 ... 9
Air Canada c. Ontario (Régie des alcools) ... [1997] 2 R.C.S. 581 ... 10
Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College ... [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28 ... 607
Allied Auto Parts Ltd. c. Commission canadienne des transports ... [1983] 2 C.F. 248 ... 738
Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ... [2005] A.C.F. nº 1994 (QL), 2005 CF 1645 ... 406
Alworth c. Ministre des Finances ... [1978] 1 R.C.S. 447 ... 860
Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan ... [1977] 2 R.C.S. 576 ... 15
Andrews c. Law Society of British Columbia ... [1989] 1 R.C.S. 143 ... 181, 883
Andrews c. Ontario (Minister of Health) ... (1988), 64 O.R. (2d) 258 ... 492
Anisminic Ltd. c. Foreign Compensation Commission ... [1969] 2 W.L.R. 163 ... 647
Aroso c. Coutts ... [2002] 1 All E.R. (Comm) 241, [2001] EWHC Ch 443 ... 817
Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice) ... [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44 ... 382
Association des pompiers de Laval c. Ville de Laval ... [1985] T.A. 446 ... 617
ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board) ... [2006] 1 R.C.S. 140, 2006 CSC 4 ... 608
Athey c. Leonati ... [1996] 3 R.C.S. 458 ... 342

B

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général) ... [1988] 2 R.C.S. 214 ... 881
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto ... (1992), 10 O.R. (3d) 321 ... 87
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto ... [1995] 1 R.C.S. 315 ... 86
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ... [1999] 2 R.C.S. 817 ... 375, 738
Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle ... [2002] 2 R.C.S. 601, 2002 CSC 43 ... 36
Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan ... [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20 ... 648, 692, 753
Barrie Public Utilities c. Assoc. canadienne de télévision par câble ... [2003] 1 R.C.S. 476, 2003 CSC 28 ... 688
Bayley c. Trusts and Guarantee Co. ... [1931] 1 D.L.R. 500 ... 814
Beaudoin c. Roy ... [1984] R.L. 315 ... 645
Bell c. Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard ... [1975] 1 R.C.S. 25 ... 644

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Benner c. Canada (Secrétaire d'État)	[1997] 1 R.C.S. 358	445
Blackwater c. Plint	[2005] 3 R.C.S. 3, 2005 CSC 58	342
Boucher c. The Queen	[1955] R.C.S. 16	283
British Columbia c. SCI Engineers & Constructors Inc.	(1993), 22 B.C.A.C. 89	151
British Columbia (Minister of Forests) c. Okanagan Indian Band	(2001), 95 B.C.L.R. (3d) 273, 2001 BCCA 647	90
Brock c. Tarrant Film Factory Ltd.	(2000), 37 C.H.R.R. D/305	703
Burns Estate c. Mellon	(2000), 48 O.R. (3d) 641	814
Burral c. State	724 A.2d 65 (1999)	261

C

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748	755
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada	[1993] 1 R.C.S. 941	692
Canada (Procureur général) c. Mossop	[1993] 1 R.C.S. 554	492
Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.	[2001] 2 R.C.S. 100, 2001 CSC 36	753
Canada Post Corp. c. Smith	(1998), 40 O.R. (3d) 97	647
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)	[2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4	59
Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Office des Transports)	[2003] 4 C.F. 558, 2003 CAF 271	686
Carter c. Carter	(1969), 70 W.W.R. 237	806
Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)	[1990] 2 R.C.S. 489	170, 701, 765
Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud	[1992] 2 R.C.S. 970	173, 702
Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)	[2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41	371
Charkaoui (Re)	[2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882	405
Charkaoui (Re)	[2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248	378
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	[2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9	883
Chevron Oil c. Huson	404 U.S. 97 (1971)	469
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1992] 1 R.C.S. 711	370
Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3	755
Cho Ki Yau Trust (Trustees of) c. Yau Estate	(1999), 29 E.T.R. (2d) 204	812, 829
Christmas Estate c. Tuck	(1995), 10 E.T.R. (2d) 47	812, 834
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Ferroequus Railway Co.	[2002] A.C.F. n° 762 (QL), 2002 CAF 193	671, 768
Clarke c. Hambly	(2002), 46 E.T.R. (2d) 166, 2002 BCSC 1074	834
Clemens c. Clemens Estate	[1956] R.C.S. 286	818
Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.	[2004] 2 R.C.S. 74, 2004 CSC 38	30
Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée	[2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49	418, 882
Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan	[2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71	47, 79, 102
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3	168, 180, 694, 758

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)	[1999] 3 R.C.S. 868	168, 694, 759
Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke	[1982] 1 R.C.S. 202	172, 702
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	171, 702
Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin	[1994] 2 R.C.S. 525	170, 181, 699, 765
Commissioner of State Revenue (Victoria) c. Royal Insurance Australia Ltd.	(1994), 182 C.L.R. 51	29
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114	700
Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15	[1997] 1 R.C.S. 487	647
Continental Bank Leasing Corp. c. Canada	[1998] 2 R.C.S. 298	859
Cook c. Lewis	[1951] R.C.S. 830	344
Cooper c. Cooper Estate	(1999), 27 E.T.R. (2d) 170	811, 833
Cour eur. D.H., arrêt Soering	arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161	405
Cour eur. D.H., Chahal c. Royaume-Uni	arrêt du 15 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V	397
Csak c. Aumon	(1990), 69 D.L.R. (4th) 567	802

D

Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835	583
Dagle c. Dagle Estate	(1990), 38 E.T.R. 164	809, 834
Daniels c. White	[1968] R.C.S. 517	639
Danson c. Ontario (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1086	886
Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.	509 U.S. 579 (1993)	263, 307
Davidson c. Davidson	(1986), 33 D.L.R. (4th) 161	488
Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1993] 1 R.C.S. 1053	373, 884
Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)	[2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42	376
Demande présentée par Yvonne Gaudet, au nom de Marcella Arsenault	décision OTC n° 641-AT-R-1998, 29 décembre 1998	718
Director of Public Prosecutions c. Ping Lin	[1976] A.C. 574	509
Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia	[2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19	609, 754
Dreger (Litigation Guardian of) c. Dreger	(1994), 5 E.T.R. (2d) 250	814, 833
Duguay et Paspébiac (Ville de)	D.T.E. 2003T-47, SOQUIJ AZ-50152875	621
Duval c. Le Roi	(1938), 64 B.R. 270	639

E

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)	[1989] 2 R.C.S. 1326	460, 548
Edwards c. Attorney-General for Canada	[1930] A.C. 124	468
Edwards c. Bradley	[1956] O.R. 225	815
Edwards c. Bradley	[1957] R.C.S. 599	809, 836
Egan c. Canada	[1995] 2 R.C.S. 513	445, 493
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	699
États-Unis c. Burns	[2001] 1 R.C.S. 283, 2001 CSC 7	249
États-Unis d'Amérique c. Ferras	[2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33	371

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

F

Fortin c. Chrétien	[2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45	883
Fraternité des policiers de Deux-Montagnes/Ste-Marthe-sur-le-Lac c. Deux-Montagnes (Ville de)	J.E. 2001-524, SOQUIJ AZ-50083424	617
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal Inc. c. Communauté urbaine de Montréal	[1985] 2 R.C.S. 74	614
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	639
Frye c. United States	293 F. 1013 (1923)	308

G

Garland c. Consumers' Gas Co.	[2004] 1 R.C.S. 629, 2004 CSC 25	24
Gateway Packers 1968 Ltd. c. Burlington Northern (Manitoba) Ltd.	[1971] C.F 359	738
Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)	[2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31	385
Graham Industrial Services Ltd. c. Greater Vancouver Water District	(2004), 25 B.C.L.R. (4th) 214, 2004 BCCA 5	151
Grey (Lord) c. Grey (Lady)	(1677), 2 Swans. 594, 36 E.R. 742	832
Grey (Lord) c. Grey (Lady)	(1677), Rep. Temp. Finch 338, 23 E.R. 185	809
Guimond c. Québec (Procureur général)	[1996] 3 R.C.S. 347	471
Gunn c. Harper	(1902), 3 O.L.R. 693	462

H

H.L. c. Canada (Procureur général)	[2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25	232, 296
Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.	[2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9	65
Hanover Shoe, Inc. c. United Shoe Machinery Corp.	392 U.S. 481 (1968)	30
Harding c. State	246 A.2d 302 (1968)	270
Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628	406
Harper c. Canada (Procureur général)	[2004] 1 R.C.S. 827, 2004 CSC 33	535, 557, 570
Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)	[1996] 2 R.C.S. 876	548
Hepworth c. Hepworth	(1870), L.R. 11 Eq. 10	833
Hill c. Chief Constable of West Yorkshire	[1988] 2 All E.R. 238	208
Hill c. Hill	(1904), 8 O.L.R. 710	815
Hollis c. Dow Corning Corp.	[1995] 4 R.C.S. 634	846
Horvath c. La Reine	[1979] 2 R.C.S. 376	303
Housen c. Nikolaisen	[2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33	219, 220, 339
Howard c. University of British Columbia	(1993), 18 C.H.R.R. D/353	703
Hubert c. DeCamillis	(1963), 41 D.L.R. (2d) 495	462
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	468
Hutchinson c. British Columbia (Ministry of Health) (No. 4)	(2004), 49 C.H.R.R. D/348, 2004 BCHRT 58	735
Hyman c. Hyman	[1934] 4 D.L.R. 532	808

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE

I

Ibrahim c. The King	[1914] A.C. 599	508, 513
Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631	371
In re Spectrum Plus Ltd. (in liquidation)	[2005] 2 A.C. 680, [2005] UKHL 41	465

J

Jaballah, Re	(2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299	378
Jaballah (Re)	[2006] A.C.F. 1706 (QL), 2006 CF 1230	369
Jeans c. Cooke	(1857), 24 Beav. 513, 53 E.R. 456	818
Jim Pattison Industries Ltd. c. La Reine	[1984] 2 C.F. 954	488
John Carten Personal Law Corp. c. British Columbia (Attorney General)	(1997), 40 B.C.L.R. (3d) 181	878
Johnstone c. Johnstone	(1913), 12 D.L.R. 537	814
Jones c. Coxeter	(1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642	79
Jordan House Ltd. c. Menow	[1974] R.C.S. 239	337

K

Kane c. Ontario (Attorney General)	(1997), 152 D.L.R. (4th) 738	494
Kappler c. Beaudoin	[2000] O.J. No. 3439 (QL)	834
Kingstreet Investments Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)	[2007] 1 R.C.S. 3, 2007 CSC 1	474, 497
Knodel c. British Columbia (Medical Services Commission)	(1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356	492
Kourtessis c. M.R.N.	[1993] 2 R.C.S. 53	418
Krieger c. Law Society of Alberta	[2002] 3 R.C.S. 372, 2002 CSC 65	214

L

L'Île-Perrot (Ville de) et Union des employés de service, section locale 800	D.T.E. 2000T-619	621
La Reine du chef de l'Ontario c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.	[1981] 1 R.C.S. 111	121, 149
Larondeau c. Laurendeau	[1954] O.W.N. 722	816
Lattimer c. Lattimer	(1978), 18 O.R. (2d) 375	809
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)	[2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61	296, 883
Lavelle c. Lavelle	[2004] EWCA Civ 223 (BAILII)	819
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1999] 1 R.C.S. 497	444
Law Society of British Columbia c. Mangat	[2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67	883
Law Society of Upper Canada c. Ernst & Young	(2002), 59 O.R. (3d) 214	30
Law Society of Upper Canada c. Skapinker	[1984] 1 R.C.S. 357	468
Lévis (Ville de) c. Syndicat des policiers et pompiers de Lévis	D.T.E. 89T-344	615
Lew c. Lee	[1924] R.C.S. 612	461
Libman c. Québec (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 569	545
Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique	[1989] 1 R.C.S. 1133	26

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Minister of Justice)	(1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241	91
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)	[2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69	49, 84, 91
Lohia c. Lohia	[2001] EWCA Civ 1691 (BAILII)	814

M

M. c. H.	(1996), 96 O.A.C. 173	493
M. c. H.	[1999] 2 R.C.S. 3	439, 491
M. c. Secretary of State for the Home Department	[2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324	399
M. c. Secretary of State for the Home Department	[2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004	399
M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée	[1999] 1 R.C.S. 619	127, 149
MacDonald c. University of British Columbia	(2004), 26 B.C.L.R. (4th) 190, 2004 BCSC 412	59
MacKay c. Manitoba	[1989] 2 R.C.S. 357	886
Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)	[2002] 1 R.C.S. 405, 2002 CSC 13	34, 470
Maine Human Rights Commission c. City of South Portland	508 A.2d 948 (1986)	703
Maple Leaf Meats Inc. c. United Food and Commercial Workers' International Union, Locals 175 and 633	(2001), 149 O.A.C. 295	174
Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada	[1982] 2 R.C.S. 2	212
Markadonis c. The King	[1935] R.C.S. 657	327
Martel Building Ltd. c. Canada	[2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60	127, 149
Massicotte c. Boutin	[1969] R.C.S. 818	619
Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.	[2006] 1 R.C.S. 772, 2006 CSC 22	648, 753
Matter of Berson	566 N.Y.S.2d 74 (1991)	817
Matter of Halpern	303 N.Y. 33 (1951)	817
Matter of Totten	179 N.Y. 112 (1904)	817
McGrath c. Wallis	[1995] 2 F.L.R. 114	814
McKinney c. Université de Guelph	[1990] 3 R.C.S. 229	493, 548, 574
McLear c. McLear Estate	(2000), 33 E.T.R. (2d) 272	810, 833
Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51	369
Memorial Hospital, Bowmanville and O.N.A., Re	(1993), 35 L.A.C. (4th) 401	174
Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796	[1970] R.C.S. 425	647
Minister of National Revenue c. Wahn	[1969] R.C.S. 404	860
Miron c. Trudel	[1995] 2 R.C.S. 418	34, 463, 488
Monahan c. Nelson	(2000), 186 D.L.R. (4th) 193, 2000 BCCA 297	462
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)	[2004] 3 R.C.S. 152, 2004 CSC 54	609
Mordo c. Nitting	[2006] B.C.J. No. 3081 (QL), 2006 BCSC 1761	816

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40	378
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	620, 639

N

Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	[2004] 3 R.C.S. 511, 2004 CSC 73	339
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)	[1990] 2 R.C.S. 1324	692
Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.	[2001] 2 R.C.S. 943, 2001 CSC 58	135
Neazor c. Hoyle	(1962), 32 D.L.R. (2d) 131	819
Nelson c. Nelson	(1995), 184 C.L.R. 538	828
Newfoundland Association of Public Employees c. Terre-Neuve (Green Bay Health Care Centre)	[1996] 2 R.C.S. 3	607
Niles c. Lake	[1947] R.C.S. 291	807, 836
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)	[1999] 3 R.C.S. 46	374, 884
Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin	[2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54	464, 488

O

Office and Professional Employees' International Union, Local 378 c. British Columbia (Hydro and Power Authority)	[2005] B.C.J. No. 9 (QL), 2005 BCSC 8	59
Oliver Estate c. Walker	[1984] B.C.J. No. 460 (QL)	834
Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York	[1996] 2 R.C.S. 929	860
Organ c. Barnett	(1992), 11 O.R. (3d) 210	85

P

Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)	[2004] 3 R.C.S. 575, 2004 CSC 75	23
Paramount Enterprises International, Inc. c. An Xin Jiang (Le)	[2001] 2 C.F. 551	590
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	173, 180, 609
Pasiechnyk c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board)	[1997] 2 R.C.S. 890	688
Pecore c. Pecore	(2004), 7 E.T.R. (3d) 113	849
Pecore c. Pecore	(2005), 19 E.T.R. (3d) 162	849
Pecore c. Pecore	[2007] 1 R.C.S. 795, 2007 CSC 17	841, 848
Peel (Municipalité régionale) c. Canada	[1992] 3 R.C.S. 762	23
Pelland c. St-Antoine (Ville de)	J.E. 94-499, 1994 CarswellQue 1900	617
Péloquin c. Syndicat des agents de la paix en services correctionnels du Québec	[2000] R.J.Q. 2215	614
People c. McDowell	427 N.Y.S.2d 181 (1980)	259
People c. Shirley	723 P.2d 1354 (1982)	270
Pettitt c. Pettitt	[1970] A.C. 777	814, 830
Plamondon c. Czaban	(2004), 8 E.T.R. (3d) 135, 2004 ABCA 161	834
Prime c. State	767 P.2d 149 (1989)	303

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1979] 2 R.C.S. 1016	468
Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan	[1941] R.C.S. 396	644
Prudential Trust Co. c. Forseth	[1960] R.C.S. 210	846
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	607, 646, 688

Q

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.	[2003] 3 R.C.S. 228, 2003 CSC 68	616
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)	[2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27	705
Québec (Procureur général) c. Syndicat de professionnelles et professionnels du gouvernement du Québec (SPGQ)	[2005] R.J.Q. 944, 2005 QCCA 311	173
Quesnel c. London Educational Health Centre	(1995), 28 C.H.R.R. D/474	703

R

R. c. A.G.	[2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17	218
R. c. Arcangioli	[1994] 1 R.C.S. 129	320
R. c. Arp	[1998] 3 R.C.S. 339	279, 330
R. c. B. (A.)	(2004), 27 C.R. (6th) 283	304
R. c. B. (C.R.)	[1990] 1 R.C.S. 717	280
R. c. B. (S.C.)	(1997), 36 O.R. (3d) 516	319
R. c. Baltovich	(2004), 73 O.R. (3d) 481	274, 304
R. c. Beare	[1988] 2 R.C.S. 387	208
R. c. Béland	[1987] 2 R.C.S. 398	276
R. c. Bennett	(2003), 179 C.C.C. (3d) 244	320
R. c. Bernier	[2004] J.Q. nº 11567 (QL)	260
R. c. Bernshaw	[1995] 1 R.C.S. 254	210
R. c. Bevan	[1993] 2 R.C.S. 599	331
R. c. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 R.C.S. 295	460
R. c. Biniaris	[2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15	216, 231
R. c. Burke	[1996] 1 R.C.S. 474	221, 231
R. c. Burns	[1994] 1 R.C.S. 656	231
R. c. Butler	[1992] 1 R.C.S. 452	53, 542
R. c. C. Coles Co.	[1965] 1 O.R. 557	97
R. c. Campbell	[1999] 1 R.C.S. 565	213
R. c. Charbonneau	(1992), 13 C.R. (4th) 191	215
R. c. Charlebois	[2000] 2 R.C.S. 674, 2000 CSC 53	331
R. c. Chaulk	[1990] 3 R.C.S. 1303	399
R. c. Clark	(1984), 13 C.C.C. (3d) 117	256, 300
R. c. Corbett	[1988] 1 R.C.S. 670	296
R. c. D.D.	[2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43	311
R. c. Demers	[2004] 2 R.C.S. 489, 2004 CSC 46	466
R. c. Dieffenbaugh	(1993), 80 C.C.C. (3d) 97	306
R. c. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 713	886
R. c. Ellard	(2003), 172 C.C.C. (3d) 28, 2003 BCCA 68	327

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. Find	[2001] 1 R.C.S. 863, 2001 CSC 32	309
R. c. Fitton	[1956] R.C.S. 958	516
R. c. Fliss	[2002] 1 R.C.S. 535, 2002 CSC 16	312
R. c. G.	[1996] 1 N.Z.L.R. 615	269
R. c. G. (G.)	(1995), 97 C.C.C. (3d) 362	219
R. c. Gagnon	[2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17	229
R. c. Gauld	[1994] O.J. No. 1477 (QL)	304
R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh	[1984] 1 All E.R. 983	414
R. c. Handy	[2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56	279, 330
R. c. Hart	[1990] O.J. No. 2678 (QL)	304
R. c. Haywood	(1994), 73 A. Crim. R. 41	269
R. c. Hearn	(1989), 48 C.C.C (3d) 376	215
R. c. Hebert	[1990] 2 R.C.S. 151	323
R. c. Hess	[1990] 2 R.C.S. 906	489
R. c. Hibbert	[2002] 2 R.C.S. 445, 2002 CSC 39	262, 324
R. c. Holmes	(1989), 99 A.R. 106	315
R. c. J.E.T.	[1994] O.J. No. 3067 (QL)	306
R. c. J.-L.J.	[2000] 2 R.C.S. 600, 2000 CSC 51	253, 302
R. c. Jageshur	(2002), 169 C.C.C. (3d) 225	212
R. c. Johnston	(1992), 69 C.C.C. (3d) 395	306
R. c. K.	[1979] 5 W.W.R. 105	303
R. c. Keating	(1997), 159 N.S.R. (2d) 357	75
R. c. Keegstra	[1990] 3 R.C.S. 697	542
R. c. Kerr	(2004), 48 M.V.R. (4th) 201, 2004 MBCA 30	232
R. c. Khan	[2001] 3 R.C.S. 823, 2001 CSC 86	284, 331
R. c. L. (D.O.)	[1993] 4 R.C.S. 419	295
R. c. Levert	(2001), 159 C.C.C. (3d) 71	320
R. c. Lippé	[1991] 2 R.C.S. 114	376
R. c. Lyons	[1987] 2 R.C.S. 309	371
R. c. Lyttle	[2004] 1 R.C.S. 193, 2004 CSC 5	325
R. c. Malik	[2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350	396
R. c. Malmo-Levine	[2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74	371, 550
R. c. May	(1984), 13 C.C.C. (3d) 257	215
R. c. McFelin	[1985] 2 N.Z.L.R. 750	269
R. c. McIntosh	(1997), 117 C.C.C. (3d) 385	306
R. c. Meddoui	(1990), 61 C.C.C. (3d) 345	312
R. c. Medvedew	(1978), 43 C.C.C. (2d) 434	306
R. c. Melaragni	(1992), 73 C.C.C. (3d) 348	306
R. c. Ménard	[1998] 2 R.C.S. 109	319
R. c. Metropolitan Police Commissioner	[1968] 1 All E.R. 763	208
R. c. Mohan	[1994] 2 R.C.S. 9	260, 306, 338
R. c. Morin	[1992] 3 R.C.S. 286	518
R. c. Morrissey	(1995), 97 C.C.C. (3d) 193	219
R. c. Nielsen	(1984), 16 C.C.C. (3d) 39	306
R. c. O'Brien	(1992), 117 N.S.R. (2d) 48	260
R. c. Oakes	[1986] 1 R.C.S. 103	391, 453, 542, 558, 565, 571
R. c. Oickle	[2000] 2 R.C.S. 3, 2000 CSC 38	503, 513

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
R. c. P. (M.B.)	[1994] 1 R.C.S. 555	329
R. c. Paternak	(1995), 101 C.C.C. (3d) 452	506, 514
R. c. Peavoy	(1997), 117 C.C.C. (3d) 226	319
R. c. Pitt	[1968] 3 C.C.C. 342	302
R. c. Pittiman	[2006] 1 R.C.S. 381, 2006 CSC 9	217
R. c. Proctor	(1992), 11 C.R. (4th) 200	284
R. c. R. (A.J.)	(1994), 94 C.C.C. (3d) 168	325
R. c. Regan	[2002] 1 R.C.S. 297, 2002 CSC 12	214
R. c. Rodgers	[2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15	371
R. c. Rose	[1998] 3 R.C.S. 262	329
R. c. S. (P.L.)	[1991] 1 R.C.S. 909	285
R. c. Sanchez-Flores	[1993] O.J. No. 4161 (QL)	260, 304
R. c. Sappier	[2006] 2 R.C.S. 686, 2006 CSC 54	311
R. c. Savoy	[1997] B.C.J. No. 2747 (QL)	260, 304
R. c. Seaboyer	[1991] 2 R.C.S. 577	272, 325
R. c. Sharpe	[2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2	55
R. c. Sheppard	[2002] 1 R.C.S. 869, 2002 CSC 26	227, 230
R. c. Smith	[1987] 1 R.C.S. 1045	404
R. c. Stark	(2004), 190 C.C.C. (3d) 496	320
R. c. Swain	[1991] 1 R.C.S. 933	296, 401
R. c. Taillefer	[1995] A.Q. n° 496 (QL)	260, 304
R. c. Taubler	(1987), 20 O.A.C. 64	381
R. c. Terceira	(1998), 38 O.R. (3d) 175	304
R. c. Terceira	[1999] 3 R.C.S. 866	262
R. c. Turcotte	[2005] 2 R.C.S. 519, 2005 CSC 50	322
R. c. Turlon	(1989), 49 C.C.C. (3d) 186	381
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742	200
R. c. W. (R.)	[1992] 2 R.C.S. 122	232
R. c. W.J.M.	(1995), 82 O.A.C. 130	327
R. c. White	[1998] 2 R.C.S. 72	295
R. c. White	(1999), 132 C.C.C. (3d) 373	327
R. c. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 R.C.S. 154	548
R. c. Wiles	[2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84	404
R. c. Yakeleya	(1985), 46 C.R. (3d) 282	327
R. c. Yebes	[1987] 2 R.C.S. 168	216, 230
R. c. Zubot	(1981), 47 A.R. 389	304
R. (Corner House Research) c. Secretary of State for Trade and Industry	[2005] 1 W.L.R. 2600, [2005] EWCA Civ 192	62
Rasul c. Bush	542 U.S. 466 (2004)	402
Rath c. Kemp	(1996), 46 Alta. L.R. (3d) 1	488
Rathwell c. Rathwell	[1978] 2 R.C.S. 436	807, 830
Re Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714	468
Re Mailman Estate	[1941] R.C.S. 368	806, 836
Re Reid	(1921), 64 D.L.R. 598	816
Re Wilson	(1999), 27 E.T.R. (2d) 97	809, 834
Reain c. Reain	(1995), 20 R.F.L. (4th) 30	834
Reber c. Reber	(1988), 48 D.L.R. (4th) 376	816
Reid c. Batty	[1933] O.W.N. 496	461
Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	390

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard	[1997] 3 R.C.S. 3	376, 466
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	490, 882
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445	17
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe	[2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79	468, 490
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721	417, 466, 488, 882
Ricard c. Lord	[1941] R.C.S. 1	645
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	542, 560, 572
Rock c. Arkansas	483 U.S. 44 (1987)	271, 316
Roncarelli c. Duplessis	[1959] R.C.S. 121	417, 882
Rosenberg c. Canada (Attorney General)	(1998), 38 O.R. (3d) 577	494
Ross c. Registraire des véhicules automobiles	[1975] 1 R.C.S. 5	644
Ross c. The King	(1902), 32 R.C.S. 532	27
Rothman c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 640	323
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan	[2005] 1 R.C.S. 188, 2005 CSC 13	642
Roy c. Mailloux	[1966] B.R. 468	645
Ruby c. Canada (Solliciteur général)	[2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75	386
Rupar c. Rupar	(1964), 49 W.W.R. 226	809
Russell c. Scott	(1936), 55 C.L.R. 440	817

S

Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1995] 1 C.F. 214	404
Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)	[2002] 3 R.C.S. 519, 2002 CSC 68	573
Saylor c. Madsen Estate	(2004), 13 E.T.R. (3d) 44	827
Saylor c. Madsen Estate	(2005), 261 D.L.R. (4th) 597	597, 807, 823, 833
Scawin c. Scawin	(1841), 1 Y. & C.C.C. 65, 62 E.R. 792	833
Schachter c. Canada	[1992] 2 R.C.S. 679	463, 497
Shaw c. MacKenzie Estate	(1994), 4 E.T.R. (2d) 306	816
Shell Canada Ltée c. Canada	[1999] 3 R.C.S. 622	767
Shephard c. Cartwright	[1955] A.C. 431	818
Sidmouth c. Sidmouth	(1840), 2 Beav. 447, 48 E.R. 1254	832
Sierra Club of Western Canada c. British Columbia (Chief Forester)	(1994), 117 D.L.R. (4th) 395	60
Silex Restorations Ltd. c. Strata Plan VR 2096	(2004), 35 B.C.L.R. (4th) 387, 2004 BCCA 376	151
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	369
Slivenko c. Lettonie [GC]	n° 48321/99, CEDH 2003-X	402
Snell c. Farrell	[1990] 2 R.C.S. 311	342
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal	[1987] 1 R.C.S. 711	127
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157	607, 649
Sodhi c. Sodhi	[1998] 10 W.W.R. 673	834
Stanco Projects Ltd. c. British Columbia (Ministry of Water, Land and Air Protection)	(2004), 242 D.L.R. (4th) 720, 2004 BCSC 1038	135
Standing c. Bowring	(1885), 31 Ch. D. 282	815
State c. Brown	337 N.W.2d 138 (1983)	303
State c. Glebock	616 S.W.2d 897 (1981)	303

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
State c. Hurd	414 A.2d 291 (1980)	259
State c. Jorgensen	492 P.2d 312 (1971)	303
State c. Moore	852 A.2d 1073 (2004)	309
State c. Moore	902 A.2d 1212 (2006)	261
Stewart c. Pettie	[1995] 1 R.C.S. 131	337
Stinson Estate c. British Columbia	(1999), 70 B.C.L.R. (3d) 233, 1999 BCCA 761	460
Succession Eurig (Re)	[1998] 2 R.C.S. 565	13
Succession MacDonald c. Martin	[1990] 3 R.C.S. 1235	883
Succession Madsen c. Saylor	[2007] 1 R.C.S. 838, 2007 CSC 18	827
Succession Odhavji c. Woodhouse	[2003] 3 R.C.S. 263, 2003 CSC 69	59
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1	369
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick	[1979] 2 R.C.S. 227	648, 687
Syndicat des employés municipaux de Beauce (C.S.D.) c. St-Georges (Ville de)	J.E. 2000-540, SOQUIJ AZ-00019015	617

T

Taylor c. Wallbridge	(1879), 2 R.C.S. 616	819
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22	475
Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)	[1998] 1 R.C.S. 877	538, 560, 570
Toronto Railway Co. c. Paget	(1909), 42 R.C.S. 488	619
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	[2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63	607, 648, 692
Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)	[2006] 1 R.C.S. 513, 2006 CSC 14	696
Turner c. London and South-Western Railway Co.	(1874), L.R. 17 Eq. 561	462

U

U.E.S., local 298 c. Bibeault	[1988] 2 R.C.S. 1048	688
United States c. Butler	297 U.S. 1 (1936)	19
United States c. Johnson	457 U.S. 537 (1982)	469

V

Valente c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 673	376
Valhalla Wilderness Society c. British Columbia (Ministry of Forests)	(1997), 4 Admin. L.R. (3d) 120	60
Veysey c. Canada (Commissaire du Service correctionnel)	[1990] 1 C.F. 321	492
VIA Rail Canada Inc. c. Office national des transports	[2001] 2 C.F. 25	705, 755
Ville de Sept-Îles c. Lussier	[1993] R.J.Q. 2717	27
Vogel c. Manitoba	(1992), 90 D.L.R. (4th) 84	492
Vogel c. Manitoba	(1995), 126 D.L.R. (4th) 72	493
Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92	[2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23	611

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENVOI	PAGE
Vriend c. Alberta	[1998] 1 R.C.S. 493	494

W

Walker, Succession c. York Finch General Hospital	[2001] 1 R.C.S. 647, 2001 CSC 23	342
Willmor Discount Corp. c. Vaudreuil (Ville)	[1994] 2 R.C.S. 210	27
Winnipeg School Division No. 1 c. Craton	[1985] 2 R.C.S. 150	696
Woolwich Equitable Building Society c. Inland Revenue Commissioners	[1993] A.C. 70	15

Y

Young c. Sealey	[1949] 1 All E.R. 92	817
Young c. Young	(1958), 15 D.L.R. (2d) 138	834

Z

Zadvydas c. Davis	533 U.S. 678 (2001)	402
Zündel, Re	[2004] A.C.F. nº 1982 (QL), 2004 CAF 394	418

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

C

Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9
s. 329 527

Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8
s. 44(1.1) 429
s. 60(2) 429
s. 72 429

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10
s. 5 650
s. 172 650

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 ..... 350, 429, 527
s. 2(b) 527
s. 7 ..... 350, 873
s. 9 350
s. 10(b) 873
s. 10(c) 350
s. 12 350
s. 15 350
s. 15(1) 429

Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19
s. 166(6) 591

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64
art. 3135 867
art. 3148 867

Constitution Act, 1867
s. 92(2) 853
s. 92(14) 873

Constitution Act, 1982
s. 52(1) 429

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46
s. 41 793
s. 139(2) 190
s. 686(1)(a) 190
s. 686(1)(b)(iii) 239

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50
s. 31 429

PAGE

F

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7
s. 43(2) 588

I

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27
s. 33 350
ss. 77 to 85 350

L

Labour Code, R.S.Q., c. C-27
s. 100.12(a) 591
s. 100.12(f) 591
s. 101 591

Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8
s. 9 3

P

Police Act, R.S.Q., c. P-13.1
s. 115 591
s. 119 591

R

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194
r. 60.11 346

S

Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, c. 24 873

PAGE

T

Taxation Act, R.S.Q., c. I-3
s. 608 853
s. 609 853
s. 612.1 853

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

C

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 ..... 350, 429, 527
art. 2b) 527
art. 7 ..... 350, 873
art. 9 350
art. 10b) 873
art. 10c) 350
art. 12 350
art. 15 350
art. 15(1) 429

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64
art. 3135 867
art. 3148 867

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46
art. 41 793
art. 139(2) 190
art. 686(1)a) 190
art. 686(1)b)(iii) 239

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27
art. 100.12a) 591
art. 100.12f) 591
art. 101 591

L

Loi constitutionnelle de 1867
art. 92(2) 853
art. 92(14) 873

Loi constitutionnelle de 1982
art. 52(1) 429

Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9
art. 329 527

Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1
art. 115 591
art. 119 591

Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8
art. 9. 3

PAGE

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50
art. 31 429

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19
art. 116(6) 591

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7
art. 43(2) 588

Loi sur les impôts, L.R.Q., c. I-3
art. 608 853
art. 609 853
art. 612.1 853

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10
art. 5 650
art. 172 650

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27
art. 33 350
art. 77 à 85 350

R

Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8
art. 44(1.1) 429
art. 60(2) 429
art. 72 429

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194
r. 60.11 346

S

Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, ch. 24 873

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Akhtar, Suhail. "Improprieties in Cross-Examination" (2004), 15 C.R. (6th) 236. 327

American Law Institute. *Restatement (Third) of Trusts*. St. Paul, Minn.: The Institute, 2003. 817

Association canadienne de normalisation. *Accessibilité des bâtiments et autres installations : règles de conception*, CAN/CSA-B651-F95. 750

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 6e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2005. 27

Birks, Peter. "Restitution from the Executive: A Tercentenary Footnote to the Bill of Rights", in P. D. Finn, ed., *Essays on Restitution*. Sydney, Australia: Law Book Co., 1990, 164. 15

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1765. 464

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback Publishing, 1998 (loose-leaf updated July 2005). 695, 738

Bubela, Tania M. "Expert Evidence: The Ethical Responsibility of the Legal Profession" (2003-2004), 41 *Alta. L. Rev.* 853. 310

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 1re sess., 37e lég., 26 avril 2001 (en ligne : http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=212&SourceId=54760&SwitchLanguage=1). 379

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VI, 2e sess., 33e lég., 17 juin 1987, p. 7272-7273. 695

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XIII, 2e sess., 33e lég., 17 juin 1988, p. 16573. 696

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 134, 2e sess., 35e lég., 26 novembre 1996, p. 6723. 585

Canada. Chambre des communes. Rapport du Comité permanent des transports. *La Renaissance des services ferroviaires voyageurs au Canada*, juin 1998. 746

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel 1988-1989*. Ottawa : Le Comité, 1989. 394

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*. Ottawa : La Commission, 2006. ..... 373, 374

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*. Ottawa: The Commission, 2006. ... 373, 374

PAGE

Canada. Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis. Rapport final. *Pour une démocratie électorale renouvelée*, vol. 2. Ottawa : La Commission, 1991. ..... 536, 559, 566

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VI, 2nd Sess., 33rd Parl., June 17, 1987, p. 7273. 695

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XIII, 2nd Sess., 33rd Parl., June 17, 1988, p. 16573. 696

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 134, 2nd Sess., 35th Parl., November 26, 1996, p. 6723. 584

Canada. House of Commons. Report of the Standing Committee on Transport. *The Renaissance of Passenger Rail in Canada*, June 1998. 746

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., April 26, 2001 (online: http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?SourceID=54760). 379

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (1980-1981), fascicule nº 43, le 22 janvier 1981, p. 43:39-43:44; fascicule nº 44, le 23 janvier 1981, p. 44:6-44:10; fascicule nº 47, le 28 janvier 1981, p. 47:88; fascicule nº 48, le 29 janvier 1981, p. 48:4-48:49. 460

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (1980-81), Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 43:39-43:44; Issue No. 44, January 23, 1981, pp. 44:6-44:10; Issue No. 47, January 28, 1981, p. 47:88; Issue No. 48, January 29, 1981, pp. 48:4-48:49. 460

Canada. Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing. Final Report. *Reforming Electoral Democracy*, vol. 2. Ottawa: The Commission, 1991. ..... 536, 559, 566

Canada. Security Intelligence Review Committee. *Annual Report 1988-1989.* Ottawa: The Committee, 1989. 394

Canada. Transport Canada. *Passenger Car Safety Rules*, November 8, 2001 (online: http://www.tc.gc.ca/railway/rules/TC_0-26.htm). 709

Canada. Transport Canada. *Règlement de sécurité relatif aux voitures voyageurs*, 8 novembre 2001 (en ligne : http://www.tc.gc.ca/railway/regles/TC_0-26.htm). 709

Canadian Standards Association. *Barrier-Free Design Standard*, CAN/CSA-B651-95. 750

Centre de recherche Décima/Carleton University, School of Journalism and Communication. « La majorité des Canadiens appuient l'interdiction de diffusion des résultats le soir des élections », 2006. ..... 544, 561, 577

Ceyssens, Paul. *Legal Aspects of Policing*, vol. 1. Toronto: Earlscourt Legal Press, 1994 (loose-leaf updated January 2003, release 16). 208

Chambers, Robert. "Resulting Trusts in Canada" (2000), 38 *Alta. L. Rev.* 378. 829

Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501. 542

Choudhry, Sujit, and Kent Roach. "Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies" (2003), 21 *S.C.L.R.* (2d) 205. ..... 465, 487

Comment. "An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation" (1964), 73 *Yale L.J.* 1000. 885

PAGE

Cory, Peter deCarteret. *The Inquiry Regarding Thomas Sophonow: The Investigation, Prosecution and Consideration of Entitlement to Compensation*. Winnipeg: Manitoba Justice, 2001. 269

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999. ..... 618, 639

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. ..... 618, 639

Council on Scientific Affairs. "Scientific Status of Refreshing Recollection by the Use of Hypnosis" (1985), 253 *J.A.M.A.* 1918. 265

Decima Research/Carleton University, School of Journalism and Communication. "Most Canadians Prefer Election Night Results Blackout", 2006. ..... 544, 561, 577

Diamond, Bernard L. "Inherent Problems in the Use of Pretrial Hypnosis on a Prospective Witness" (1980), 68 *Cal. L. Rev.* 313. 265

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983. 482

Driedger, Elmer A. "Statutes: Retroactive Retrospective Reflections" (1978), 56 *Can. Bar Rev./R. du B. can.* 264. 482

Evans, K. Barrie. "Hypnotically Induced Testimony: Implications for Criminal Law in New Zealand", [1994] *N.Z.L.J.* 348. 266

Faigman, David L., et al. *Modern Scientific Evidence: The Law and Science of Expert Testimony*, vol. 1. Eagan, Minn.: Thomson/West, 2005. 309

Finkelstein, Marie. *The Right to Counsel*. Toronto: Butterworths, 1988. 885

Fisch, Jill E. "Retroactivity and Legal Change: An Equilibrium Approach" (1997), 110 *Harv. L. Rev.* 1055. 482

Fleming, Thomas M. Annotation, "Admissibility of Hypnotically Refreshed or Enhanced Testimony", 77 A.L.R.4th 927 (1990 & Supp. 2006). 265

Frater, Robert J. "The Seven Deadly Prosecutorial Sins" (2002), 7 *Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.* 209. 329

Freedman, C. D. "Reassessing Gratuitous Transfers by Parents to Adult Children" (2006), 25 *E.T.P.J.* 174. 831

Gillese, Eileen E., and Martha Milczynski. *The Law of Trusts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2005. ..... 807, 828

Goff of Chieveley, Robert Goff, Baron, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 1993. 27

Goldsmith, Immanuel, and Thomas G. Heintzman. *Goldsmith on Canadian Building Contracts*, 4th ed. Toronto: Thomson Carswell, 2006 (loose-leaf updated 2006, release 1). 137

Halsbury's Laws of England, vol. 36, 3rd ed. London: Butterworth, 1961. 639

Harsel, Justin. "The Use of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials" (1996), 20 *Melbourne U.L. Rev.* 897. 266

Hill, S. Casey, et al. *McWilliams' Canadian Criminal Evidence*, vol. 1, 4th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2003 (loose-leaf updated June 2006, release 5). 307

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2006, release 1). 860

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2005, release 1). 14

PAGE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2005, release 1). 464, 488

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2006, release 1). 401, 577

Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000. 14

Hugessen, James K. « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans David Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* Montréal : Thémis, 2002, 381. 377

Hugessen, James K. "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in David Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* Montréal: Thémis, 2002, 381. 377

Jones, David P., and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 4th ed. Toronto: Thomson Canada Ltd., 2004. 688

Klar, Lewis. "Downsizing Torts", in Nicholas J. Mullany and Allen M. Linden, eds., *Torts Tomorrow: A Tribute to John Fleming*. Sydney, N.S.W.: LBC Information Services, 1998, 305. 337

La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981. 860

Lepofsky, M. David. "Federal Court of Appeal De-Rails Equality Rights for Persons With Disabilities — *Via Rail v. Canadian Transportation Agency* and the Important Duty Not to Create New Barriers to Accessibility" (2005-2006), 18 *N.J.C.L.* 169. 717

Lepofsky, M. David. "The Duty to Accommodate: A Purposive Approach" (1993), 1 *Can. Lab. L.J.* 1. 718

Lord Reid. "The Judge as Law Maker" (1972-1973), 12 *J.S.P.T.L.* 22. 464

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated September 2005). 23

McKenna, Ian B. "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev./R.D. Ottawa* 153. 719

Mullan, David. "Tribunals and Courts — The Contemporary Terrain: Lessons from Human Rights Regimes" (1999), 24 *Queen's L.J.* 643. 687

Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials, 6th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Thomson, 2004. ..... 806, 833

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, vol. I, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2005). 59

Orne, Martin T. "The Use and Misuse of Hypnosis in Court" (1979), 27 *Int'l J. Clinical & Experimental Hypnosis* 311. 265

Orne, Martin T., et al. "Hypnotically Refreshed Testimony: Enhanced Memory or Tampering with Evidence?" in *Issues and Practices in Criminal Justice*, January 1985. 265

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005. 507

Perell, Paul M. "Proof of an Event of which a Witness Has No Memory" (2003), 26 *Advocates' Q.* 95. 315

Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats de la Commission permanente des institutions*, 1re sess., 36e lég., 26 mai 2000, nº 79. 625

PAGE

Rankin, Murray. "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173. 393

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated 2006, release 13). 488

Roach, Kent. "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102. 398

Royaume-Uni. Crown Prosecution Service. « Hypnosis : Guidance — Hypnosis Of A Witness » (en ligne : http://www.cps.gov.uk/legal/section13/chapter_p.html). 269

Sampford, Charles. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 469

Shaw, Gary M. "The Admissibility of Hypnotically Enhanced Testimony in Criminal Trials" (1991), 75 *Marq. L. Rev.* 1. 265

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999. 807

Stewart, Hamish. *Evidence: A Canadian Casebook*. Toronto: Emond Montgomery, 2002. 296

Stewart, Hamish. "Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J./R.D.U.N.B.* 235. 370

Stuart, Don. "*Oickle*: The Supreme Court's Recipe for Coercive Interrogation" (2001), 36 C.R. (5th) 188. ... 510

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994. 639

Tarnopolsky, Walter S. "The Lacuna in North American Civil Liberties — The Right to Counsel in Canada" (1967), 17 *Buff. L. Rev.* 145. 885

United Kingdom. Crown Prosecution Service. "Hypnosis: Guidance — Hypnosis Of A Witness" (online: http://www.cps.gov.uk/legal/section13/chapter_p.html). 269

United Kingdom. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London: Stationery Office, 2005. 398

Wagstaff, Graham F. "Hypnosis and the Law: A Critical Review of Some Recent Proposals", [1983] *Crim. L. Rev.* 152. 266

Waters' Law of Trusts in Canada, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson, 2005. 806

Webert, Daniel R. "Are the Courts in a Trance? Approaches to the Admissibility of Hypnotically Enhanced Witness Testimony in Light of Empirical Evidence" (2003), 40 *Am. Crim. L. Rev.* 1301. 266

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 4th ed. Toronto: Thomson, 2006. 820

Michael Pecore *Appellant*

v.

Paula Pecore and Shawn Pecore *Respondents*

INDEXED AS: PECORE *v.* PECORE

Neutral citation: 2007 SCC 17.

File No.: 31202.

2006: December 6; 2007: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Wills and estates — Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Whether assets in joint accounts to be included in father's estate upon his death — Whether presumption of resulting trust rebutted — Whether presumption of advancement applicable — Standard of proof applicable to rebut presumptions.

Wills and estates — Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Evidence to be considered in ascertaining transferor's intention — Whether evidence of intention that arises subsequent to transfer should be excluded.

Wills and estates — Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Nature of survivorship in context of joint accounts.

Gifts — Gratuitous transfer from parent to child — Presumption of advancement — Whether presumption applies between mother and child — Whether presumption applies only to transfers made between parent and minor child.

An ageing father gratuitously placed the bulk of his assets in joint accounts with his daughter P, who was the closest to him of his three adult children. Unlike her siblings, who were financially secure, P worked at

Michael Pecore *Appelant*

c.

Paula Pecore et Shawn Pecore *Intimés*

RÉPERTORIÉ : PECORE *c.* PECORE

Référence neutre : 2007 CSC 17.

N° du greffe : 31202.

2006 : 6 décembre; 2007 : 3 mai.

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

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

Successions — Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Les biens détenus dans les comptes conjoints doivent-ils êtres inclus dans la succession du père à son décès? — La présomption de fiducie résultoire est-elle réfutée? — La présomption d'avancement s'applique-t-elle? — Norme de preuve applicable pour réfuter les présomptions.

Successions — Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Éléments de preuve à prendre en compte pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert — La preuve de l'intention qui est postérieure au transfert doit-elle être exclue?

Successions — Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Nature du droit de survie dans le contexte de comptes conjoints.

Dons — Transfert à titre gratuit en faveur d'un enfant — Présomption d'avancement — Cette présomption s'applique-t-elle entre une mère et son enfant? — La présomption s'applique-t-elle uniquement aux transferts en faveur d'un enfant mineur?

Un père vieillissant a placé à titre gratuit l'essentiel de ses biens dans des comptes conjoints à son nom et à celui de P, celle de ses trois filles adultes dont il était le plus proche. Contrairement à ses sœurs, qui étaient bien

various low-paying jobs and took care of her quadriplegic husband, M. P's father helped P and her family financially, including buying them a van, making improvements to their home, and assisting her son while he was attending university. P's father alone deposited funds into the joint accounts. He continued to use and control the accounts, and declared and paid all the taxes on the income made from the assets in the accounts. In his will, P's father left specific bequests to P, M and her children but did not mention the accounts. The residue of the estate was to be divided equally between P and M. Upon the father's death, P redeemed the balance in the joint accounts on the basis of a right of survivorship. P and M later divorced, and a dispute over the accounts arose during their matrimonial property proceedings. M claimed that P held the balance in the accounts in trust for the benefit of her father's estate and, consequently, the assets formed part of the residue and should be distributed according to the will. The trial judge held that P's father intended to make a gift of the beneficial interest in the accounts upon his death to P alone, concluding that the evidence failed to rebut the presumption of advancement. The Court of Appeal dismissed M's appeal, but found that it was not necessary to rely on the presumption of advancement because the presumption is only relevant in the absence of evidence of actual intention or where the evidence is evenly balanced.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: The long-standing common law presumptions of advancement and resulting trust continue to play a role in disputes over gratuitous transfers. These presumptions provide a guide for courts where evidence as to the transferor's intent in making the transfer is unavailable or unpersuasive. They also provide a measure of certainty and predictability for individuals who put property in joint accounts or make other gratuitous transfers. The presumption of resulting trust is the general rule for gratuitous transfers and the onus is placed on the transferee to demonstrate that a gift was intended. However, depending on the nature of the relationship between the transferor and transferee, the presumption of advancement may apply and it will fall on the party challenging the transfer to rebut the presumption of a gift. The civil standard of proof is applicable to rebut the presumptions. The applicable presumption will only determine the result where there is insufficient evidence to rebut it on a balance of probabilities. [23-24] [27] [43-44]

établies financièrement, P occupait divers emplois mal rémunérés et prenait soin de son mari tétraplégique, M. Le père de P a aidé financièrement P et sa famille, notamment en leur achetant une fourgonnette, en apportant des améliorations à la maison et en aidant le fils de P à poursuivre des études universitaires. Seul le père déposait des fonds dans les comptes conjoints. Il a continué à utiliser et à contrôler les comptes; lui seul déclarait les revenus tirés des comptes et payait l'impôt y afférent. Son testament contenait des legs spécifiques en faveur de P, de M et des enfants de P, mais les comptes n'y étaient pas mentionnés. Le reliquat de la succession devait être partagé en parts égales entre P et M. Au décès du père, P a retiré le solde des comptes conjoints sur la base d'un droit de survie. Par la suite, P et M ont divorcé et un différend a surgi entre eux au sujet des comptes lors du partage des biens familiaux. M prétendait que P détenait le solde des comptes en fiducie au profit de la succession du père et, par conséquent, que ces biens faisaient partie du reliquat à distribuer conformément au testament. Le juge de première instance a conclu que le père de P avait l'intention de lui faire don, à elle seule, de l'intérêt bénéficiaire sur les comptes à son décès et que la preuve ne réfutait pas la présomption d'avancement. La Cour d'appel a rejeté l'appel de M, mais elle a conclu qu'il n'était pas nécessaire de s'appuyer sur la présomption d'avancement, parce que la présomption n'est pertinente que si la preuve de l'intention réelle n'est pas concluante ou est inexistante.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Les présomptions d'avancement et de fiducie résultoire établies de longue date en common law ont toujours un rôle à jouer dans les litiges relatifs aux transferts à titre gratuit. Elles servent à guider les tribunaux dans la résolution du litige, lorsque la preuve de l'intention de l'auteur du transfert, au moment du transfert, n'est pas disponible ou n'est guère concluante. Elles offrent aussi certitude et prévisibilité aux personnes qui placent des biens en propriété conjointe ou les transfèrent autrement à titre gratuit. La présomption de fiducie résultoire est la règle générale applicable aux transferts à titre gratuit et la preuve de l'intention de faire un don incombe au destinataire du transfert. Toutefois, selon la nature des liens qui unissent l'auteur du transfert à son destinataire, il arrive que ce soit plutôt la présomption d'avancement qui s'applique et qu'il incombe à la partie qui conteste le transfert de réfuter la présomption de donation. La norme à appliquer pour réfuter les présomptions est la norme utilisée en matière civile. La présomption applicable ne sera déterminante quant au résultat que dans les cas où la preuve n'est pas suffisante pour la réfuter selon la prépondérance des probabilités. [23-24] [27] [43-44]

In the context of a transfer to a child, the presumption of advancement, which applies equally to fathers and mothers, is limited in its application to gratuitous transfers made by parents to minor children. Given that a principal justification for the presumption of advancement is parental obligation to support dependent children, the presumption does not apply in respect of independent adult children. Moreover, since it is common nowadays for ageing parents to transfer their assets into joint accounts with their adult children in order to have that child assist them in managing their financial affairs, there should be a rebuttable presumption that the adult child is holding the property in trust for the ageing parent to facilitate the free and efficient management of that parent's affairs. The presumption of advancement is also not applicable to dependent adult children because it would be impossible to list the wide variety of the circumstances that make someone "dependent" for the purpose of applying the presumption. Courts would have to determine on a case-by-case basis whether or not a particular individual is "dependent", creating uncertainty and unpredictability in almost every instance. While dependency will not be a basis on which to apply the presumption, evidence as to the degree of dependency of an adult transferee child on the transferor parent may provide strong evidence to rebut the presumption of a resulting trust. [33] [36] [40-41]

Dans le contexte d'un transfert en faveur d'un enfant, la présomption d'avancement s'applique aux transferts à titre gratuit effectués tant par les mères que par les pères, mais uniquement en faveur d'un enfant mineur. Étant donné qu'une justification principale de la présomption d'avancement est l'obligation des parents de subvenir aux besoins de leurs enfants à charge, cette présomption ne s'applique pas lorsqu'il s'agit d'enfants adultes autonomes. De plus, comme il est courant de nos jours que les parents vieillissants placent leurs biens dans des comptes conjoints à leur nom et à celui de leur enfant adulte de sorte que ce dernier puisse les aider à gérer leurs finances, une présomption réfutable doit s'appliquer selon laquelle l'enfant adulte détient les biens en fiducie au profit de son père ou de sa mère vieillissants afin de faciliter la gestion libre et efficace de leurs affaires. La présomption d'avancement ne s'applique pas non plus aux enfants adultes à charge parce qu'il serait impossible de dresser la liste de toutes les situations emportant le statut de « personne à charge » pour l'application de la présomption. Les tribunaux devraient déterminer au cas par cas si le destinataire concerné est une « personne à charge », ce qui engendrerait incertitude et imprévisibilité dans presque tous les cas. Même si le statut de personne à charge n'enclenche pas en soi l'application de la présomption, la mesure dans laquelle un enfant adulte vit aux dépens de son père ou de sa mère qui lui a transféré un bien peut constituer une preuve solide tendant à réfuter la présomption de fiducie résultoire. [33] [36] [40-41]

With joint accounts, the rights of survivorship, both legal and equitable, vest when the account is opened. The gift of those rights is therefore *inter vivos* in nature. Since the nature of a joint account is that the balance will fluctuate over time, the gift in these circumstances is the transferee's survivorship interest in the account balance at the time of the transferor's death. The presumption of a resulting trust means in that context that it will fall to the surviving joint account holder to prove that the transferor intended to gift the right of survivorship to whatever assets are left in the account to the survivor. [48] [50] [53]

Le droit de survie, tant en common law qu'en equity, rattaché à un compte conjoint est dévolu à l'ouverture du compte. Le don du droit de survie constitue donc un don entre vifs. Étant donné qu'il est dans la nature des comptes conjoints que leur solde fluctue, l'objet du don est le droit de survie du destinataire du transfert sur le solde du compte au moment du décès de l'auteur du transfert. Selon la présomption de fiducie résultoire, il incombe dans ce contexte au titulaire survivant du compte conjoint de prouver que l'auteur du transfert avait l'intention de lui faire don du droit de survie à l'égard du solde du compte, quel qu'en soit le montant. [48] [50] [53]

The types of evidence that should be considered in ascertaining a transferor's intent will depend on the facts of each case. The evidence considered by a court may include the wording used in bank documents, the control and use of the funds in the account, the granting of a power of attorney, the tax treatment of the joint account, and evidence subsequent to the transfer if such evidence is relevant to the transferor's intention at the time of the transfer. The weight to be placed on a particular piece of evidence in determining intent should

Les éléments de preuve à prendre en compte pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert dépendent des circonstances de l'affaire. La preuve examinée par le tribunal peut inclure le libellé des documents bancaires, le contrôle et l'utilisation des fonds placés dans le compte, la signature d'une procuration, le traitement fiscal du compte conjoint et les éléments de preuve postérieurs au transfert, à condition que cette preuve soit pertinente quant à l'intention de l'auteur du transfert au moment du transfert. Il devrait appartenir au juge

be left to the discretion of the trial judge. [55] [59-62] [69]

In this case, the trial judge erred in applying the presumption of advancement. P, although financially insecure, was not a minor child. The presumption of a resulting trust should therefore have been applied. Nonetheless, this error does not affect the disposition of the appeal because the trial judge found that the evidence clearly demonstrated the intention on the part of the father that the balance left in the joint accounts was to go to P alone on his death through survivorship. This strong finding regarding the father's actual intention shows that the trial judge's conclusion would have been the same even if he had applied the presumption of a resulting trust. [75]

Per Abella J.: The trial judge properly applied the correct legal presumption to the facts of the case. Historically, the presumption of advancement has been applied to gratuitous transfers to children, regardless of the child's age, and there is no reason now to limit its application to non-adult children. The argument that a principal justification for the presumption was the parental obligation to support dependent children unduly narrows and contradicts the historical rationale for the presumption. Parental affection, no less than parental obligation, has always grounded the presumption of advancement. Furthermore, the intention to have an adult child manage a parent's financial affairs during his or her lifetime is hardly inconsistent with the intention to make a gift of money in a joint account to that child. Parents generally want to benefit their children out of love and affection. If children assist them with their affairs, this cannot logically be a reason for displacing the assumption that parents desire to benefit them. It is equally plausible that an elderly parent who gratuitously enters into a joint bank account with an adult child on whom he or she depends for assistance intends to make a gift in gratitude for this assistance. If the intention is merely to have assistance in financial management, a power of attorney would suffice, as would a bank account without survivorship rights. Accordingly, since the presumption of advancement emerged no less from affection than from dependency, and since parental affection flows from the inherent nature of the relationship not of the dependency, the presumption of advancement should logically apply to all gratuitous transfers from parents to their children, regardless of the age or dependency of the child or the parent. The natural affection parents are presumed to have for their adult children when both were younger

de première instance de décider quel poids accorder à chaque élément de preuve de l'intention. [55] [59-62] [69]

En l'occurrence, le juge de première instance a commis une erreur en appliquant la présomption d'avancement. Bien qu'elle n'ait pas été stable sur le plan financier, P n'était pas une enfant mineure. La présomption de fiducie résultoire aurait donc dû être appliquée. Quoi qu'il en soit, cette erreur ne change en rien l'issue du pourvoi puisque que le juge de première instance a conclu que la preuve a clairement démontré l'intention du père que le solde des comptes qu'il détenait conjointement avec P lui soit dévolu, à elle seule, après son décès, par effet de son droit de survie. Cette conclusion très ferme quant à l'intention réelle du père montre que le juge de première instance serait arrivé au même résultat s'il avait appliqué la présomption de fiducie résultoire. [75]

La juge Abella : Le juge de première instance a appliqué, aux faits de l'espèce, la présomption de droit qui convenait. Historiquement, la présomption d'avancement s'applique aux transferts à titre gratuit en faveur d'un enfant, indépendamment de son âge, et aucune raison ne justifierait d'en limiter aujourd'hui l'application aux enfants qui n'ont pas atteint l'âge adulte. La thèse selon laquelle une justification principale de la présomption d'avancement est l'obligation des parents de subvenir aux besoins de leurs enfants à charge limite et contredit indûment le fondement historique de la présomption. La présomption d'avancement a toujours reposé autant sur l'affection des parents que sur leur obligation envers leurs enfants. En outre, l'intention d'un parent de confier à son enfant adulte la gestion de ses finances pendant sa vie n'est pas vraiment incompatible avec l'intention de faire don à cet enfant des fonds placés dans un compte conjoint. C'est généralement par amour et par affection qu'un père ou une mère décident d'accorder un avantage à leur enfant. Il ne serait pas logique de supposer, parce que leur enfant les aide à gérer leurs finances, qu'ils ne désirent plus l'avantager. Il est tout aussi plausible qu'en ouvrant de leur plein gré un compte conjoint avec l'enfant adulte qui leur prête assistance, le père ou la mère âgés veuillent lui faire un don pour le remercier de son aide. S'ils souhaitaient simplement obtenir de l'aide dans la gestion de leurs finances, il leur suffirait de signer une procuration ou d'ouvrir un compte bancaire sans droit de survie. Par conséquent, puisque la présomption d'avancement découle tout autant de l'affection des parents que de la dépendance des enfants et que cette affection tient à la nature même du lien parental et non à la dépendance des enfants, la présomption d'avancement devrait logiquement s'appliquer à tous les transferts à titre gratuit

should not be deemed to atrophy with age. [79] [89] [100] [102] [107]

In any event, bank account documents which, as in this case, specifically confirm a survivorship interest should be deemed to reflect an intention that what has been signed is sincerely meant. There is no justification for ignoring the presumptive relevance of clear language in banking documents in determining the transferor's intention. [104]

Cases Cited

By Rothstein J.

Referred to: *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *Carter v. Carter* (1969), 70 W.W.R. 237; *Re Mailman Estate*, [1941] S.C.R. 368; *Niles v. Lake*, [1947] S.C.R. 291; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Saylor v. Madsen Estate* (2005), 261 D.L.R. (4th) 597, aff'g (2004), 13 E.T.R. (3d) 44; *Hyman v. Hyman*, [1934] 4 D.L.R. 532; *Grey (Lord) v. Grey (Lady)* (1677), Rep. Temp. Finch 338, 23 E.R. 185; *Lattimer v. Lattimer* (1978), 18 O.R. (2d) 375; *Edwards v. Bradley*, [1957] S.C.R. 599, rev'g [1956] O.R. 225; *Rupar v. Rupar* (1964), 49 W.W.R. 226; *Dagle v. Dagle Estate* (1990), 38 E.T.R. 164; *Re Wilson* (1999), 27 E.T.R. (2d) 97; *McLear v. McLear Estate* (2000), 33 E.T.R. (2d) 272; *Cooper v. Cooper Estate* (1999), 27 E.T.R. (2d) 170; *Christmas Estate v. Tuck* (1995), 10 E.T.R. (2d) 47; *Cho Ki Yau Trust (Trustees of) v. Yau Estate* (1999), 29 E.T.R. (2d) 204; *Bayley v. Trusts and Guarantee Co.*, [1931] 1 D.L.R. 500; *Johnstone v. Johnstone* (1913), 12 D.L.R. 537; *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *McGrath v. Wallis*, [1995] 2 F.L.R. 114; *Dreger (Litigation Guardian of) v. Dreger* (1994), 5 E.T.R. (2d) 250; *Burns Estate v. Mellon* (2000), 48 O.R. (3d) 641; *Lohia v. Lohia*, [2001] EWCA Civ 1691 (BAILII); *Standing v. Bowring* (1885), 31 Ch. D. 282; *Hill v. Hill* (1904), 8 O.L.R. 710; *Larondeau v. Laurendeau*, [1954] O.W.N. 722; *Re Reid* (1921), 64 D.L.R. 598; *Mordo v. Nitting*, [2006] B.C.J. No. 3081 (QL), 2006 BCSC 1761; *Shaw v. MacKenzie Estate* (1994), 4 E.T.R. (2d) 306; *Reber v. Reber* (1988), 48 D.L.R. (4th) 376; *Russell v. Scott* (1936), 55 C.L.R. 440; *Young v. Sealey*, [1949] 1 All E.R. 92; *Aroso v. Coutts*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 241, [2001] EWHC Ch 443; *Matter of Totten*, 179 N.Y. 112 (1904); *Matter of Berson*, 566 N.Y.S.2d 74 (1991); *Matter of Halpern*, 303 N.Y. 33 (1951); *Clemens v. Clemens Estate*, [1956] S.C.R. 286; *Jeans v. Cooke* (1857), 24 Beav. 513, 53 E.R. 456; *Shephard v. Cartwright*, [1955] A.C. 431; *Neazor v. Hoyle* (1962), 32 D.L.R. (2d) 131; *Lavelle v. Lavelle*,

effectués par un père ou une mère en faveur de leur enfant, indépendamment de l'âge ou du degré de dépendance de l'enfant ou du parent. Il ne faut pas supposer que l'affection présumée des parents pour leurs jeunes enfants s'étiole lorsqu'ils deviennent adultes. [79] [89] [100] [102] [107]

Quoi qu'il en soit, le libellé des documents bancaires qui, comme en l'espèce, confirment expressément un droit de survie, doit être tenu pour correspondre à l'intention sincère de leurs signataires. Il n'existe aucune raison de ne pas reconnaître la pertinence des termes non équivoques des documents bancaires comme élément de preuve par présomption de l'intention de l'auteur du transfert. [104]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts mentionnés : *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567; *Carter c. Carter* (1969), 70 W.W.R. 237; *Re Mailman Estate*, [1941] R.C.S. 368; *Niles c. Lake*, [1947] R.C.S. 291; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Saylor c. Madsen Estate* (2005), 261 D.L.R. (4th) 597, conf. (2004), 13 E.T.R. (3d) 44; *Hyman c. Hyman*, [1934] 4 D.L.R. 532; *Grey (Lord) c. Grey (Lady)* (1677), Rep. Temp. Finch 338, 23 E.R. 185; *Lattimer c. Lattimer* (1978), 18 O.R. (2d) 375; *Edwards c. Bradley*, [1957] R.C.S. 599, inf. [1956] O.R. 225; *Rupar c. Rupar* (1964), 49 W.W.R. 226; *Dagle c. Dagle Estate* (1990), 38 E.T.R. 164; *Re Wilson* (1999), 27 E.T.R. (2d) 97; *McLear c. McLear Estate* (2000), 33 E.T.R. (2d) 272; *Cooper c. Cooper Estate* (1999), 27 E.T.R. (2d) 170; *Christmas Estate c. Tuck* (1995), 10 E.T.R. (2d) 47; *Cho Ki Yau Trust (Trustees of) c. Yau Estate* (1999), 29 E.T.R. (2d) 204; *Bayley c. Trusts and Guarantee Co.*, [1931] 1 D.L.R. 500; *Johnstone c. Johnstone* (1913), 12 D.L.R. 537; *Pettitt c. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *McGrath c. Wallis*, [1995] 2 F.L.R. 114; *Dreger (Litigation Guardian of) c. Dreger* (1994), 5 E.T.R. (2d) 250; *Burns Estate c. Mellon* (2000), 48 O.R. (3d) 641; *Lohia c. Lohia*, [2001] EWCA Civ 1691 (BAILII); *Standing c. Bowring* (1885), 31 Ch. D. 282; *Hill c. Hill* (1904), 8 O.L.R. 710; *Larondeau c. Laurendeau*, [1954] O.W.N. 722; *Re Reid* (1921), 64 D.L.R. 598; *Mordo c. Nitting*, [2006] B.C.J. No. 3081 (QL), 2006 BCSC 1761; *Shaw c. MacKenzie Estate* (1994), 4 E.T.R. (2d) 306; *Reber c. Reber* (1988), 48 D.L.R. (4th) 376; *Russell c. Scott* (1936), 55 C.L.R. 440; *Young c. Sealey*, [1949] 1 All E.R. 92; *Aroso c. Coutts*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 241, [2001] EWHC Ch 443; *Matter of Totten*, 179 N.Y. 112 (1904); *Matter of Berson*, 566 N.Y.S.2d 74 (1991); *Matter of Halpern*, 303 N.Y. 33 (1951); *Clemens c. Clemens Estate*, [1956] R.C.S. 286; *Jeans c. Cooke* (1857), 24 Beav. 513, 53 E.R. 456; *Shephard c. Cartwright*, [1955] A.C. 431; *Neazor*

[2004] EWCA Civ 223 (BAILII); *Taylor v. Wallbridge* (1879), 2 S.C.R. 616.

By Abella J.

Madsen Estate v. Saylor, [2007] 1 S.C.R. 838, 2007 SCC 18, aff'g (2005), 261 D.L.R. (4th) 597, aff'g (2004), 13 E.T.R. (3d) 44; *Nelson v. Nelson* (1995), 184 C.L.R. 538; *Cho Ki Yau Trust (Trustees of) v. Yau Estate* (1999), 29 E.T.R. (2d) 204; *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Grey (Lord) v. Grey (Lady)* (1677), 2 Swans. 594, 36 E.R. 742; *Sidmouth v. Sidmouth* (1840), 2 Beav. 447, 48 E.R. 1254; *Scawin v. Scawin* (1841), 1 Y. & C.C.C. 65, 62 E.R. 792; *Hepworth v. Hepworth* (1870), L.R. 11 Eq. 10; *Dreger (Litigation Guardian of) v. Dreger* (1994), 5 E.T.R. (2d) 250; *Cooper v. Cooper Estate* (1999), 27 E.T.R. (2d) 170; *McLear v. McLear Estate* (2000), 33 E.T.R. (2d) 272; *Young v. Young* (1958), 15 D.L.R. (2d) 138; *Oliver Estate v. Walker*, [1984] B.C.J. No. 460 (QL); *Dagle v. Dagle Estate* (1990), 38 E.T.R. 164; *Christmas Estate v. Tuck* (1995), 10 E.T.R. (2d) 47; *Reain v. Reain* (1995), 20 R.F.L. (4th) 30; *Sodhi v. Sodhi*, [1998] 10 W.W.R. 673; *Re Wilson* (1999), 27 E.T.R. (2d) 97; *Kappler v. Beaudoin*, [2000] O.J. No. 3439 (QL); *Clarke v. Hambly* (2002), 46 E.T.R. (2d) 166, 2002 BCSC 1074; *Plamondon v. Czaban* (2004), 8 E.T.R. (3d) 135, 2004 ABCA 161; *Re Mailman Estate*, [1941] S.C.R. 368; *Niles v. Lake*, [1947] S.C.R. 291; *Edwards v. Bradley*, [1957] S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Divorce Act, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), s. 26.1(2).
Family Law Act, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 31(1).
Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3, ss. 14, 31, 32.
Family Law Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2.1, s. 14(1).
Family Law Act, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 46(1).
Family Property Act, S.S. 1997, c. F-6.3, s. 50(1).
Family Property and Support Act, R.S.Y. 2002, c. 83, s. 7(2).
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 73.
Marital Property Act, S.N.B. 1980, c. M-1.1, s. 15(1).
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 21(1).
Statute of Uses, 1535, 27 Hen. 8, c. 10.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement (Third) of Trusts*. St. Paul, Minn.: The Institute, 2003.

c. Hoyle (1962), 32 D.L.R. (2d) 131; *Lavelle c. Lavelle*, [2004] EWCA Civ 223 (BAILII); *Taylor c. Wallbridge* (1879), 2 R.C.S. 616.

Citée par la juge Abella

Succession Madsen c. Saylor, [2007] 1 R.C.S. 838, 2007 CSC 18, conf. (2005), 261 D.L.R. (4th) 597, conf. (2004), 13 E.T.R. (3d) 44; *Nelson c. Nelson* (1995), 184 C.L.R. 538; *Cho Ki Yau Trust (Trustees of) c. Yau Estate* (1999), 29 E.T.R. (2d) 204; *Pettitt c. Pettitt*, [1970] A.C. 777; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Grey (Lord) c. Grey (Lady)* (1677), 2 Swans. 594, 36 E.R. 742; *Sidmouth c. Sidmouth* (1840), 2 Beav. 447, 48 E.R. 1254; *Scawin c. Scawin* (1841), 1 Y. & C.C.C. 65, 62 E.R. 792; *Hepworth c. Hepworth* (1870), L.R. 11 Eq. 10; *Dreger (Litigation Guardian of) c. Dreger* (1994), 5 E.T.R. (2d) 250; *Cooper c. Cooper Estate* (1999), 27 E.T.R. (2d) 170; *McLear c. McLear Estate* (2000), 33 E.T.R. (2d) 272; *Young c. Young* (1958), 15 D.L.R. (2d) 138; *Oliver Estate c. Walker*, [1984] B.C.J. No. 460 (QL); *Dagle c. Dagle Estate* (1990), 38 E.T.R. 164; *Christmas Estate c. Tuck* (1995), 10 E.T.R. (2d) 47; *Reain c. Reain* (1995), 20 R.F.L. (4th) 30; *Sodhi c. Sodhi*, [1998] 10 W.W.R. 673; *Re Wilson* (1999), 27 E.T.R. (2d) 97; *Kappler c. Beaudoin*, [2000] O.J. No. 3439 (QL); *Clarke c. Hambly* (2002), 46 E.T.R. (2d) 166, 2002 BCSC 1074; *Plamondon c. Czaban* (2004), 8 E.T.R. (3d) 135, 2004 ABCA 161; *Re Mailman Estate*, [1941] R.C.S. 368; *Niles c. Lake*, [1947] R.C.S. 291; *Edwards c. Bradley*, [1957] R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Family Law Act, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, art. 31(1).
Family Law Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2.1, art. 14(1).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^{e} suppl.), art. 73.
Loi sur le divorce, L.R.C. 1985, ch. 3 (2^{e} suppl.), art. 26.1(2).
Loi sur le droit de la famille, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 14, 31, 32.
Loi sur le droit de la famille, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, art. 46(1).
Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire, L.R.Y. 2002, ch. 83, art. 7(2).
Loi sur les biens familiaux, L.S. 1997, ch. F-6,3, art. 50(1).
Loi sur les biens matrimoniaux, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1, art. 15(1).
Matrimonial Property Act, R.S.N.S. 1989, ch. 275, art. 21(1).
Statute of Uses, 1535, 27 Hen. 8, ch. 10.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement (Third) of Trusts*. St. Paul, Minn. : The Institute, 2003.

Chambers, Robert. "Resulting Trusts in Canada" (2000), 38 *Alta. L. Rev.* 378.
Freedman, C. D. "Reassessing Gratuitous Transfers by Parents to Adult Children" (2006), 25 *E.T.P.J.* 174.
Gillese, Eileen E., and Martha Milczynski. *The Law of Trusts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2005.
Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials, 6th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Thomson, 2004.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
Waters' Law of Trusts in Canada, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson, 2005.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 4th ed. Toronto: Thomson, 2006.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Rosenberg and Lang JJ.A.) (2005), 19 E.T.R. (3d) 162, 17 R.F.L. (6th) 261, 202 O.A.C. 158, [2005] O.J. No. 3712 (QL), affirming a decision of Karam J. (2004), 7 E.T.R. (3d) 113, 48 R.F.L. (5th) 89, [2004] O.J. No. 695 (QL). Appeal dismissed.

Andrew M. Robinson and *Megan L. Mackey*, for the appellant.

Bryan C. McPhadden and *Fabrice Gouriou*, for the respondents.

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

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

This appeal involves questions about joint bank and investment accounts where only one of the account holders deposits funds into the account. These types of joint accounts are used by many Canadians for a variety of purposes, including estate-planning and financial management. Given their widespread use, the law relating to how these accounts are to be treated by courts after the death of one of the account holders is a matter appropriate for this Court to address.

Chambers, Robert. « Resulting Trusts in Canada » (2000), 38 *Alta. L. Rev.* 378.
Freedman, C. D. « Reassessing Gratuitous Transfers by Parents to Adult Children » (2006), 25 *E.T.P.J.* 174.
Gillese, Eileen E., and Martha Milczynski. *The Law of Trusts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2005.
Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials, 6th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto : Thomson, 2004.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1999.
Waters' Law of Trusts in Canada, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Thomson, 2005.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 4th ed. Toronto : Thomson, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Rosenberg et Lang) (2005), 19 E.T.R. (3d) 162, 17 R.F.L. (6th) 261, 202 O.A.C. 158, [2005] O.J. No. 3712 (QL), qui a confirmé une décision du juge Karam (2004), 7 E.T.R. (3d) 113, 48 R.F.L. (5th) 89, [2004] O.J. No. 695 (QL). Pourvoi rejeté.

Andrew M. Robinson et *Megan L. Mackey*, pour l'appelant.

Bryan C. McPhadden et *Fabrice Gouriou*, pour les intimés.

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

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

Le pourvoi porte sur les comptes de banque et de placement conjoints dans lesquels un seul des titulaires dépose des fonds. De nombreux Canadiens utilisent de tels comptes à diverses fins, notamment comme outils de planification successorale et de gestion financière. Vu l'utilisation répandue des comptes conjoints, il convient que la Cour examine les règles de droit qui déterminent la façon dont les tribunaux doivent traiter ces comptes après le décès de l'un de leurs titulaires. 1

2 Depending on the terms of the agreement between the bank and the two joint account holders, each may have the legal right to withdraw any or all funds from the accounts at any time and each may have a right of survivorship. If only one of the joint account holders is paying into the account and he or she dies first, it raises questions about whether he or she intended to have the funds in the joint account go to the other joint account holder alone or to have those funds distributed according to his or her will. How to answer this question is the subject of this appeal.

3 In the present case, an ageing father gratuitously placed his mutual funds, bank account and income trusts in joint accounts with his daughter, who was one of his adult children. The father alone deposited funds into the accounts. Upon his death, a balance remained in the accounts.

4 It is not disputed that the daughter took legal ownership of the balance in the accounts through the right of survivorship. Equity, however, recognizes a distinction between legal and beneficial ownership. The beneficial owner of property has been described as "the real owner of property even though it is in someone else's name": *Csak v. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (Ont. H.C.J.), at p. 570. The question is whether the father intended to make a gift of the beneficial interest in the accounts upon his death to his daughter alone or whether he intended that his daughter hold the assets in the accounts in trust for the benefit of his estate to be distributed according to his will.

5 While the focus in any dispute over a gratuitous transfer is the actual intention of the transferor at the time of the transfer, intention is often difficult to ascertain, especially where the transferor is deceased. Common law rules have developed to guide a court's inquiry. This appeal raises the following issues:

1. Do the presumptions of resulting trust and advancement continue to apply in modern times?

Selon les modalités de la convention conclue avec la banque, il arrive que chacun des deux titulaires conjoints ait le droit, en common law, de retirer une partie ou la totalité des fonds du compte à n'importe quel moment et que chacun bénéficie d'un droit de survie. Dans le cas où un seul des titulaires conjoints dépose des fonds dans le compte et où ce titulaire décède le premier, il faut déterminer s'il avait l'intention que le solde du compte conjoint soit dévolu à l'autre titulaire seulement ou qu'il soit distribué conformément à son testament. Le pourvoi porte sur la façon de résoudre cette question.

En l'espèce, un père vieillissant, dont les enfants avaient atteint l'âge adulte, a placé à titre gratuit ses fonds communs de placement, son compte bancaire et ses fiducies de revenu dans des comptes conjoints à son nom et à celui de l'une de ses filles. Seul le père faisait des dépôts dans les comptes. À son décès, il restait des fonds dans les comptes.

Nul ne conteste que la fille est devenue propriétaire en common law du solde des comptes par effet de son droit de survie. Toutefois, l'equity fait une distinction entre la propriété en common law et la propriété bénéficiaire. Le propriétaire bénéficiaire d'un bien est [TRADUCTION] « le véritable propriétaire du bien même si ce dernier n'est pas à son nom » : *Csak c. Aumon* (1990), 69 D.L.R. (4th) 567 (H.C.J. Ont.), p. 570. Il faut donc déterminer si le père voulait faire don à sa fille de la propriété bénéficiaire des comptes au moment de son décès ou s'il voulait que sa fille détienne le solde des comptes en fiducie au profit de sa succession pour le distribuer conformément à son testament.

Bien que, dans tout différend concernant un transfert à titre gratuit, l'élément crucial soit l'intention réelle de son auteur au moment du transfert, celle-ci est souvent difficile à déterminer avec certitude, surtout si l'auteur du transfert est décédé. La common law a donc établi des règles pour aider les tribunaux dans leur démarche. Le pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Les présomptions de fiducie résultoire et d'avancement s'appliquent-elles toujours de nos jours?

2. If so, on what standard will the presumptions be rebutted?

3. How should courts treat survivorship in the context of a joint account?

4. What evidence may courts consider in determining the intent of a transferor?

In this case, the trial judge found that the father actually intended a gift and held that his daughter may retain the assets in the accounts. The Court of Appeal dismissed the appeal of the daughter's ex-husband.

I conclude that there is no basis to overturn this result. The appeal should be dismissed.

II. Facts

The dispute is between Paula Pecore and her ex-husband Michael Pecore regarding who is entitled to the assets held in joint accounts between Paula and her father upon her father's death. The assets in the joint accounts in dispute totalled almost $1,000,000 at the time Paula's father died in 1998.

Paula has two siblings but of the three, she was the closest to their father. In fact, her father was estranged from one of her sisters until shortly before his death in 1998. Unlike her siblings who were financially secure, Paula worked at various low-paying jobs and took care of her quadriplegic husband Michael. Her father helped her and her family financially by, for example, buying them a van, making improvements to their home, and assisting her son while he was attending university.

In 1993, Paula's father was told by a financial advisor that by placing his assets in joint ownership, he could avoid "the payment of probate fees and taxes and generally make after-death

2. Dans l'affirmative, quelle est la norme à appliquer pour réfuter ces présomptions?

3. Comment les tribunaux doivent-ils traiter le droit de survie dans le contexte d'un compte conjoint?

4. Quels éléments de preuve les tribunaux peuvent-ils prendre en considération pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert?

6 En l'espèce, le juge de première instance a conclu que l'intention réelle du père était de faire un don à sa fille et que celle-ci pouvait conserver le solde des comptes. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'ex-mari de la fille.

7 Je conclus que rien ne permet d'infirmer cette décision. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

8 Le litige oppose Paula Pecore à son ex-mari, Michael Pecore, relativement à la dévolution du solde des comptes conjoints dont Paula et son père étaient titulaires, au décès de celui-ci. Le solde en litige s'élevait à près de 1 000 000 $ lorsque le père de Paula est décédé en 1998.

9 Paula a deux sœurs, mais c'est elle qui était la plus proche de son père. En fait, son père n'avait plus aucun contact avec l'une de ses filles jusqu'à peu de temps avant sa mort, en 1998. Contrairement à ses sœurs, qui étaient bien établies financièrement, Paula occupait divers emplois mal rémunérés et prenait soin de son mari Michael, qui est tétraplégique. Son père a aidé financièrement Paula et sa famille, notamment en leur achetant une fourgonnette, en apportant des améliorations à la maison et en aidant le fils de Paula à poursuivre des études universitaires.

10 En 1993, un conseiller financier a expliqué au père de Paula qu'en plaçant ses biens en propriété conjointe, il pourrait éviter [TRADUCTION] « le paiement de frais d'homologation et d'impôt et

disposition less expensive and less cumbersome" ((2004), 7 E.T.R. (3d) 113, at para. 7). In February of 1994, he began transferring some of his assets which were mainly either in bank accounts or in mutual funds to himself and to Paula jointly, with a right of survivorship (*ibid.*, at para. 6). In 1996, Paula's father was advised by his accountant that for tax purposes, transfers to his daughter (as opposed to a spouse) could trigger a capital gain, with the result that tax on the gain would be due as of the year of disposition. As a result, Paula's father wrote letters to the financial institutions purporting to deal with the tax implications. In these letters he stated that he was "the 100% owner of the assets and the funds are not being gifted to Paula" (*ibid.*, at para. 10).

rendre ainsi la transmission de ses biens après son décès moins coûteuse et moins ardue » ((2004), 7 E.T.R. (3d) 113, par. 7). En février 1994, il a commencé à transférer, à son nom et à celui de Paula conjointement, avec droit de survie, une partie de ses biens qui se trouvaient principalement dans des comptes bancaires ou des fonds communs de placement (*ibid.*, par. 6). En 1996, son comptable l'a informé que, pour le calcul de l'impôt, les transferts en faveur de sa fille (contrairement aux transferts en faveur d'un conjoint) pouvaient engendrer un gain en capital sur lequel un impôt serait exigible l'année même de la disposition. Le père de Paula a donc écrit aux établissements financiers pour résoudre le problème de l'impôt. Il les a informés qu'il était [TRADUCTION] « le seul et unique propriétaire des biens et qu'il n'y avait pas eu don des fonds en faveur de Paula » (*ibid.*, par. 10).

11 Paula's father continued to use and control the accounts after they were transferred into joint names. He declared and paid all the taxes on the income made from the assets in the accounts. Paula made some withdrawals but was required to notify her father before doing so. According to her, this was because her father wanted to ensure there were sufficient funds available for her to withdraw.

Le père de Paula a continué à utiliser et à gérer les fonds placés dans ces comptes après leur transfert en propriété conjointe. Lui seul déclarait le revenu tiré de ces comptes et payait l'impôt y afférent. Paula a fait des retraits, mais elle devait au préalable en informer son père. Selon elle, son père voulait ainsi s'assurer que le solde des comptes était suffisant pour permettre le retrait.

12 In early 1998, Paula's father drafted what was to be his last will. By this time, he had already transferred the bulk of his assets into the joint accounts with Paula. For the first time, he named Michael in his will. The will left specific bequests to Paula, Michael and her children (whom Michael had adopted), but did not mention the accounts. The residue of the estate was to be divided equally between Paula and Michael.

Au début de 1998, le père de Paula a rédigé son testament. À cette époque, il avait déjà transféré la majeure partie de ses biens dans les comptes conjoints à son nom et à celui de Paula. Pour la première fois, il a nommé Michael dans son testament. Celui-ci contenait des legs spécifiques en faveur de Paula, de Michael et des enfants de Paula (que Michael avait adoptés), mais les comptes n'y étaient pas mentionnés. Le reliquat de la succession devait être partagé en parts égales entre Paula et Michael.

13 The lawyer who drafted the will testified that he asked Paula's father "about such things as registered retirement savings plans, R.R.I.F.s, registered pension plans, life insurance, and in each case satisfied [him]self that they were not items which would pass as the result of a will and so that they

Dans son témoignage, l'avocat qui a rédigé le testament a affirmé s'être informé auprès du père de Paula concernant [TRADUCTION] « des éléments d'actif tels que des régimes enregistrés d'épargne-retraite, des fonds enregistrés de revenu de retraite (FERR), des régimes de pension agréés ou des

needn't be included in the will" (*ibid.*, at para. 37). There was no discussion about the joint investment and bank accounts.

assurances sur la vie et, dans chaque cas, [avoir été] convaincu qu'aucun élément de ce genre ne devait être transmis par testament et qu'il n'était donc pas nécessaire de les inclure dans le testament » (*ibid.*, par. 37). La question des comptes de banque et des comptes de placement conjoints n'a jamais été abordée.

In 1998, Paula's father moved into Paula and Michael's house. In 1997 and 1998, the father had expressed to others, including one of Paula's sisters, that he was going to take care of Paula after his death, but said the "system" would take care of Michael.

14 En 1998, le père de Paula a emménagé chez Paula et Michael. En 1997 et en 1998, le père a dit à son entourage, et notamment à l'une des sœurs de Paula, qu'il allait prendre soin de Paula après sa mort, mais que le « système » s'occuperait de Michael.

Paula's father died in December 1998. His estate paid tax on the basis of a deemed disposition of the accounts to Paula immediately before his death.

15 Le père de Paula est décédé en décembre 1998. Sa succession a payé l'impôt relatif à la disposition réputée des comptes en faveur de Paula immédiatement avant le décès de son père.

Paula and Michael later divorced. The dispute over the accounts arose during their matrimonial property proceedings.

16 Paula et Michael ont par la suite divorcé. Le différend au sujet des comptes a vu le jour dans le cadre du partage des biens familiaux.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2004), 7 E.T.R. (3d) 113

The trial judge looked at the operation of the presumption of a resulting trust and the presumption of advancement and found that the latter applied given Paula's relationship with her father. Karam J. concluded that the evidence failed to rebut the presumption of advancement and held that the money in the joint accounts therefore belonged to Paula. He found that the evidence clearly indicated that Paula's father intended to gift the beneficial ownership of those assets held in joint ownership to her while he continued to manage and control them on a day-to-day basis before his death.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2004), 7 E.T.R. (3d) 113

17 Le juge de première instance a examiné l'application des présomptions de fiducie résultoire et d'avancement, pour conclure que c'était cette dernière qui s'appliquait compte tenu de la relation entre Paula et son père. Selon le juge Karam, la preuve ne réfutait pas la présomption d'avancement, de sorte que l'argent placé dans les comptes conjoints appartenait à Paula. Il a conclu que la preuve établissait clairement que le père de Paula avait l'intention de lui faire don de la propriété bénéficiaire des biens placés dans les comptes conjoints, tout en continuant à les contrôler et à s'occuper de leur gestion courante de son vivant.

B. *Ontario Court of Appeal* (2005), 19 E.T.R. (3d) 162

The Court of Appeal agreed with the trial judge that there was ample evidence to show that Paula's father intended to give Paula beneficial interest in

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2005), 19 E.T.R. (3d) 162

18 La Cour d'appel estimait, comme le juge de première instance, qu'une preuve abondante démontrait que le père de Paula avait l'intention de lui faire

his investments when he placed them in joint ownership. As a result, Lang J.A. found that it was not necessary to rely on the presumption of advancement, saying that a presumption is only relevant when evidence of actual intention is evenly balanced or when there is no evidence of actual intention.

IV. Analysis

A. *Do the Presumptions of Resulting Trust and Advancement Continue to Apply in Modern Times?*

19 A discussion of the treatment of joint accounts after the death of the transferor must begin with a consideration of the common law approach to ascertaining the intent of the deceased person.

20 A resulting trust arises when title to property is in one party's name, but that party, because he or she is a fiduciary or gave no value for the property, is under an obligation to return it to the original title owner: see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 362. While the trustee almost always has the legal title, in exceptional circumstances it is also possible that the trustee has equitable title: see *Waters' Law of Trusts*, at p. 365, noting the case of *Carter v. Carter* (1969), 70 W.W.R. 237 (B.C.S.C.).

21 Advancement is a gift during the transferor's lifetime to a transferee who, by marriage or parent-child relationship, is financially dependent on the transferor: see *Waters' Law of Trusts*, at p. 378. In the context of the parent-child relationship, the term has also been used because "the father was under a moral duty to advance his children in the world": A. H. Oosterhoff et al., *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (6th ed. 2004), at p. 575 (emphasis added).

22 In certain circumstances which are discussed below, there will be a presumption of resulting trust or presumption of advancement. Each are rebuttable presumptions of law: see e.g. *Re Mailman Estate*, [1941] S.C.R. 368, at p. 374; *Niles v. Lake*,

don de l'intérêt bénéficiaire de ses biens lorsqu'il les a placés en propriété conjointe. En conséquence, la juge Lang a conclu qu'il n'était pas nécessaire de s'appuyer sur la présomption d'avancement, précisant qu'une présomption n'est pertinente que si la preuve de l'intention réelle n'est pas concluante ou est inexistante.

IV. Analyse

A. *Les présomptions de fiducie résultoire et d'avancement s'appliquent-elles toujours de nos jours?*

Pour établir les règles qui régissent les comptes conjoints après le décès de l'auteur du transfert il faut d'abord examiner les règles de common law qui servent à déterminer l'intention du défunt.

Une fiducie résultoire prend naissance lorsque le titre de propriété d'un bien est établi au nom d'une partie qui, en sa qualité de fiduciaire ou d'acquéreur à titre gratuit, a l'obligation de rendre le bien au détenteur original du titre : voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3e éd. 2005), p. 362. Bien que le fiduciaire détienne presque toujours le titre en common law, il peut aussi, exceptionnellement, détenir le titre en equity : voir *Waters' Law of Trusts*, p. 365, qui mentionne l'affaire *Carter c. Carter* (1969), 70 W.W.R. 237 (C.S.C.-B.).

L'avancement est un don fait du vivant de l'auteur du transfert, en faveur d'une personne qui est à sa charge parce qu'elle lui est liée par le mariage ou la filiation : voir *Waters' Law of Trusts*, p. 378. Dans le contexte de la filiation, ce terme est aussi utilisé parce que [TRADUCTION] « le père avait l'obligation morale de pourvoir à l'avancement de ses enfants dans le monde » : A. H. Oosterhoff et autres, *Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials* (6e éd. 2004), p. 575 (je souligne).

Dans certaines circonstances, expliquées ci-après, la présomption de fiducie résultoire ou la présomption d'avancement s'appliquera. Ces deux présomptions de droit peuvent être réfutées : voir, p. ex., *Re Mailman Estate*, [1941] R.C.S. 368,

[1947] S.C.R. 291; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 451; J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 115. A rebuttable presumption of law is a legal assumption that a court will make if insufficient evidence is adduced to displace the presumption. The presumption shifts the burden of persuasion to the opposing party who must rebut the presumption: see Sopinka et al., at pp. 105-6.

For the reasons discussed below, I think the long-standing common law presumptions continue to have a role to play in disputes over gratuitous transfers. The presumptions provide a guide for courts in resolving disputes over transfers where evidence as to the transferor's intent in making the transfer is unavailable or unpersuasive. This may be especially true when the transferor is deceased and thus is unable to tell the court his or her intention in effecting the transfer. In addition, as noted by Feldman J.A. in the Ontario Court of Appeal in *Saylor v. Madsen Estate* (2005), 261 D.L.R. (4th) 597, the advantage of maintaining the presumption of advancement and the presumption of a resulting trust is that they provide a measure of certainty and predictability for individuals who put property in joint accounts or make other gratuitous transfers.

1. The Presumption of Resulting Trust

The presumption of resulting trust is a rebuttable presumption of law and general rule that applies to gratuitous transfers. When a transfer is challenged, the presumption allocates the legal burden of proof. Thus, where a transfer is made for no consideration, the onus is placed on the transferee to demonstrate that a gift was intended: see *Waters' Law of Trusts*, at p. 375, and E. E. Gillese and M. Milczynski, *The Law of Trusts* (2nd ed. 2005), at p. 110. This is so because equity presumes bargains, not gifts.

The presumption of resulting trust therefore alters the general practice that a plaintiff (who

p. 374; *Niles c. Lake*, [1947] R.C.S. 291; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 451; J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2e éd. 1999), p. 115. Une présomption de droit réfutable est une hypothèse juridique que le tribunal tient pour avérée, à moins que la preuve ne soit suffisante pour l'écarter. La présomption inverse donc le fardeau de la preuve, en obligeant la partie opposée à la réfuter : voir Sopinka et autres, p. 105-106.

23 Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que ces présomptions établies de longue date en common law ont toujours un rôle à jouer dans les litiges relatifs aux transferts à titre gratuit. Elles servent à guider les tribunaux dans la résolution du litige, lorsque la preuve de l'intention de l'auteur du transfert, au moment du transfert, n'est pas disponible ou n'est guère concluante. C'est plus particulièrement le cas lorsque l'auteur du transfert est décédé, et qu'il ne peut donc pas confirmer quelle était son intention lorsqu'il a transféré les biens. Par ailleurs, comme la juge Feldman de la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait remarquer dans *Saylor c. Madsen Estate* (2005), 261 D.L.R. (4th) 597, les présomptions d'avancement et de fiducie résultoire ont l'avantage d'offrir certitude et prévisibilité aux personnes qui placent des biens dans des comptes conjoints ou les transfèrent autrement à titre gratuit.

1. La présomption de fiducie résultoire

24 La présomption de fiducie résultoire est une présomption de droit réfutable et la règle générale applicable aux transferts à titre gratuit. Lorsqu'un transfert est contesté, la présomption détermine à quelle partie incombe le fardeau de la preuve. Ainsi, dans le cas d'un transfert sans contrepartie, la preuve de l'intention de faire un don incombe à son destinataire : voir *Waters' Law of Trusts*, p. 375, et E. E. Gillese et M. Milczynski, *The Law of Trusts* (2e éd. 2005), p. 110. Il en est ainsi parce que l'equity présume l'existence d'un marché, et non d'une donation.

25 La présomption de fiducie résultoire modifie donc la pratique habituelle selon laquelle le fardeau

would be the party challenging the transfer in these cases) bears the legal burden in a civil case. Rather, the onus is on the transferee to rebut the presumption of a resulting trust.

26 In cases where the transferor is deceased and the dispute is between the transferee and a third party, the presumption of resulting trust has an additional justification. In such cases, it is the transferee who is better placed to bring evidence about the circumstances of the transfer.

2. The Presumption of Advancement

27 The presumption of resulting trust is the general rule for gratuitous transfers. However, depending on the nature of the relationship between the transferor and transferee, the presumption of a resulting trust will not arise and there will be a presumption of advancement instead: see *Waters' Law of Trusts*, at p. 378. If the presumption of advancement applies, it will fall on the party challenging the transfer to rebut the presumption of a gift.

28 Historically, the presumption of advancement has been applied in two situations. The first is where the transferor is a husband and the transferee is his wife: *Hyman v. Hyman*, [1934] 4 D.L.R. 532 (S.C.C.), at p. 538. The second is where the transferor is a father and the transferee is his child, which is at issue in this appeal.

29 One of the earliest documented cases where a judge applied the presumption of advancement is the 17th century decision in *Grey (Lord) v. Grey (Lady)* (1677), Rep. Temp. Finch 338, 23 E.R. 185:

> . . . the Law will never imply a *Trust*, because the natural Consideration of Blood, and the Obligation which lies on the Father in Conscience to provide for his Son, are predominant, and must over-rule all manner of Implications. [Underlining added; p. 187.]

30 As stated in *Grey*, the traditional rationale behind the presumption of advancement between father and child is that a father has an obligation to provide for his sons. See also *Oosterhoff on Trusts*, at p. 575. The presumption also rests on

de la preuve en matière civile appartient à la partie demanderesse (soit, en pareil cas, celle qui conteste le transfert), et oblige plutôt le destinataire du transfert à réfuter la présomption de fiducie résultoire.

Lorsque l'auteur du transfert est décédé et qu'un litige oppose son destinataire à un tiers, une autre raison justifie l'application de la présomption de fiducie résultoire. En pareilles circonstances, c'est en effet le destinataire du transfert qui est le mieux placé pour établir les circonstances du transfert.

2. La présomption d'avancement

La présomption de fiducie résultoire est donc la règle générale applicable aux transferts à titre gratuit. Toutefois, selon la nature des liens qui unissent l'auteur du transfert à son destinataire, il arrive que ce ne soit pas la présomption de fiducie résultoire, mais plutôt la présomption d'avancement qui s'applique : voir *Waters' Law of Trusts*, p. 378. Si tel est le cas, il incombera à la partie qui conteste le transfert de réfuter la présomption de donation.

Historiquement, la présomption d'avancement s'applique dans deux situations. Premièrement, dans le cas du transfert d'un bien en faveur de l'épouse : *Hyman c. Hyman*, [1934] 4 D.L.R. 532 (C.S.C.), p. 538. Deuxièmement, dans le cas d'un transfert par le père en faveur de son enfant, comme en l'espèce.

L'une des plus anciennes causes attestées où un juge a appliqué la présomption d'avancement est la décision *Grey (Lord) c. Grey (Lady)* (1677), Rep. Temp. Finch 338, 23 E.R. 185, qui date du XVII[e] siècle :

> [TRADUCTION] . . . la loi n'inférera jamais l'existence d'une *fiducie* parce que les liens du sang et l'obligation morale qui incombe au père de subvenir aux besoins de son fils prédominent et doivent l'emporter sur toute inférence. [Je souligne; p. 187.]

Comme le tribunal l'a mentionné dans *Grey*, la justification traditionnelle de la présomption d'avancement par le père en faveur de son enfant est l'obligation du père de subvenir aux besoins de ses fils : voir aussi *Oosterhoff on Trusts*, p. 575. La

the assumption that parents so commonly intend to make gifts to their children that the law should presume as much: *ibid.*, at pp. 581 and 598.

While historically the relationship between father and child gave rise to the presumption of advancement, courts in Canada have been divided as to whether the relationship between mother and child does as well. Some have concluded that it does not: see e.g. *Lattimer v. Lattimer* (1978), 18 O.R. (2d) 375 (H.C.J.), relying on Cartwright J.'s concurring judgment in *Edwards v. Bradley*, [1957] S.C.R. 599. Others have found that it does: see e.g. *Rupar v. Rupar* (1964), 49 W.W.R. 226 (B.C.S.C.); *Dagle v. Dagle Estate* (1990), 38 E.T.R. 164 (P.E.I.S.C., App. Div.); *Re Wilson* (1999), 27 E.T.R. (2d) 97 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). In concluding that the presumption applies to mothers and children in *Re Wilson*, Fedak J., at para. 50, took into consideration "the natural affection between a mother and child, legislative changes requiring mothers to support their children, the economic independence of women and the equality provisions of the Charter".

The question of whether the presumption applies between mother and child is not raised in these appeals, as the transfers in question occurred between a father and daughter, but I shall deal with it briefly. Unlike when the presumption of advancement was first developed, women today have their own financial resources. They also have a statutory obligation to financially support their children in the same way that fathers do. Section 26.1(2) of the *Divorce Act*, R.S.C. 1985, c. 3 (2nd Supp.), for instance, refers to the "principle" that spouses have a "joint financial obligation to maintain the children", and s. 31(1) of the *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, provides that "[e]very parent has an obligation to provide support for his or her unmarried child who is a minor or is enrolled in a full time program of education, to the extent that the parent is capable of doing so." Oosterhoff et al. have also commented on this issue in *Oosterhoff on Trusts*, saying at p. 575, "Mothers and fathers are

présomption repose également sur l'hypothèse voulant que les parents aient si couramment l'intention de faire des dons à leurs enfants que la loi doit présumer qu'il en est ainsi : *ibid.*, p. 581 et 598.

31 Si, historiquement, la relation entre un père et son enfant enclenche la présomption d'avancement, les tribunaux canadiens sont partagés pour ce qui est de savoir s'il en est de même de la relation entre une mère et son enfant. Certains ont conclu que tel n'est pas le cas : voir, p. ex., *Lattimer c. Lattimer* (1978), 18 O.R. (2d) 375 (H.C.J.), qui s'appuie sur les motifs concordants du juge Cartwright dans *Edwards c. Bradley*, [1957] R.C.S. 599. D'autres ont statué que la présomption s'applique : voir, p. ex., *Rupar c. Rupar* (1964), 49 W.W.R. 226 (C.S.C.-B.); *Dagle c. Dagle Estate* (1990), 38 E.T.R. 164 (C.S.Î.-P.-É., Div. app.); *Re Wilson* (1999), 27 E.T.R. (2d) 97 (C. Ont. (Div. gén.)). Pour conclure que la présomption s'appliquait aux mères et à leurs enfants, dans *Re Wilson*, le juge Fedak a pris en compte, au par. 50, [TRADUCTION] « l'affection naturelle entre la mère et son enfant, les modifications législatives imposant aux mères l'obligation de subvenir aux besoins de leurs enfants, l'indépendance économique des femmes et les droits à l'égalité inscrits dans la Charte ».

32 L'application de la présomption à la relation mère-enfant n'est pas en cause dans le pourvoi — qui porte sur des transferts entre père et fille —, mais je m'y attarderai brièvement. De nos jours, les femmes disposent de leurs propres ressources financières, ce qui n'était pas le cas à l'époque où la présomption d'avancement a vu le jour. Les mères ont aussi aujourd'hui, au même titre que les pères, l'obligation légale de soutenir financièrement leurs enfants. Le paragraphe 26.1(2) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. 1985, ch. 3 (2e suppl.), énonce « le principe que l'obligation financière de subvenir aux besoins des enfants [. . .] est commune aux époux et qu'elle est répartie entre eux ». De même, le par. 31(1) de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, prévoit que « [l]e père et la mère sont tenus de fournir des aliments à leur enfant non marié qui est mineur ou qui suit un programme d'études à temps plein, dans la mesure de leurs capacités. » Oosterhoff et autres traitent aussi de cette question

now under equal duties to care for their children and are equally likely to intend to make gifts to them. . . . In Canada, it is now accepted that mothers and fathers should be treated equally."

dans *Oosterhoff on Trusts*, p. 575 : [TRADUCTION] « Les mères et les pères ont maintenant la même obligation de prendre soin de leurs enfants et ils sont tout aussi susceptibles les uns que les autres d'avoir l'intention de leur faire des dons [. . .] Au Canada, il est maintenant reconnu que les mères et les pères doivent recevoir le même traitement. »

33 I agree. As women now have both the means as well as obligations to support their children, they are no less likely to intend to make gifts to their children than fathers. The presumption of advancement should thus apply equally to fathers and mothers.

Je suis aussi de cet avis. Puisqu'elles ont maintenant à la fois les moyens et l'obligation de subvenir aux besoins de leurs enfants, les mères peuvent, tout autant que les pères, avoir l'intention de faire des dons à leurs enfants. La présomption d'avancement doit donc s'appliquer tant aux mères qu'aux pères.

34 Next, does the presumption of advancement apply between parents and adult independent children? A number of courts have concluded that it should not. In reaching that conclusion, Heeney J. in *McLear v. McLear Estate* (2000), 33 E.T.R. (2d) 272 (Ont. S.C.J.), at paras. 40-41, focussed largely on the modern practice of elderly parents adding their adult children as joint account holders so that the children can provide assistance with the management of their parents' financial affairs:

Il faut ensuite se demander si la présomption d'avancement s'applique à la relation entre les parents et leurs enfants adultes autonomes. Plusieurs tribunaux ont statué que la présomption ne devrait pas s'appliquer. Pour arriver à cette conclusion, le juge Heeney, dans *McLear c. McLear Estate* (2000), 33 E.T.R. (2d) 272 (C.S.J. Ont.), par. 40-41, s'est en grande partie fondé sur la pratique contemporaine des parents âgés d'ajouter leurs enfants adultes à titre de titulaires conjoints de leurs comptes pour que ces enfants puissent les aider à gérer leurs finances :

> Just as Dickson J. considered "present social conditions" in concluding that the presumption of advancement between husbands and wives had lost all relevance, a consideration of the present social conditions of an elderly parent presents an equally compelling case for doing away with the presumption of advancement between parent and adult child. We are living in an increasingly complex world. People are living longer, and it is commonplace that an ageing parent requires assistance in managing his or her daily affairs. This is particularly so given the complexities involved in managing investments to provide retirement income, paying income tax on those investments, and so on. Almost invariably, the duty of assisting the ageing parent falls to the child who is closest in geographic proximity. In such cases, Powers of Attorney are routinely given. Names are "put on" bank accounts and other assets, so that the child can freely manage the assets of the parent.

> [TRADUCTION] Si le juge Dickson a pris en considération le « contexte social actuel » pour conclure que la présomption d'avancement entre l'époux et l'épouse était devenue obsolète, la prise en considération du contexte social actuel dans lequel vivent le père ou la mère âgé dicte tout aussi impérieusement l'élimination de la présomption d'avancement entre parents et enfants adultes. Nous vivons dans un monde de plus en plus complexe. Les gens vivent plus longtemps, et il arrive fréquemment que le père ou la mère qui se fait vieux ait besoin d'aide pour gérer ses affaires courantes. C'est d'autant plus vrai si l'on tient compte de la complexité inhérente à la gestion des placements dans le but de produire un revenu de retraite, au paiement de l'impôt sur le revenu tiré de ces placements et ainsi de suite. Presque invariablement, la charge d'aider le père ou la mère vieillissant incombe à l'enfant géographiquement le plus proche. En pareil cas, l'enfant devient généralement le fondé de pouvoir et son nom est « accolé » à des comptes bancaires et à d'autres biens pour qu'il puisse les gérer librement au nom de son père ou de sa mère.

Given these social conditions, it seems to me that it is dangerous to presume that the elderly parent is making a gift each time he or she puts the name of the assisting child on an asset. The presumption that accords with this social reality is that the child is holding the property in trust for the ageing parent, to facilitate the free and efficient management of that parent's affairs. The presumption that accords with this social reality is, in other words, the presumption of resulting trust.

Heeney J. also noted that the fact that the child was independent and living away from home featured very strongly in Kerwin C.J.'s reasons for finding that no presumption of advancement arose in *Edwards v. Bradley*. A similar conclusion was reached by Klebuc J., as he was then, in *Cooper v. Cooper Estate* (1999), 27 E.T.R. (2d) 170 (Sask. Q.B.), at para. 19: "I have serious doubts as to whether presumption of advancement continues to apply with any degree of persuasiveness in Saskatchewan in circumstances where an older parent has transferred property to an independent adult child who is married and lives apart from his parent." Waters et al., too in *Waters' Law of Trusts*, at p. 395, said: "It may well be that, reflecting the financial dependency that it probably does, contemporary opinion would accord [the presumption of advancement] little weight as between a father and an independent, adult child."

I am inclined to agree. First, given that a principal justification for the presumption of advancement is parental obligation to support their dependent children, it seems to me that the presumption should not apply in respect of independent adult children. As Heeney J. noted in *McLear*, at para. 36, parental support obligations under provincial and federal statutes normally end when the child is no longer considered by law to be a minor: see e.g. *Family Law Act*, s. 31. Indeed, not only do child support obligations end when a child is no longer dependent, but often the reverse is true: an obligation may be imposed on independent adult children to support their parents in accordance with need and ability to pay: see e.g. *Family Law Act*, s. 32. Second, I agree with Heeney J. that it is common nowadays for ageing parents to transfer their assets

Dans ce contexte social, il me semble hasardeux de présumer que le père ou la mère âgé fait un don chaque fois qu'il ou elle accole à un bien le nom de l'enfant qui l'aide. La présomption qui concorde avec cette réalité sociale est celle selon laquelle l'enfant détient le bien en fiducie au profit de son père ou de sa mère afin de faciliter la gestion libre et efficace de ses affaires. La présomption qui concorde avec cette réalité sociale est, en d'autres termes, la présomption de fiducie résultoire.

35 Le juge Heeney a par ailleurs noté que le fait que l'enfant était autonome et ne vivait plus dans la maison familiale a beaucoup joué dans la conclusion du juge en chef Kerwin dans *Edwards c. Bradley*, selon laquelle la présomption d'avancement ne s'appliquait pas. Le juge Klebuc, maintenant juge en chef de la Saskatchewan, est arrivé à une conclusion semblable dans *Cooper c. Cooper Estate* (1999), 27 E.T.R. (2d) 170 (B.R. Sask.), par. 19 : [TRADUCTION] « Je doute fort que la présomption d'avancement continue de s'appliquer avec la moindre force déterminante en Saskatchewan lorsque le père ou la mère âgés ont transféré des biens à un enfant adulte autonome qui est marié et vit dans son propre foyer. » On dit aussi dans *Waters' Law of Trusts*, p. 395 : [TRADUCTION] « Il se peut fort bien que, dans le cas d'un père et de son enfant adulte autonome, l'opinion contemporaine n'accorde guère de poids à la présomption d'avancement, étant donné la dépendance financière qui sous-tend probablement cette présomption. »

36 J'aurais tendance à être d'accord. D'abord, étant donné qu'une justification principale de la présomption d'avancement est l'obligation des parents de subvenir aux besoins de leurs enfants à charge, il me semble que cette présomption ne devrait pas s'appliquer lorsqu'il s'agit d'enfants adultes autonomes. Comme le juge Heeney l'a fait remarquer dans *McLear*, par. 36, les obligations alimentaires que les lois fédérale et provinciales imposent aux parents s'éteignent normalement lorsque l'enfant n'est plus considéré comme un mineur par la loi : voir, p. ex., l'art. 31 de la *Loi sur le droit de la famille*. En fait, non seulement les obligations alimentaires à l'égard d'un enfant s'éteignent lorsque l'enfant en question devient autonome, mais, souvent, elles peuvent aussi être inversées, c'est-à-dire que l'enfant adulte autonome peut être tenu

into joint accounts with their adult children in order to have that child assist them in managing their financial affairs. There should therefore be a rebuttable presumption that the adult child is holding the property in trust for the ageing parent to facilitate the free and efficient management of that parent's affairs.

de fournir des aliments à ses père et mère, dans la mesure de ses capacités et des besoins : voir, p. ex., l'art. 32 de la *Loi sur le droit de la famille*. Ensuite, je conviens avec le juge Heeney qu'il est courant de nos jours que les parents vieillissants placent leurs biens dans des comptes conjoints à leur nom et à celui de leur enfant adulte de sorte que ce dernier puisse les aider à gérer leurs finances. Une présomption réfutable doit donc s'appliquer selon laquelle l'enfant adulte détient les biens en fiducie au profit de son père ou de sa mère vieillissants afin de faciliter la gestion libre et efficace de leurs affaires.

37 Some commentators and courts have argued that while an adult, independent child is no longer financially dependent, the presumption of advancement should apply on the basis of parental affection for their children: see e.g. *Madsen Estate*, at para. 21; *Dagle*; *Christmas Estate v. Tuck* (1995), 10 E.T.R. (2d) 47 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); and *Cho Ki Yau Trust (Trustees of) v. Yau Estate* (1999), 29 E.T.R. (2d) 204 (Ont. S.C.J.). I do not agree that affection is a basis upon which to apply the presumption of advancement to the transfer. Indeed, the factor of affection applies in other relationships as well, such as between siblings, yet the presumption of advancement would not apply in those circumstances. However, I see no reason why courts cannot consider evidence relating to the quality of the relationship between the transferor and transferee in order to determine whether the presumption of a resulting trust has been rebutted.

Certains auteurs de doctrine et certains tribunaux sont d'avis que, bien que les enfants adultes autonomes ne soient plus dépendants financièrement, la présomption d'avancement devrait continuer à s'appliquer vu l'affection des parents pour leurs enfants : voir, p. ex., *Madsen Estate*, par. 21; *Dagle*; *Christmas Estate c. Tuck* (1995), 10 E.T.R. (2d) 47 (C. Ont. (Div. gén.)); et *Cho Ki Yau Trust (Trustees of) c. Yau Estate* (1999), 29 E.T.R. (2d) 204 (C.S.J. Ont.). Je ne crois pas que l'affection soit un fondement valable pour appliquer la présomption d'avancement aux transferts. En effet, le facteur de l'affection joue aussi dans d'autres types de relations, notamment celles entre frères et sœurs, et la présomption d'avancement ne s'y applique pourtant pas. Quoi qu'il en soit, je ne vois aucune raison d'empêcher les tribunaux de prendre en considération la qualité de la relation entre l'auteur du transfert et son destinataire pour déterminer si la présomption de fiducie résultoire a été réfutée ou non.

38 The remaining question is whether the presumption of advancement should apply in the case of adult dependent children. In the present case the trial judge, at paras. 26-28, found that Paula, despite being a married adult with her own family, was nevertheless dependent on her father and justified applying the presumption of advancement on that basis.

La question qui reste à trancher est de savoir si la présomption d'avancement devrait s'appliquer dans le cas des enfants adultes toujours à charge. En l'espèce, le juge de première instance a conclu, aux par. 26 à 28, que Paula dépendait de son père, même si elle était une adulte mariée qui avait sa propre famille, et que cette situation justifiait l'application de la présomption d'avancement.

39 The question of whether the presumption applies to adult dependent children begs the question of what constitutes dependency for the purpose of applying the presumption. Dependency is

Pour déterminer si la présomption s'applique aux enfants adultes à charge, il faut savoir ce qu'on entend par « être à charge », c'est-à-dire en quoi consiste la « dépendance » pour l'application de

a term susceptible to an enormous variety of circumstances. The extent or degree of dependency can be very wide ranging. While it may be rational to presume advancement as a result of dependency in some cases, in others it will not. For example, it is not difficult to accept that in some cases a parent would feel a moral, if not legal, obligation to provide for the quality of life for an adult disabled child. This might especially be the case where the disabled adult child is under the charge and care of the parent.

As compelling as some cases might be, I am reluctant to apply the presumption of advancement to gratuitous transfers to "dependent" adult children because it would be impossible to list the wide variety of the circumstances that make someone "dependent" for the purpose of applying the presumption. Courts would have to determine on a case-by-case basis whether or not a particular individual is "dependent", creating uncertainty and unpredictability in almost every instance. I am therefore of the opinion that the rebuttable presumption of advancement with regard to gratuitous transfers from parent to child should be preserved but be limited in application to transfers by mothers and fathers to minor children.

There will of course be situations where a transfer between a parent and an adult child was intended to be a gift. It is open to the party claiming that the transfer is a gift to rebut the presumption of resulting trust by bringing evidence to support his or her claim. In addition, while dependency will not be a basis on which to apply the presumption of advancement, evidence as to the degree of dependency of an adult transferee child on the transferor parent may provide strong evidence to rebut the presumption of a resulting trust.

B. *On What Standard Will the Presumptions Be Rebutted?*

There has been some debate amongst courts and commentators over what amount of evidence is

la présomption. La dépendance est liée à des circonstances extrêmement variées. L'étendue ou le degré de la dépendance peut varier grandement. Dans certains cas, il peut être logique de présumer qu'il y a avancement en raison de la dépendance, dans d'autres, non. Par exemple, on reconnaît aisément que, dans certains cas, le père ou la mère d'un enfant adulte handicapé se sentira tenu moralement, si ce n'est en droit, d'assurer une certaine qualité de vie à son enfant. Ce pourrait être le cas plus particulièrement lorsque c'est le père ou la mère en question qui prend soin de l'enfant adulte handicapé.

40 Aussi impérieuses soient certaines situations, j'hésite à appliquer la présomption d'avancement aux transferts à titre gratuit en faveur d'enfants adultes « à charge » parce qu'il serait impossible de dresser la liste de toutes les situations emportant le statut de « personne à charge » pour l'application de la présomption. Les tribunaux devraient déterminer au cas par cas si le destinataire concerné est une « personne à charge », ce qui engendrerait incertitude et imprévisibilité dans presque tous les cas. Je suis donc d'avis que la présomption réfutable d'avancement doit demeurer applicable aux cas où un père ou une mère transfère un bien à titre gratuit à son enfant, mais uniquement lorsque le destinataire du transfert est un enfant mineur.

41 Bien sûr, dans certaines situations, il arrivera qu'un père ou une mère transfère un bien en faveur de son enfant adulte avec l'intention de lui faire un don. Il appartiendra à la partie qui prétend qu'il s'agit d'un don de réfuter la présomption de fiducie résultoire en présentant une preuve à l'appui de ses prétentions. De plus, même si le statut de personne à charge n'enclenche pas en soi l'application de la présomption d'avancement, la mesure dans laquelle un enfant adulte vit aux dépens de son père ou de sa mère qui lui a transféré un bien peut constituer une preuve solide tendant à réfuter la présomption de fiducie résultoire.

B. *Quelle est la norme à appliquer pour réfuter les présomptions?*

42 L'abondance de la preuve nécessaire pour réfuter une présomption a suscité un certain débat chez

required to rebut a presumption. With regard to the presumption of resulting trust, some cases appear to suggest that the criminal standard, or at least a standard higher than the civil standard, is applicable: see e.g. *Bayley v. Trusts and Guarantee Co.*, [1931] 1 D.L.R. 500 (Ont. S.C., App. Div.), at p. 505; *Johnstone v. Johnstone* (1913), 12 D.L.R. 537 (Ont. S.C., App. Div.), at p. 539. As for the presumption of advancement, some cases seem to suggest that only slight evidence will be required to rebut the presumptions: see e.g. *Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777 (H.L.), at p. 814; *McGrath v. Wallis*, [1995] 2 F.L.R. 114 (Eng. C.A.), at pp. 115 and 122; *Dreger (Litigation Guardian of) v. Dreger* (1994), 5 E.T.R. (2d) 250 (Man. C.A.), at para. 31.

43 The weight of recent authority, however, suggests that the civil standard, the balance of probabilities, is applicable to rebut the presumptions: *Burns Estate v. Mellon* (2000), 48 O.R. (3d) 641 (C.A.), at paras. 5-21; *Lohia v. Lohia*, [2001] EWCA Civ 1691 (BAILII), at paras. 19-21; *Dagle*, at p. 210; *Re Wilson*, at para. 52. See also Sopinka et al., at p. 116. This is also my view. I see no reason to depart from the normal civil standard of proof. The evidence required to rebut both presumptions, therefore, is evidence of the transferor's contrary intention on the balance of probabilities.

44 As in other civil cases, regardless of the legal burden, both sides to the dispute will normally bring evidence to support their position. The trial judge will commence his or her inquiry with the applicable presumption and will weigh all of the evidence in an attempt to ascertain, on a balance of probabilities, the transferor's actual intention. Thus, as discussed by Sopinka et al. in *The Law of Evidence in Canada*, at p. 116, the presumption will only determine the result where there is insufficient evidence to rebut it on a balance of probabilities.

les tribunaux et les auteurs de doctrine. Pour ce qui est de la présomption de fiducie résultoire, certaines affaires donnent à croire que la norme pertinente est celle applicable en matière pénale ou, à tout le moins, une norme plus élevée qu'en matière civile : voir, p. ex., *Bayley c. Trusts and Guarantee Co.*, [1931] 1 D.L.R. 500 (C.S. Ont., Div. app.), p. 505; *Johnstone c. Johnstone* (1913), 12 D.L.R. 537 (C.S. Ont., Div. app.), p. 539. Quant à la présomption d'avancement, certaines décisions indiquent qu'une preuve très mince suffira à la réfuter : voir, p. ex., *Pettitt c. Pettitt*, [1970] A.C. 777 (H.L.), p. 814; *McGrath c. Wallis*, [1995] 2 F.L.R. 114 (C.A. Angl.), p. 115 et 122; *Dreger (Litigation Guardian of) c. Dreger* (1994), 5 E.T.R. (2d) 250 (C.A. Man.), par. 31.

Toutefois, la jurisprudence récente tend à établir que la norme à appliquer pour réfuter les présomptions est la norme utilisée en matière civile, c'est-à-dire la prépondérance des probabilités : *Burns Estate c. Mellon* (2000), 48 O.R. (3d) 641 (C.A.), par. 5-21; *Lohia c. Lohia*, [2001] EWCA Civ 1691 (BAILII), par. 19-21; *Dagle*, p. 210; *Re Wilson*, par. 52. Voir aussi Sopinka et autres, p. 116. Je suis aussi de cet avis. Je ne vois aucune raison de déroger à la norme de preuve normalement applicable en matière civile. La preuve nécessaire pour réfuter les deux présomptions est donc la preuve de l'intention contraire de l'auteur du transfert, établie selon la prépondérance des probabilités.

Comme dans les autres litiges civils, les deux parties présenteront normalement une preuve à l'appui de leurs prétentions, peu importe le fardeau de preuve qui leur incombe. Le juge de première instance entamera son instruction en appliquant la présomption appropriée et il appréciera tous les éléments de preuve pour déterminer l'intention réelle de l'auteur du transfert, selon la prépondérance des probabilités. Ainsi, comme le signalent Sopinka et autres dans *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 116, la présomption ne sera déterminante quant au résultat que dans les cas où la preuve n'est pas suffisante pour la réfuter selon la prépondérance des probabilités.

C. *How Should Courts Treat Survivorship in the Context of a Joint Account?*

In cases where the transferor's proven intention in opening the joint account was to gift withdrawal rights to the transferee during his or her lifetime (regardless of whether or not the transferee chose to exercise that right) and also to gift the balance of the account to the transferee alone on his or her death through survivorship, courts have had no difficulty finding that the presumption of a resulting trust has been rebutted and the transferee alone is entitled to the balance of the account on the transferor's death.

In certain cases, however, courts have found that the transferor gratuitously placed his or her assets into a joint account with the transferee with the intention of retaining exclusive control of the account until his or her death, at which time the transferee alone would take the balance through survivorship: see e.g. *Standing v. Bowring* (1885), 31 Ch. D. 282, at p. 287; *Edwards v. Bradley*, [1956] O.R. 225 (C.A.), at p. 234; *Yau Estate*, at para. 25.

There may be a number of reasons why an individual would gratuitously transfer assets into a joint account having this intention. A typical reason is that the transferor wishes to have the assistance of the transferee with the management of his or her financial affairs, often because the transferor is ageing or disabled. At the same time, the transferor may wish to avoid probate fees and/or make after-death disposition to the transferee less cumbersome and time consuming.

Courts have understandably struggled with whether they are permitted to give effect to the transferor's intention in this situation. One of the difficulties in these circumstances is that the beneficial interest of the transferee appears to arise only on the death of the transferor. This has led some judges to conclude that the gift of survivorship is testamentary in nature and must fail as a result of not being in proper testamentary form: see e.g. *Hill v. Hill* (1904), 8 O.L.R. 710 (H.C.), at

C. *Comment les tribunaux doivent-ils traiter le droit de survie dans le contexte d'un compte conjoint?*

45 Dans les cas où il est démontré que l'auteur du transfert a ouvert le compte conjoint avec l'intention de donner au destinataire du transfert le droit de retirer des fonds avant son décès (peu importe que le destinataire exerce ou non ce droit), et de lui faire don, à lui seul, du solde du compte au moment de son décès par effet du droit de survie, les tribunaux n'ont aucune difficulté à conclure que la présomption de fiducie résultoire est réfutée et que le destinataire du transfert a seul droit au solde du compte au décès de l'auteur du transfert.

46 Dans certains cas, cependant, les tribunaux ont conclu que l'auteur du transfert avait placé ses biens à titre gratuit dans un compte conjoint, à son nom et à celui du destinataire du transfert, avec l'intention de conserver le contrôle exclusif du compte jusqu'à ce que, à son décès, le solde du compte soit dévolu exclusivement au destinataire du transfert par effet du droit de survie : voir, p. ex., *Standing c. Bowring* (1885), 31 Ch. D. 282, p. 287; *Edwards c. Bradley*, [1956] O.R. 225 (C.A.), p. 234; *Yau Estate*, par. 25.

47 Plusieurs raisons peuvent expliquer pourquoi une personne décide de transférer ses biens à titre gratuit dans un compte conjoint dans cette intention. Souvent, l'auteur du transfert est vieillissant ou handicapé et souhaite avoir l'aide du destinataire du transfert pour gérer ses finances. De même, il peut vouloir éviter les frais d'homologation ou faciliter et accélérer la transmission de ses biens au destinataire après son décès.

48 On ne s'étonne pas qu'en pareil cas les tribunaux aient douté de leur pouvoir de donner effet à l'intention de l'auteur du transfert. L'une des difficultés est que l'intérêt bénéficiaire du destinataire semble naître seulement au décès de l'auteur du transfert. Pour cette raison, certains juges sont arrivés à la conclusion que la donation du droit de survie est de nature testamentaire, et qu'elle n'est pas valable parce qu'elle ne respecte pas les exigences de forme d'un testament : voir, p. ex., *Hill c. Hill*

p. 711; *Larondeau v. Laurendeau*, [1954] O.W.N. 722 (H.C.); Hodgins J.A.'s dissent in *Re Reid* (1921), 64 D.L.R. 598 (Ont. S.C., App. Div.). For the reasons that follow, however, I am of the view that the rights of survivorship, both legal and equitable, vest when the joint account is opened and the gift of those rights is therefore *inter vivos* in nature. This has also been the conclusion of the weight of judicial opinion in recent times: see e.g. *Mordo v. Nitting*, [2006] B.C.J. No. 3081 (QL), 2006 BCSC 1761, at paras. 233-38; *Shaw v. MacKenzie Estate* (1994), 4 E.T.R. (2d) 306 (N.S.S.C.), at para. 49; and *Reber v. Reber* (1988), 48 D.L.R. (4th) 376 (B.C.S.C.); see also *Waters' Law of Trusts*, at p. 406.

49 An early case that addressed the issue of the nature of survivorship is *Re Reid* in which Ferguson J.A. of the Ontario Court of Appeal found that the gift of a joint interest was a "complete and perfect gift *inter vivos*" (p. 608) from the moment that the joint account was opened even though the transferor in that case retained exclusive control over the account during his lifetime. I agree with this interpretation. I also find MacKay J.A.'s reasons in *Edwards v. Bradley* (C.A.), at p. 234, to be persuasive:

> The legal right to take the balance in the account if A predeceases him being vested in B on the opening of the account, it cannot be the subject of a testamentary disposition. If A's intention was that B should also have the beneficial interest, B already has the legal title and there is nothing further to be done to complete the gift of the beneficial interest. If A's intention was that B should not take the beneficial interest, it belongs to A or his estate and he is not attempting to dispose of it by means of the joint account. In either event B has the legal title and the only question that can arise on A's death is whether B is entitled to keep any money that may be in the account on A's death or whether he holds it as a trustee under a resulting trust for A's estate. [Emphasis added.]

Edwards v. Bradley was appealed to the Supreme Court of Canada but the issue of survivorship was not addressed.

(1904), 8 O.L.R. 710 (H.C.), p. 711; *Larondeau c. Laurendeau*, [1954] O.W.N. 722 (H.C.); et les motifs dissidents du juge Hodgins dans *Re Reid* (1921), 64 D.L.R. 598 (C.S. Ont., Div. app.). Toutefois, pour les raisons exposées ci-après, je suis d'avis que le droit de survie, tant en common law qu'en equity, est dévolu à l'ouverture du compte conjoint et que le don du droit de survie constitue un don entre vifs. C'est aussi la conclusion qui ressort de la jurisprudence récente : voir, p. ex., *Mordo c. Nitting*, [2006] B.C.J. No. 3081 (QL), 2006 BCSC 1761, par. 233-238; *Shaw c. MacKenzie Estate* (1994), 4 E.T.R. (2d) 306 (C.S.N.-É.), par. 49; et *Reber c. Reber* (1988), 48 D.L.R. (4th) 376 (C.S.C.-B.); voir aussi *Waters' Law of Trusts*, p. 406.

L'une des premières décisions à avoir traité de la nature du droit de survie est l'arrêt *Re Reid*, dans lequel le juge Ferguson, de la Cour d'appel de l'Ontario, a conclu que le don d'un intérêt conjoint est un [TRADUCTION] « don entre vifs complet et parfait en soi » (p. 608) à partir du moment où le compte conjoint est ouvert, même si, dans cette affaire, l'auteur du transfert avait conservé le contrôle exclusif du compte sa vie durant. Je souscris à cette interprétation. J'estime par ailleurs convaincants les motifs du juge MacKay dans *Edwards c. Bradley* (C.A.), p. 234 :

> [TRADUCTION] Le droit en common law de prendre possession du solde du compte si A prédécède étant dévolu à B à l'ouverture du compte, il ne peut faire l'objet d'une disposition testamentaire. Si l'intention de A est que B détienne aussi l'intérêt bénéficiaire, comme B est déjà détenteur du titre en common law, aucune autre mesure n'est requise pour parfaire la donation de l'intérêt bénéficiaire. Si l'intention de A est de ne pas céder l'intérêt bénéficiaire à B, celui-ci appartient à A, ou à sa succession, et A n'entend pas s'en départir en ouvrant le compte conjoint. Dans un cas comme dans l'autre, B détient le titre en common law, et la seule question à résoudre au décès de A est de savoir si B a le droit de garder l'argent qui reste au compte au moment du décès de A ou s'il le détient à titre de fiduciaire aux termes d'une fiducie résultoire au profit de la succession de A. [Je souligne.]

L'affaire *Edwards c. Bradley* a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada, mais l'arrêt de la Cour ne traite pas de la question du droit de survie.

Some judges have found that a gift of survivorship cannot be a complete and perfect *inter vivos* gift because of the ability of the transferor to drain a joint account prior to his or her death: see e.g. Hodgins J.A.'s dissent in *Re Reid*. Like the Ontario Court of Appeal in *Re Reid*, at p. 608, and *Edwards v. Bradley*, at p. 234, I would reject this view. The nature of a joint account is that the balance will fluctuate over time. The gift in these circumstances is the transferee's survivorship interest in the account balance — whatever it may be — at the time of the transferor's death, not to any particular amount.

50 De l'avis de certains juges, le don du droit de survie ne saurait constituer un don entre vifs complet et parfait en soi, étant donné que l'auteur du transfert peut vider le compte conjoint avant son décès : voir, p. ex., les motifs dissidents du juge Hodgins dans *Re Reid*. À l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re Reid*, à la p. 608, et dans *Edwards c. Bradley*, à la p. 234, je rejette ce point de vue. Il est dans la nature des comptes conjoints que leur solde fluctue. En pareil cas, l'objet du don en faveur du destinataire du transfert est le droit de survie sur le solde du compte — quel qu'il soit — au moment du décès de l'auteur du transfert, et non sur un montant précis.

Treating survivorship in these circumstances as an *inter vivos* gift of a joint interest has found favour in other jurisdictions, including Australia and the United Kingdom: see *Russell v. Scott* (1936), 55 C.L.R. 440, at p. 455; *Young v. Sealey*, [1949] 1 All E.R. 92 (Ch. Div.), at pp. 107-8; (in *obiter*) *Aroso v. Coutts*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 241, [2001] EWHC Ch 443, at paras. 29 and 36.

51 La théorie voulant que le droit de survie en pareilles circonstances soit considéré comme un don entre vifs de l'intérêt conjoint a trouvé preneur dans d'autres ressorts, notamment en Australie et au Royaume-Uni : voir *Russell c. Scott* (1936), 55 C.L.R. 440, p. 455; *Young c. Sealey*, [1949] 1 All E.R. 92 (Ch. Div.), p. 107-108; (dans les remarques incidentes) *Aroso c. Coutts*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 241, [2001] EWHC Ch 443, par. 29 et 36.

While not entirely analogous, the American notion of the "Totten trust" (sometimes referred to as the "Bank account trust") is now recognized as valid in most states in the United States; an individual places money in a bank account with the instruction that upon his or her death, whatever is in that bank account will pass to a named beneficiary: see *Restatement (Third) of Trusts* (2003), at para. 26 of Part 2, Chapter 5. The Totten trust is so named for the leading case establishing its validity: see *Matter of Totten*, 179 N.Y. 112 (1904). While a Totten trust does not deal with joint accounts as such, it recognizes the practicality of the depositor having control of an account during his or her lifetime but allowing the depositor's named beneficiary of that account to claim the funds remaining in the account upon the death of the depositor without the disposition being treated as testamentary: see e.g. *Matter of Berson*, 566 N.Y.S.2d 74 (App. Div. 1991); *Matter of Halpern*, 303 N.Y. 33 (1951).

52 Bien qu'elle ne soit pas en tous points identique, la notion, en droit américain, de fiducie de type « Totten », parfois aussi appelée « fiducie de compte bancaire », est maintenant reconnue dans la plupart des États américains; une personne dépose de l'argent dans un compte de banque et donne pour instruction que le solde du compte, au moment de son décès, soit transmis à un bénéficiaire désigné : voir *Restatement (Third) of Trusts* (2003), par. 26 de la partie 2, chapitre 5. La fiducie de type Totten, se nomme ainsi en raison de la première affaire où sa validité a été établie : voir *Matter of Totten*, 179 N.Y. 112 (1904). Bien qu'elle ne concerne pas les comptes conjoints proprement dits, la fiducie de type Totten reconnaît qu'il est commode pour le déposant de continuer à gérer son compte de son vivant tout en permettant au bénéficiaire qu'il désigne de réclamer le solde du compte à son décès, sans que ce solde soit considéré comme transmis par testament : voir, p. ex., *Matter of Berson*, 566 N.Y.S.2d 74 (App. Div. 1991); *Matter of Halpern*, 303 N.Y. 33 (1951).

53 Of course, the presumption of a resulting trust means that it will fall to the surviving joint account holder to prove that the transferor intended to gift the right of survivorship to whatever assets are left in the account to the survivor. Otherwise, the assets will be treated as part of the transferor's estate to be distributed according to the transferor's will.

54 Should the avoidance of probate fees be of concern to the legislature, it is open to it to enact legislation to deal with the matter.

D. *What Evidence May a Court Consider in Determining Intent of the Transferor?*

55 Where a gratuitous transfer is being challenged, the trial judge must begin his or her inquiry by determining the proper presumption to apply and then weigh all the evidence relating to the actual intention of the transferor to determine whether the presumption has been rebutted. It is not my intention to list all of the types of evidence that a trial judge can or should consider in ascertaining intent. This will depend on the facts of each case. However, I will discuss particular types of evidence at issue in this appeal and its companion case that have been the subject of divergent approaches by courts.

1. Evidence Subsequent to the Transfer

56 The traditional rule is that evidence adduced to show the intention of the transferor at the time of the transfer "ought to be contemporaneous, or nearly so", to the transaction: see *Clemens v. Clemens Estate*, [1956] S.C.R. 286, at p. 294, citing *Jeans v. Cooke* (1857), 24 Beav. 513, 53 E.R. 456. Whether evidence subsequent to a transfer is admissible has often been a question of whether it complies with the Viscount Simonds' rule in *Shephard v. Cartwright*, [1955] A.C. 431 (H.L.), at p. 445, citing *Snell's Principles of Equity* (24th ed. 1954), at p. 153:

> The acts and declarations of the parties before or at the time of the purchase, [or of the transfer] or so

Bien entendu, selon la présomption de fiducie résultoire, il incombe au titulaire survivant du compte conjoint de prouver que l'auteur du transfert avait l'intention de lui faire don du droit de survie à l'égard du solde du compte, quel qu'en soit le montant. S'il n'y arrive pas, cet argent sera considéré comme faisant partie de la succession de l'auteur du transfert et sera distribué conformément à son testament.

Si l'évitement des frais d'homologation préoccupe le législateur, il peut légiférer pour régler la question.

D. *Quels éléments de preuve les tribunaux peuvent-ils prendre en considération pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert?*

Lorsqu'un transfert à titre gratuit est contesté, le juge de première instance doit entamer l'instruction en déterminant la présomption qu'il convient d'appliquer, puis apprécier tous les éléments de preuve relatifs à l'intention réelle de l'auteur du transfert pour déterminer si la présomption est réfutée. Je n'entends pas dresser ici la liste de tous les types de preuve que le juge de première instance peut ou doit prendre en considération pour déterminer l'intention. Tout dépend des circonstances de l'affaire. J'analyserai néanmoins les types de preuve particuliers en cause dans le présent pourvoi et dans le pourvoi connexe, que les tribunaux n'ont pas tous traités de la même façon.

1. La preuve postérieure au transfert

Selon la règle traditionnelle, la preuve produite pour établir l'intention de l'auteur du transfert au moment du transfert [TRADUCTION] « doit être contemporaine ou presque » à l'opération : voir *Clemens c. Clemens Estate*, [1956] R.C.S. 286, p. 294, citant *Jeans c. Cooke* (1857), 24 Beav. 513, 53 E.R. 456. L'admissibilité de la preuve postérieure au transfert dépend souvent du fait que la preuve satisfait ou non à la règle énoncée par le vicomte Simonds dans *Shephard c. Cartwright*, [1955] A.C. 431 (H.L.), p. 445, citant *Snell's Principles of Equity* (24e éd. 1954), p. 153 :

> [TRADUCTION] Les actes accomplis et les déclarations faites par les parties avant ou durant l'achat [ou

immediately after it as to constitute a part of the transaction, are admissible in evidence either for or against the party who did the act or made the declaration .... But subsequent declarations are admissible as evidence only against the party who made them ....

The reason that subsequent acts and declarations have been viewed with mistrust by courts is because a transferor could have changed his or her mind subsequent to the transfer and because donors are not allowed to retract gifts. As noted by Huband J.A. in *Dreger*, at para. 33: "Self-serving statements after the event are too easily fabricated in order to bring about a desired result."

Some courts, however, have departed from the restrictive — and somewhat abstruse — rule in *Shephard v. Cartwright.* In *Neazor v. Hoyle* (1962), 32 D.L.R. (2d) 131 (Alta. S.C., App. Div.), for example, a brother transferred land to his sister eight years before he died and the trial judge considered the conduct of the parties during the years after the transfer to see whether they treated the land as belonging beneficially to the brother or the sister.

The rule has also lost much of its force in England. In *Lavelle v. Lavelle*, [2004] EWCA Civ 223 (BAILII), at para. 19, Lord Phillips, M.R., had this to say about *Shephard v. Cartwright* and certain other authorities relied on by the appellant in that case:

It seems to me that it is not satisfactory to apply rigid rules of law to the evidence that is admissible to rebut the presumption of advancement. Plainly, self-serving statements or conduct of a transferor, who may long after the transaction be regretting earlier generosity, carry little or no weight. [Emphasis added.]

Similarly, I am of the view that the evidence of intention that arises subsequent to a transfer should not automatically be excluded if it does not comply with the *Shephard v. Cartright* rule. Such evidence, however, must be relevant to the intention of the transferor at the time of the transfer: *Taylor v. Wallbridge* (1879), 2 S.C.R. 616. The trial judge

le transfert] ou si peu de temps après qu'ils font partie intégrante de l'opération sont recevables à titre de preuve favorable ou défavorable à la partie qui en est l'auteur [. . .] Toutefois, les déclarations postérieures sont recevables seulement à titre de preuve défavorable à la partie qui en est l'auteur . . .

Les tribunaux se méfient des actes et des déclarations postérieurs parce que l'auteur du transfert peut s'être ravisé et parce que les donateurs ne peuvent révoquer leur don. Comme le note le juge Huband dans *Dreger*, par. 33 : [TRADUCTION] « Les déclarations intéressées faites après coup peuvent trop facilement être fabriquées pour produire l'effet désiré. »

57 Certains tribunaux se sont toutefois écartés de la règle restrictive — et quelque peu obscure — énoncée dans *Shephard c. Cartwright.* Dans *Neazor c. Hoyle* (1962), 32 D.L.R. (2d) 131 (C.S. Alb., Div. app.), par exemple, un frère avait transféré un bien-fonds à sa sœur huit ans avant de mourir et le juge de première instance a tenu compte de la conduite des parties dans les années qui ont suivi le transfert pour déterminer qui, du frère ou de la sœur, elles considéraient comme propriétaire bénéficiaire du bien-fonds.

58 La règle s'est aussi considérablement affaiblie en Angleterre. Dans *Lavelle c. Lavelle*, [2004] EWCA Civ 223 (BAILII), par. 19, le maître des rôles, lord Phillips, a déclaré ce qui suit au sujet de *Shephard c. Cartwright* et d'autres décisions sur lesquelles l'appelant se fondait :

[TRADUCTION] Il ne me paraît pas satisfaisant d'appliquer des règles de droit rigides à la preuve admissible pour réfuter la présomption d'avancement. Il est clair que les déclarations ou les actes intéressés de l'auteur d'un transfert, qui peut regretter, beaucoup plus tard, ses largesses passées, n'ont que peu ou pas de poids. [Je souligne.]

59 De même, je suis d'avis que la preuve de l'intention qui est postérieure au transfert ne devrait pas être exclue automatiquement si elle ne satisfait pas à la règle énoncée dans *Shephard c. Cartwright.* Une telle preuve doit toutefois être pertinente quant à l'intention de l'auteur du transfert au moment du transfert : *Taylor c. Wallbridge* (1879), 2 R.C.S.

must assess the reliability of this evidence and determine what weight it should be given, guarding against evidence that is self-serving or that tends to reflect a change in intention.

616. Le juge de première instance doit évaluer la fiabilité de la preuve et déterminer le poids qu'il convient de lui accorder, en prenant garde aux éléments de preuve intéressée ou qui tendent à dénoter un changement d'intention.

2. Bank Documents

2. Les documents bancaires

60 In the past, this Court has held that bank documents that set up a joint account are an agreement between the account holders and the bank about legal title; they are not evidence of an agreement between the account holders as to beneficial title: see *Niles* and *Re Mailman*.

Dans le passé, la Cour a établi que les documents bancaires servant à ouvrir un compte conjoint constituent une convention entre les titulaires du compte et la banque au sujet du titre en common law, mais ne font pas foi de l'entente entre les titulaires quant au titre bénéficiaire : voir *Niles* et *Re Mailman*.

61 While I agree that bank documents do not necessarily set out equitable interests in joint accounts, banking documents in modern times may be detailed enough that they provide strong evidence of the intentions of the transferor regarding how the balance in the account should be treated on his or her death: see B. Ziff, *Principles of Property Law* (4th ed. 2006), at p. 332. Therefore, if there is anything in the bank documents that specifically suggests the transferor's intent regarding the beneficial interest in the account, I do not think that courts should be barred from considering it. Indeed, the clearer the evidence in the bank documents in question, the more weight that evidence should carry.

Je conviens que les documents bancaires n'établissent pas nécessairement les intérêts en equity sur les comptes conjoints mais, de nos jours, ils peuvent être assez détaillés pour fournir une preuve solide de l'intention de l'auteur du transfert quant à ce qui doit advenir du solde du compte à son décès : voir B. Ziff, *Principles of Property Law* (4e éd. 2006), p. 332. Par conséquent, si les documents bancaires contiennent un élément qui révèle spécifiquement l'intention de l'auteur du transfert relativement à l'intérêt bénéficiaire sur le compte, je ne pense pas qu'il devrait être interdit aux tribunaux d'en tenir compte. En fait, plus la preuve contenue dans les documents bancaires est claire, plus cette preuve devrait avoir de poids.

3. Control and Use of the Funds in the Account

3. L'utilisation et le contrôle des fonds versés au compte

62 There is some inconsistency in the caselaw as to whether a court should consider evidence as to the control of joint accounts following the transfer in ascertaining the intent of the transferor with respect to the beneficial interest in the joint account. In the present case, for example, Paula's father continued to manage the investments and to pay the taxes after establishing the joint accounts. The Court of Appeal, at para. 40, held that this factor was not determinative of Paula's father's intentions: "[w]hile control can be consistent with an intention to retain ownership, it is also not inconsistent in this case with an intention to gift the assets." In

La jurisprudence n'est pas constante pour ce qui est de savoir si les tribunaux devraient prendre en compte la preuve relative au contrôle du compte conjoint après le transfert pour déterminer quelle était l'intention de l'auteur du transfert quant à l'intérêt bénéficiaire sur ce compte. En l'espèce, par exemple, le père de Paula a continué de gérer les placements et de payer l'impôt y afférent après l'ouverture des comptes conjoints. La Cour d'appel a déclaré, au par. 40, que ce facteur n'était pas déterminant quant à l'intention du père de Paula : [TRADUCTION] « [b]ien que le contrôle puisse être compatible avec l'intention

contrast, in *Madsen Estate*, at para. 34, one of the main factors the Court of Appeal relied on to show that the father did not intend to create a beneficial joint tenancy was that he remained in control of the accounts, and that he paid the taxes on the interest earned on the funds in the accounts.

de conserver la propriété, en l'espèce, il n'est pas pour autant incompatible avec l'intention de faire don des biens. » Par contre, dans *Madsen Estate*, au par. 34, l'un des principaux facteurs sur lesquels la Cour d'appel s'est appuyée pour conclure que le père n'avait pas l'intention de créer une tenance conjointe bénéficiaire est le fait qu'il avait continué à contrôler les comptes et à payer l'impôt sur les intérêts générés par les comptes.

I am of the view that control and use of the funds, like the wording of the bank documents, should not be ruled out in the ascertainment of the transferor's intention. For example, the transferor's retention of his or her exclusive beneficial interest in the account in his or her lifetime may support the finding of a resulting trust, unless other evidence proves that he or she intended to gift the right of survivorship to the transferee. However, evidence of use and control may be of marginal assistance only and, without more, will not be determinative for three reasons.

63 Selon moi, la preuve de l'utilisation et du contrôle des fonds, au même titre que le libellé des documents bancaires, ne doit pas être exclue lorsqu'il s'agit de déterminer l'intention de l'auteur du transfert. Par exemple, le fait que l'auteur du transfert conserve l'intérêt bénéficiaire sur le compte jusqu'à la fin de sa vie peut étayer une conclusion de fiducie résultoire, à moins que d'autres éléments de preuve n'indiquent qu'il avait l'intention de faire don du droit de survie au destinataire du transfert. Toutefois, il est possible que la preuve de l'utilisation et du contrôle ne soit pas d'un grand secours et, en l'absence de toute autre preuve, elle ne sera pas déterminante, pour trois raisons.

First, it may be that the dynamics of the relationship are such that the transferor makes the management decisions. He or she may be more experienced with the accounts. This does not negate the beneficial interest of the other account holder. Conversely, evidence that a transferee controlled the funds does not necessarily mean that the transferee took a beneficial interest. Ageing parents may set up accounts for the sole purpose of having their adult child manage their funds for their benefit.

64 Premièrement, il se peut que ce soit en raison de la dynamique de la relation entre les titulaires que les décisions touchant la gestion sont prises par l'auteur du transfert. Celui-ci a peut-être plus d'expérience dans la gestion des comptes. L'autre titulaire du compte n'en conserve pas moins son intérêt bénéficiaire. Inversement, la preuve que le destinataire du transfert contrôle les fonds ne signifie pas forcément qu'il a acquis un intérêt bénéficiaire. Une mère ou un père vieillissant peuvent ouvrir un compte conjoint simplement pour que leur enfant adulte puisse gérer leurs biens en leur nom.

Second, in cases involving an ageing parent and an adult child, it may be that the transferee, although entitled both legally and beneficially to withdraw funds, will refrain from accessing them in order to ensure there are sufficient funds to care for the parent for the remainder of the parent's life.

65 Deuxièmement, dans le cas d'une mère ou d'un père vieillissant et de leur enfant adulte, il se peut que le destinataire du transfert, bien qu'il ait le droit en common law et en equity de retirer des fonds, s'abstienne de le faire pour s'assurer qu'il y ait suffisamment d'argent dans le compte pour répondre aux besoins de son père ou de sa mère jusqu'à la fin de leurs jours.

66 Finally, as previously discussed, the fact that a transferor controlled and used the funds during his or her life is not necessarily inconsistent with an intention at the time of the transfer that the transferee would acquire the balance of the account on the transferor's death through the gift of the right of survivorship.

4. Granting of Power of Attorney

67 Courts have also relied to varying degrees on the transferor's granting of a power of attorney to the transferee in determining intent. The Court of Appeal in *Madsen Estate*, at para. 72, noted that the transferor had granted the transferee power of attorney but did not view it "as a factor that suggested that the joint account was not set up merely as a tool of convenience for mutual access to funds". The Court of Appeal in the present case, on the other hand, placed substantial weight on Paula's father having given her both joint ownership of the accounts and power of attorney in finding that he intended to gift the assets to her. Lang J.A. reasoned, at para. 34, that had Paula's father intended only for Paula to assist in the managing of the accounts, this could have been accomplished solely by giving her power of attorney: "With that power of attorney, joint ownership of the investments was unnecessary unless [Paula's father] intended something more: to ensure the investments were given to Paula and to avoid probate fees, both entirely legitimate purposes." Lang J.A. also found, at para. 35, that the weight to be afforded a particular piece of evidence is a matter within a trial judge's discretion.

68 I share Lang J.A.'s view that the trier of fact has the discretion to consider the granting of power of attorney when deciding the transferor's intention. This will be especially true when other evidence suggests that the transferor appreciated the distinction between granting that power and gifting the right of survivorship. Again however, this evidence will not be determinative and courts should use caution in relying upon it, because it is entirely

Troisièmement, comme je l'ai mentionné plus tôt, le fait que l'auteur du transfert utilise et contrôle les fonds sa vie durant n'est pas nécessairement incompatible avec son intention, au moment du transfert, que le destinataire du transfert acquière le solde du compte par effet du droit de survie à son décès.

4. La signature d'une procuration

Pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert, les tribunaux tiennent aussi compte, le cas échéant, à divers degrés, du fait qu'il ait signé une procuration en faveur du destinataire du transfert. Dans *Madsen Estate*, par. 72, la Cour d'appel a constaté que l'auteur du transfert avait donné une procuration au destinataire, mais elle a considéré que celle-ci ne constituait pas [TRADUCTION] « un facteur indiquant que le compte conjoint n'a pas été ouvert simplement pour faciliter l'accès mutuel aux fonds ». Par contre, en l'espèce, la Cour d'appel a accordé une grande importance au fait que le père de Paula lui avait donné à la fois la propriété conjointe des comptes et une procuration, pour conclure que le père avait l'intention de faire don des biens à sa fille. La juge Lang a signalé au par. 34 que, si le père de Paula avait seulement voulu qu'elle l'aide à gérer les comptes, il aurait pu se contenter de lui donner une procuration : [TRADUCTION] « Avec cette procuration, la propriété conjointe des placements aurait été inutile, à moins que [le père de Paula] ait voulu aller plus loin : s'assurer que les placements soient dévolus à Paula et éviter les frais d'homologation, deux fins tout à fait légitimes. » Elle a aussi déclaré, au par. 35, que le poids à accorder aux divers éléments de preuve relève du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance.

Je pense, comme la juge Lang, que le juge des faits est libre de tenir compte de la procuration pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert, surtout si d'autres éléments de preuve donnent à croire qu'il pouvait faire la distinction entre la signature d'une procuration et le don du droit de survie. Cependant, ce type de preuve n'est pas non plus déterminant, et les tribunaux doivent faire montre de prudence à son égard, car il est tout

plausible that the transferor granted power of attorney and placed his or her assets in a joint account but nevertheless intended that the balance of the account be distributed according to his or her will. For example, the transferor may have granted power of attorney in order to have assistance with other affairs beyond the account and may have made the transferee a joint account holder solely for added convenience.

5. Tax Treatment of Joint Accounts

Courts have relied to varying degrees on the transferor's tax treatment of the account in determining intent. In *Madsen Estate*, the trial judge relied in part on the fact that the transferor was the one who declared and paid income tax on the money in the joint accounts in finding that the transferor intended a resulting trust ((2004), 13 E.T.R. (3d) 44, at para. 29). In the present case, at para. 44, the trial judge noted that Paula's father continued to pay taxes on the income in joint accounts but nevertheless found that he intended to gift the joint accounts to her. I do not find either of these approaches inappropriate. The weight to be placed on tax-related evidence in determining a transferor's intent should be left to the discretion of the trial judge. However, whether or not a transferor continues to pay taxes on the income earned in the joint accounts during his or her lifetime should not be determinative of his or her intention in the absence of other evidence. For example, it may be that the transferor made the transfer for the sole purpose of obtaining assistance in the management of his or her finances and wished to have the assets form a part of his or her estate upon his or her death. Or, as discussed above, it is open to a transferor to gift the right of survivorship to the transferee when the joint accounts are opened, but to retain control over the use of the funds in the accounts (and therefore to continue to pay taxes on them) during his or her lifetime.

à fait plausible que l'auteur du transfert ait donné une procuration et placé ses biens dans un compte conjoint, en souhaitant néanmoins que le solde du compte soit distribué conformément à son testament. Par exemple, il peut avoir signé une procuration pour obtenir de l'aide dans des affaires qui n'ont aucun lien avec le compte, et nommé le destinataire titulaire du compte conjoint simplement pour des raisons de commodité.

5. Le traitement fiscal des comptes conjoints

69 Pour déterminer quelle était l'intention de l'auteur du transfert, les tribunaux s'appuient à divers degrés sur la façon dont il traite le compte sur le plan de la fiscalité. Dans *Madsen Estate*, par. 29, la juge de première instance s'est en partie appuyée sur le fait que l'auteur du transfert déclarait les revenus générés par les comptes conjoints et acquittait l'impôt sur ces revenus pour conclure que l'auteur du transfert avait l'intention de créer une fiducie résultoire ((2004), 13 E.T.R. (3d) 44, par. 29). En l'espèce, le juge de première instance a noté, au par. 44, que le père de Paula continuait de payer l'impôt sur le revenu tiré des comptes conjoints, mais il a néanmoins conclu que le père avait l'intention de faire don des comptes conjoints à sa fille. J'estime que ces deux approches sont valables. Il devrait appartenir au juge de première instance de décider quel poids accorder à la preuve relative au paiement de l'impôt pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert. Toutefois, en l'absence d'autres éléments de preuve, le fait que l'auteur du transfert continue ou non de payer l'impôt sur le revenu généré par les comptes conjoints sa vie durant n'est pas un facteur déterminant de son intention. Par exemple, il se peut que l'auteur du transfert ait procédé au transfert dans le seul but d'obtenir de l'aide dans la gestion de ses finances et qu'il ait souhaité que les biens transférés soient inclus dans sa succession après son décès. Par ailleurs, comme nous l'avons vu plus tôt, l'auteur du transfert est libre de faire don du droit de survie au destinataire au moment de l'ouverture des comptes conjoints et de conserver le contrôle sur les fonds versés aux comptes (et, par conséquent, de continuer à payer l'impôt y afférent) jusqu'à la fin de ses jours.

70 As for the matter of taxes on capital gains, it was submitted to this Court that for public policy reasons, transferors should not be permitted to transfer beneficial title while asserting to the tax authorities that such title has not been passed in order to defer or avoid the payment of taxes: appellant's factum, at p. 24. In principle, I agree. Where, in setting up a joint account, the transferor intends to transfer full legal and equitable title to the assets in the account immediately and the value of the assets reflects a capital gain, taxes on capital gains may become payable in the year the joint account is set up. However, where the transferor's intention is to gift the right of survivorship to the transferee but retain beneficial ownership of the assets during his or her lifetime, there would appear to be no disposition at the moment of the setting up of the joint account: see s. 73 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.). That said, the issue of the proper treatment of capital gains in the setting up of joint accounts was not argued in this appeal. I can say no more than these are matters for determination between the Canada Revenue Agency and taxpayers in specific cases.

Pour ce qui est de l'impôt sur le gain en capital, on a soutenu devant la Cour que, pour des raisons d'intérêt public, les auteurs de transferts ne devraient pas être autorisés à transférer le titre bénéficiaire, tout en affirmant au fisc que le titre n'a pas été transmis, pour reporter ou éluder le paiement de l'impôt : mémoire de l'appelant, p. 24. Je suis d'accord en principe. Lorsque l'auteur du transfert ouvre un compte conjoint avec l'intention de transférer immédiatement la propriété absolue, en common law et en equity, des biens placés dans le compte et que la valeur de ces biens comporte un gain en capital, l'impôt sur le gain en capital peut devenir exigible l'année où le compte conjoint est ouvert. Toutefois, si l'auteur du transfert a l'intention de faire don du droit de survie au destinataire du transfert et de conserver la propriété bénéficiaire des biens jusqu'à son décès, je ne crois pas qu'il y ait disposition au moment de l'ouverture du compte conjoint : voir l'art. 73 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5e suppl.). Cela dit, aucun argument n'a été présenté en l'espèce sur le traitement fiscal des gains en capital lors de l'ouverture de comptes conjoints. Je ne peux donc pas me prononcer, si ce n'est pour dire qu'il s'agit d'une question que l'Agence du revenu du Canada doit régler au cas par cas avec les contribuables.

E. *Should the Decision of the Trial Judge Be Overturned?*

E. *La décision du juge de première instance doit-elle être infirmée?*

71 The trial judge in the present case found that, at the time of the transfers, Paula and her father had a very close relationship and that Paula "clearly was the person, other than his wife, that he was closest to and most concerned about" (para. 32). Given this relationship and her financial hardships, her father preferred her over her siblings. Indeed, he was estranged from one of his daughters at the time the accounts were set up (para. 25). While he may have grown close to his son-in-law, the trial judge concluded they were simply "good friends" (para. 38). Moreover, his wife was seriously ill and not expected to outlive him.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu que Paula et son père étaient très proches au moment du transfert et que Paula [TRADUCTION] « était de toute évidence la personne, à part son épouse, dont il était le plus proche et dont il se souciait le plus » (par. 32). Compte tenu de cette relation et des difficultés financières de Paula, le père a décidé de l'avantager par rapport à ses autres enfants. En fait, il n'avait plus aucun contact avec l'une de ses filles au moment où il a ouvert les comptes (par. 25). Il est possible qu'il ait noué des liens avec son gendre, mais le juge de première instance a conclu qu'ils étaient seulement de « bons amis » (par. 38). De plus, son épouse était très malade et on ne s'attendait pas à ce qu'elle lui survive.

Paula and her family relied on her father for financial assistance. While he maintained control of the accounts and used the funds for his benefit during his life, the trial judge found his concern lay with providing for Paula after his death. This is consistent with an intention to gift a right of survivorship when the accounts were set up.

Paula et sa famille comptaient sur le soutien financier de son père. Bien que ce dernier ait conservé le contrôle des comptes et utilisé les fonds pour lui-même jusqu'à son décès, le juge de première instance a conclu que sa préoccupation était de pourvoir aux besoins de Paula après sa mort, préoccupation qui est compatible avec l'intention de lui faire don d'un droit de survie au moment de l'ouverture des comptes. 72

The statements of Paula's father while drafting his last will are also an important indicator of intention. Although the statements were made in years subsequent to the transfer, the trial judge considered the lawyer's testimony about them reliable. The lawyer had nothing to gain from his testimony. This evidence indicates that Paula's father was of the view that the accounts had already been dealt with and understood these assets would not form part of the estate. I agree with the trial judge that "if [the father's] intention was to have his jointly held assets devolve through the estate, they were of such magnitude that he would have at least discussed that matter with his solicitor, since they constituted a substantial proportion of what he owned" (para. 43), particularly after the lawyer asked him about life insurance policies, RRIFs and other assets. All of this evidence is consistent with Paula's father having gifted away the right of survivorship when the joint accounts were opened, and thus is relevant to his intention at the time of the transfer.

Les déclarations du père de Paula, lors de la rédaction de son testament, constituent aussi des indices importants de son intention. Bien que ces déclarations aient été faites après l'année du transfert, le juge de première instance a conclu que le témoignage de l'avocat à ce sujet était fiable. Ce dernier n'avait aucun avantage à tirer de son témoignage. Cette preuve indique que le père de Paula estimait que la question des comptes était déjà réglée et que ces biens ne devaient pas faire partie de sa succession. Je conviens avec le juge de première instance que [TRADUCTION] « si [le père] avait l'intention de transmettre par succession les biens qu'il détenait en propriété conjointe, il en aurait au moins parlé à son avocat, car ces biens étaient d'une grande valeur et représentaient une part appréciable de sa fortune » (par. 43), surtout après que son avocat lui a demandé s'il possédait des polices d'assurance, des FERR et d'autres biens. Tous ces éléments de preuve indiquent que le père de Paula lui a fait don du droit de survie au moment où il a ouvert les comptes et sont donc pertinents pour ce qui est de son intention au moment du transfert. 73

There is of course the issue of Paula's father writing to financial institutions saying that the transfers were not gifts to Paula. Consistent with these letters, Paula's father continued to control the funds in the accounts and paid income tax on the earnings of the investments before his death. The trial judge found that Paula's father's intention when he wrote the letters was "simply to avoid triggering an immediate deemed disposition of the assets in question, and therefore avoid capital gains taxes" (para. 39). I agree with the trial judge that this is not inconsistent with an intention that the balance

Il reste bien sûr les lettres que le père de Paula a envoyées aux institutions financières pour les informer que les transferts ne constituaient pas des dons en faveur de Paula. Conformément à ces lettres, le père de Paula a continué à contrôler les fonds placés dans les comptes et à payer l'impôt sur le revenu tiré de ces placements jusqu'à son décès. Le juge de première instance a conclu que, lorsqu'il a rédigé ces lettres, le père de Paula voulait [TRADUCTION] « simplement éviter d'être réputé avoir disposé immédiatement des biens en cause pour ne pas payer d'impôt sur le gain en capital » 74

remaining in the accounts would belong to Paula on his death.

75 The trial judge erred in applying the presumption of advancement. Paula, although financially insecure, was not a minor child. Karam J. should therefore have applied the presumption of a resulting trust. Nonetheless, this error does not affect the ultimate disposition of the appeal because the trial judge found that the evidence "clearly demonstrate[d] the intention" on the part of the father that the balance left in the joint accounts he had with Paula were to go to Paula alone on his death through survivorship (para. 44). I am satisfied that this strong finding regarding the father's actual intention shows that the trial judge's conclusion would have been the same even if he had applied the presumption of a resulting trust.

V. Disposition

76 For the reasons above, I would dismiss this appeal, with costs. Michael Pecore asked this Court for costs throughout from Paula or the estate. As noted in the judgment of the Ontario Court of Appeal, at para. 48, the trial judge denied Michael costs out of the estate or from Paula. He did so because he found that on the issues raised in the divorce proceeding, success was divided, Paula made an offer to settle that exceeded the result, and Michael's conduct was "less than candid". I see no reason to interfere with that disposition, or that costs should not follow the event in this Court.

The following are the reasons delivered by

77 ABELLA J. — Tolstoy wrote at the beginning of *Anna Karenina*: "Happy families are all alike, every unhappy family is unhappy in its own way." That unhappiness often finds its painful way into a courtroom.

(par. 39). Je partage l'avis du juge de première instance que cette démarche n'est pas incompatible avec l'intention du père de Paula qu'elle devienne propriétaire du solde des comptes à son décès.

Le juge de première instance a commis une erreur en appliquant la présomption d'avancement. Bien qu'elle n'ait pas été bien établie financièrement, Paula n'était pas une enfant mineure. Le juge Karam aurait donc dû appliquer la présomption de fiducie résultoire. Quoi qu'il en soit, cette erreur ne change en rien l'issue du pourvoi puisque que le juge de première instance a conclu que la preuve [TRADUCTION] « a clairement démontré l'intention » du père que le solde des comptes qu'il détenait conjointement avec Paula lui soit dévolu, à elle seule, après son décès, par effet de son droit de survie (par. 44). Je suis convaincu que cette conclusion très ferme quant à l'intention réelle du père montre que le juge de première instance serait arrivé au même résultat s'il avait appliqué la présomption de fiducie résultoire.

V. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Michael Pecore a demandé à la Cour de condamner Paula ou la succession aux dépens devant toutes les juridictions. Comme l'a signalé la Cour d'appel de l'Ontario, au par. 48, le juge de première instance a refusé d'ordonner le paiement des dépens de Michael par Paula ou par la succession parce que, dans la procédure de divorce, le résultat avait été partagé, Paula avait fait une offre de règlement amiable plus favorable à Michael que l'ordonnance rendue, et celui-ci n'avait pas [TRADUCTION] « joué franc jeu ». Aucun motif ne justifierait selon moi que le dispositif soit modifié à cet égard ou que les dépens ne suivent pas l'issue du pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ABELLA — Au tout début du roman *Anna Karénine*, Tolstoï écrit : « Les familles heureuses se ressemblent toutes; les familles malheureuses sont malheureuses chacune à leur façon. » Et leur malheur les acheminent souvent vers les tribunaux.

This appeal involves a father who opened joint bank accounts with his daughter, signing documents that specifically confirmed that the daughter was to have a survivorship interest. The daughter's entitlement to the remaining funds in the accounts was challenged by her ex-husband. The trial judge, who was upheld in the Court of Appeal ((2005), 19 E.T.R. (3d) 162), applied the presumption of advancement and concluded that the father's intention was to make a gift of the money to his daughter ((2004), 7 E.T.R. (3d) 113). In the companion appeal, *Madsen Estate v. Saylor*, [2007] 1 S.C.R. 838, 2007 SCC 18, the daughter's entitlement to the funds was challenged by her siblings. The trial judge applied the presumption of resulting trust rather than the presumption of advancement, and concluded that the father had *not* intended to make a gift to his daughter ((2004), 13 E.T.R. (3d) 44). The issue in both appeals is which presumption applies and what the consequences of its application are.

Le pourvoi concerne un père qui a ouvert des comptes de banque conjoints, à son nom et à celui de sa fille, et qui a signé à cette fin des documents confirmant expressément que sa fille devait bénéficier d'un droit de survie. L'ex-mari de la fille a contesté le droit de celle-ci au solde des comptes. Le juge de première instance, dont la décision a été confirmée en appel ((2005), 19 E.T.R. (3d) 162), a appliqué la présomption d'avancement pour conclure que le père avait l'intention de faire don des fonds à sa fille ((2004), 7 E.T.R. (3d) 113). Dans le pourvoi connexe *Succession Madsen c. Saylor*, [2007] 1 R.C.S. 838, 2007 CSC 18, les intimés contestent le droit de leur sœur au solde d'un compte. La juge de première instance a appliqué la présomption de fiducie résultoire, plutôt que la présomption d'avancement, et a conclu que le père *n'*avait *pas* l'intention de faire un don à sa fille ((2004), 13 E.T.R. (3d) 44). Dans les deux pourvois, la question est de savoir quelle présomption s'applique et quelles conséquences découlent de son application. 78

Analysis

Historically, the presumption of advancement has been applied to gratuitous transfers to children, regardless of the child's age. If we are to continue to retain the presumption of advancement for parent-child transfers, I see no reason, unlike Rothstein J., to limit its application to non-adult children. I agree with him, however, that the scope of the presumption should be expanded to include transfers from mothers as well as from fathers.

Analyse

Historiquement, la présomption d'avancement s'applique aux transferts à titre gratuit en faveur d'un enfant, indépendamment de son âge. Si la présomption d'avancement doit continuer de s'appliquer aux transferts effectués par un père en faveur de son enfant, je ne vois aucune raison, contrairement au juge Rothstein, d'en limiter l'application aux enfants qui n'ont pas atteint l'âge adulte. Toutefois, je suis d'accord avec lui pour dire que la portée de cette présomption doit inclure aussi les transferts effectués par les mères. 79

The presumptions of advancement and resulting trust are legal tools which assist in determining the transferor's intention at the time a gratuitous transfer is made. The tools are of particular significance when the transferor has died.

Les présomptions d'avancement et de fiducie résultoire sont des outils juridiques qui aident à déterminer l'intention de l'auteur du transfert au moment du transfert à titre gratuit. Ces outils sont particulièrement importants lorsque l'auteur du transfert est décédé. 80

If the presumption of advancement applies, an individual who transfers property into another person's name is presumed to have intended to make a gift to that person. The burden of proving that the transfer was not intended to be a gift, is on the

Lorsque la présomption d'avancement s'applique, la personne qui a transféré un bien au nom d'une autre personne est présumée avoir eu l'intention de lui en faire don. La personne qui conteste le transfert a alors le fardeau de démontrer qu'il ne 81

challenger to the transfer. If the presumption of resulting trust applies, the transferor is presumed to have intended to retain the beneficial ownership. The burden of proving that a gift *was* intended, is on the recipient of the transfer.

82 There is an ongoing academic and judicial debate about whether the presumptions, and particularly the presumption of resulting trust, ought to be removed entirely from the judicial tool box in assessing intention. E. E. Gillese and M. Milczynski offer the following criticism, echoed by others, in *The Law of Trusts* (2nd ed. 2005):

> . . . modern life has caused many to question the utility of the presumptions. When I voluntarily transfer title to property to another, is it more sensible to assume that I have made a gift or that I transferred title under the assumption that the transferee would hold title for me? Surely, it is more likely that, had I intended to create a trust, I would have taken steps to expressly create the trust and document it. It is more plausible to presume the opposite to that which equity presumed. If someone today gives away property, it is at least as likely that they intended a gift as that they intended to create some type of trust. And, if they did intend to create a trust, they should be held to the requirements that exist for express trusts and not be favoured by the presumption of a resulting trust. The fact that the presumption is out of step with modern thought explains the courts' new approach to such cases, which is to look at all the evidence with an open mind and attempt to determine intention on that basis. If that were the end of the matter, we could say that the presumption of resulting trust had been eradicated. Unfortunately, the courts have not gone that far, and the presumption will operate where the evidence is unclear. [pp. 109-10]

83 Similarly, in *Nelson v. Nelson* (1995), 184 C.L.R. 538, the High Court of Australia dealt with a case involving a mother's purchase of a house which she then transferred into the names of her children. In his concurring reasons, McHugh J. made the following comments about the presumption of resulting trust:

s'agissait pas d'un don. Lorsque c'est la présomption de fiducie résultoire qui s'applique, l'auteur du transfert est présumé avoir eu l'intention de conserver la propriété bénéficiaire du bien et c'est au destinataire du transfert qu'il revient de prouver l'intention *de faire* un don.

Un débat jurisprudentiel et doctrinal a présentement cours sur l'opportunité d'interdire complètement aux tribunaux d'appliquer ces présomptions, et notamment la présomption de fiducie résultoire, pour évaluer l'intention. E. E. Gillese et M. Milczynski, dont les propos ont été repris par d'autres, ont formulé les critiques suivantes dans *The Law of Trusts* (2e éd. 2005) :

> [TRADUCTION] . . . vu les réalités de la vie moderne, bon nombre ont remis en question l'utilité de ces présomptions. Si je transfère un titre de propriété de plein gré à quelqu'un, est-il plus sensé de supposer que je lui ai fait don du bien ou que je lui ai transféré ce bien pour qu'il le détienne en mon nom? Chose certaine, si j'avais eu l'intention de créer une fiducie, j'aurais probablement pris des mesures pour la créer expressément et l'attester par des documents. Il est plus plausible de présumer le contraire de ce que présume l'equity. De nos jours, lorsqu'il y a transfert d'un bien à titre gratuit, il est au moins aussi probable que l'auteur du transfert a eu l'intention de faire un don que de créer une fiducie quelconque. Et, s'il avait effectivement l'intention de créer une fiducie, l'auteur du transfert devrait être tenu de respecter les exigences applicables aux fiducies expresses et ne devrait pas bénéficier de la présomption de fiducie résultoire. Le fait que cette présomption ne cadre plus avec la pensée moderne explique la nouvelle attitude des tribunaux en pareils cas, c'est-à-dire le fait qu'ils examinent désormais l'ensemble de la preuve en ne négligeant aucune possibilité et tentent de déterminer, à partir de cette preuve, quelle était l'intention de l'auteur du transfert. S'ils s'arrêtaient là, nous pourrions affirmer que la présomption de fiducie résultoire a été éliminée. Malheureusement, les tribunaux n'en sont pas là, et la présomption continue de s'appliquer dans les cas où la preuve n'est pas claire. [p. 109-110]

De même, dans *Nelson c. Nelson* (1995), 184 C.L.R. 538, la Haute Cour d'Australie a été saisie d'une cause dans laquelle la mère avait acheté une maison, puis en avait transféré le titre de propriété à ses enfants. Dans ses motifs concordants, le juge McHugh a fait les commentaires suivants au sujet de la présomption de fiducie résultoire :

No doubt in earlier centuries, the practices and modes of thought of the property owning classes made it more probable than not that, when a person transferred property in such circumstances, the transferor did not intend the transferee to have the beneficial as well as the legal interest in the property. But times change. To my mind — and, I think, to the minds of most people — it seems much more likely that, in the absence of an express declaration or special circumstances, the transfer of property without consideration was intended as a gift to the transferee. . . .

A presumption is a useful aid to decision making only when it accurately reflects the probability that a fact or state of affairs exists or has occurred. . . . If the presumptions do not reflect common experience today, they may defeat the expectations of those who are unaware of them. [Emphasis added; p. 602.]

McHugh J.'s allusion to "earlier centuries" reflects the origins of the presumption of resulting trust. In the 15th century, it was not uncommon for landowners in England to have title to their property held by other individuals on the understanding that it was being held for the "use" of the landowner and subject to his direction. This had the effect of separating legal and beneficial ownership. The purpose of the scheme was to avoid having to pay feudal taxes when land passed from a landowner to his heir.

It became so common for owners to transfer land to be held for their own use, that the courts began to *presume* that a transfer made without consideration, or gratuitously, was intended to be for the transferor's own use, giving rise to the presumption of resulting use. Because these nominal transfers caused a significant loss of revenue to the Crown, the *Statute of Uses, 1535* was enacted, which "executed the use", reuniting legal and equitable title (R. Chambers, "Resulting Trusts in Canada" (2000), 38 *Alta. L. Rev.* 378; *Cho Ki Yau Trust (Trustees of) v. Yau Estate* (1999), 29 E.T.R. (2d) 204 (Ont. S.C.J.)).

The presumption of resulting trust is the vestigial doctrine that emerged from the evolutionary

[TRADUCTION] Vu les pratiques et modes de pensée des classes possédantes aux siècles passés, il était certes plus probable que la personne qui transférait un bien en pareilles circonstances n'avait pas l'intention de conférer au destinataire du transfert aussi bien l'intérêt bénéficiaire que l'intérêt en common law sur ce bien. Mais les temps changent. Selon moi — et, je crois, selon la majorité des gens — il semble beaucoup plus probable qu'en l'absence d'une déclaration expresse ou de circonstances particulières, la personne qui transfère un bien sans contrepartie a l'intention d'en faire don. . .

La présomption est un outil utile à la prise de décision uniquement lorsqu'elle reflète bien la probabilité d'un fait ou d'une situation [. . .] Si elles ne reflètent pas la réalité courante, les présomptions peuvent tromper les attentes des personnes qui ne les connaissent pas. [Je souligne; p. 602.]

84 La mention des « siècles passés » par le juge McHugh renvoie à l'origine de la présomption de fiducie résultoire. Au XV^e^ siècle, il n'était pas inhabituel, en Angleterre, qu'un propriétaire foncier convienne de transférer son titre de propriété à une personne qui, à son tour, acceptait de le détenir au profit du propriétaire et suivant ses directives, ce qui avait pour effet de séparer l'intérêt en common law et l'intérêt bénéficiaire. Cette pratique permettait d'éviter le paiement de l'impôt féodal exigible lors de la transmission d'un bien-fonds à un héritier.

85 La pratique de transférer un bien-fonds à un destinataire qui ne le détenait pas à son propre profit, mais à celui de l'auteur du transfert, est devenue tellement courante que les tribunaux ont commencé à *présumer* que les bien-fonds transférés sans contrepartie, ou à titre gratuit, étaient détenus au profit de l'auteur du transfert, ce qui a donné naissance à la présomption d'usage résultoire. Ces transferts nominaux représentant un manque à gagner important pour la Couronne, le *Statute of Uses, 1535*, a été édicté en vue de « parfaire l'usage », en réunissant le titre en common law et le titre en equity (R. Chambers, « Resulting Trusts in Canada » (2000), 38 *Alta. L. Rev.* 378; *Cho Ki Yau Trust (Trustees of) c. Yau Estate* (1999), 29 E.T.R. (2d) 204 (C.S.J. Ont.)).

86 La présomption de fiducie résultoire est le vestige doctrinal de l'évolution du principe de l'usage

remains of the executed use. The presumption of advancement, on the other hand, evolved as a limited exception to the presumption of resulting trust, generally arising in two situations: when a gratuitous transfer was made by a father to his child; and when a gratuitous transfer was made by a husband to his wife.

87 The traditional presumption of advancement as between husband and wife has been largely abandoned, both judicially (*Pettitt v. Pettitt*, [1970] A.C. 777 (H.L.), and *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436) and legislatively (New Brunswick, *Marital Property Act*, S.N.B. 1980, c. M-1.1, s. 15(1); Prince Edward Island, *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2.1, s. 14(1); Nova Scotia, *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, c. 275, s. 21(1); Newfoundland and Labrador, *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, c. F-2, s. 31(1); Ontario, *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3, s. 14; Northwest Territories and Nunavut, *Family Law Act*, S.N.W.T. 1997, c. 18, s. 46(1); Saskatchewan, *The Family Property Act*, S.S. 1997, c. F-6.3, s. 50(1); Yukon, *Family Property and Support Act*, R.S.Y. 2002, c. 83, s. 7(2)).

88 But in the case of gratuitous transfers to children, the presumption "appears to retain much of its original vigour" (D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 381). As noted by Cullity J. in *Yau Estate*, at para. 35:

> [I]t would be a mistake to extrapolate the treatment of the equitable presumptions in *Rathwell* out of their matrimonial property context to other situations including those involving the acquisition, or transfer, of property between strangers and between parents and their children.

89 Rothstein J. rejects parental affection as being a basis for the presumption, stating that "a principal justification for the presumption of advancement" in the case of gratuitous transfers to children was the "parental obligation to support their dependent

parfait. En revanche, la présomption d'avancement a été établie comme exception limitée à la présomption de fiducie résultoire, généralement applicable à deux situations : le transfert à titre gratuit par un père en faveur de son enfant et le transfert à titre gratuit par l'époux en faveur de son épouse.

L'application de la présomption traditionnelle d'avancement en faveur de l'épouse a beaucoup décliné, tant dans la jurisprudence (*Pettitt c. Pettitt*, [1970] A.C. 777 (H.L.), et *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436) que dans les textes législatifs (Nouveau-Brunswick, *Loi sur les biens matrimoniaux*, L.N.-B. 1980, ch. M-1.1, par. 15(1); Île-du-Prince-Édouard, *Family Law Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2.1, par. 14(1); Nouvelle-Écosse, *Matrimonial Property Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 275, par. 21(1); Terre-Neuve-et-Labrador, *Family Law Act*, R.S.N.L. 1990, ch. F-2, par. 31(1); Ontario, *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, ch. F.3, art. 14; Territoires du Nord-Ouest et Nunavut, *Loi sur le droit de la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 18, par. 46(1); Saskatchewan, *Loi sur les biens familiaux*, L.S. 1997, ch. F-6,3, par. 50(1); Yukon, *Loi sur le patrimoine familial et l'obligation alimentaire*, L.R.Y. 2002, ch. 83, par. 7(2)).

En revanche, dans le cas des transferts à titre gratuit en faveur des enfants, la présomption [TRADUCTION] « semble être appliquée avec autant de vigueur qu'à ses débuts » (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3e éd. 2005), p. 381). Mentionnons à cet égard les propos du juge Cullity, au par. 35 de la décision *Yau Estate* :

> [TRADUCTION] [C]e serait une erreur d'extrapoler et d'appliquer le traitement réservé à la présomption en equity dans *Rathwell* à d'autres situations que le partage des biens matrimoniaux, notamment à l'acquisition ou au transfert de biens entre étrangers ou entre parents et enfants.

Le juge Rothstein rejette l'affection parentale comme fondement de la présomption, affirmant qu'une « justification principale de la présomption d'avancement », dans le cas des transferts à titre gratuit en faveur des enfants, « est l'obligation des

children" (para. 36). With respect, this narrows and somewhat contradicts the historical rationale for the presumption. Parental affection, no less than parental obligation, has always grounded the presumption of advancement.

It is in fact the rationale of parental affection that was cited in *Waters' Law of Trusts in Canada* as an explanation for the longevity of the presumption of advancement in transfers to children:

> The presumption of advancement between father and child has not been subjected to the same re-evaluation which in recent years has overtaken the presumption between husband and wife. . . . The factor of affection continues to exist, something which cannot be presumed in the relationship between strangers, and possibly for this reason the courts have seen no reason to challenge its modern significance. [Emphasis added; p. 395.]

In his article, "Reassessing Gratuitous Transfers by Parents to Adult Children" (2006), 25 *E.T.P.J.* 174, Professor Freedman acknowledges that while the "original rationale of the advancement rule is somewhat difficult to pin down" (p. 190), it did not arise only from the parental obligation to provide support for dependent children:

> Would that satisfaction of legal obligations was the explicit rationale of the presumption of advancement in the older cases; unfortunately, the authorities are inconsistent in approach and lead to little certainty in justifying doctrine. Indeed, this was decidedly an inquiry into gifting, not compelling support payments, and gratuitous transfers were recognised as advancements in a number of situations that are problematic for this elegant explanation of the equitable doctrine — for example, where the donee was of legal age and even independent of his father, or was already provided for, or was illegitimate, or where the *loco parentis* principle was liberally applied to a wider class of people that would not be the object of any enforceable legal obligation. While later cases have gone on to demonstrate the highly refined skills of both counsel and judges in distinguishing one case from another based on factual considerations in determining whether the presumption ought to apply in any given circumstance, I would

parents de subvenir aux besoins de leurs enfants à charge » (par. 36). En toute déférence, j'estime que cette position limite et contredit dans une certaine mesure le fondement historique de la présomption. En effet, la présomption d'avancement a toujours reposé autant sur l'affection des parents que sur leur obligation envers leurs enfants.

90 Selon *Waters' Law of Trusts in Canada*, l'affection des parents offre d'ailleurs une explication à la longévité de la présomption d'avancement dans le cas des transferts en faveur des enfants :

> [TRADUCTION] La présomption d'avancement par le père en faveur de son enfant n'a pas fait l'objet d'une réévaluation aussi poussée que celle qui a frappé la présomption applicable entre époux au cours des dernières années [. . .] Le facteur de l'affection existe encore — facteur dont on ne peut présumer l'existence dans les relations entre étrangers — et, peut-être pour cette raison, les tribunaux n'ont pas jugé nécessaire de remettre en question son opportunité aujourd'hui. [Je souligne; p. 395.]

91 Dans son article, intitulé « Reassessing Gratuitous Transfers by Parents to Adult Children » (2006), 25 *E.T.P.J.* 174, le professeur D. Freedman reconnaît que, bien qu'il soit [TRADUCTION] « difficile de déterminer quel était le fondement initial de la règle de l'avancement » (p. 190), celle-ci ne découle pas uniquement de l'obligation des parents de subvenir aux besoins de leurs enfants à charge :

> [TRADUCTION] Si seulement l'application de la présomption d'avancement dans les causes plus anciennes reposait explicitement sur l'exécution d'obligations juridiques; malheureusement, la jurisprudence n'est pas constante et laisse planer une grande incertitude sur le fondement de la doctrine. En fait, il était assurément question de dons et non d'obligations alimentaires, et des transferts à titre gratuit ont été considérés comme un avancement dans un certain nombre de situations qui ne cadrent pas tout à fait avec cette explication élégante de la doctrine en equity — par exemple, le donataire avait atteint la majorité et n'était plus à la charge de son père, quelqu'un subvenait déjà à ses besoins, il était un enfant illégitime, ou encore le principe *loco parentis* était appliqué de façon libérale à une catégorie plus large de personnes qui n'étaient créancières d'aucune obligation exécutoire en droit. Bien que des causes plus récentes aient permis de constater la grande habileté tant des avocats que des juges à

suggest that no uniform principle can be found in the cases. The simple fact is that the extent of the obligation between the transferor and transferee was never the focus of the inquiry, only the probable intent of the transferor in seeking to retain the beneficial interest for himself in the context of a given relationship that on its face gave rise to reasonable expectations that such gifts might be forthcoming. [Emphasis added; pp. 190-91.]

92 Even at the elemental stage in the development of the doctrine, the court in *Grey (Lord) v. Grey (Lady)* (1677), 2 Swans. 594, 36 E.R. 742, identified natural affection as a rationale for the application of the presumption of advancement:

> For the natural consideration of blood and affection is so apparently predominant, that those acts which would imply a trust in a stranger, will not do so in a son; and, *ergo*, the father who would check and control the appearance of nature, ought to provide for himself by some instrument, or some clear proof of a declaration of trust, and not depend upon any implication of law . . . . [Emphasis added; p. 743.]

93 In *Yau Estate*, Cullity J. also observed that parental affection is a rationale for the presumption, leading Professor Freedman in his article to conclude:

> In other words, parental affection grounds the presumption and is the greatest indicator of the probable intent of the transferor. This is an attractive argument which I suggest most would agree accords with common experience. [p. 196]

94 Because parental affection has historically been seen as a basis for the presumption of advancement, it was routinely applied to adult as well as to minor children. In *Sidmouth v. Sidmouth* (1840), 2 Beav. 447, 48 E.R. 1254, for example, the court applied it in the case of a gratuitous transfer to an adult son, explaining:

distinguer une affaire d'une autre à partir des faits pour déterminer si la présomption doit être appliquée dans une situation donnée, j'estime qu'aucun principe uniforme ne se dégage de ces causes. En fait, les tribunaux n'ont tout simplement jamais centré leur examen sur la portée de l'obligation de l'auteur du transfert envers son destinataire; mais uniquement sur l'intention probable de l'auteur du transfert qui tentait de conserver l'intérêt bénéficiaire sur le bien dans le contexte d'une relation donnée qui, a priori, laissait raisonnablement croire à la possibilité de tels dons. [Je souligne; p. 190-191.]

Même à l'étape initiale de l'élaboration de la doctrine, le tribunal a reconnu, dans *Grey (Lord) c. Grey (Lady)* (1677), 2 Swans. 594, 36 E.R. 742, que l'affection naturelle constituait une justification à l'application de la présomption d'avancement :

> [TRADUCTION] Vu la prédominance manifeste de la contrepartie naturelle que constituent les liens du sang et l'affection, les situations qui amèneraient à inférer l'existence d'une fiducie à l'égard d'un étranger n'auront pas cet effet dans le cas d'un fils. Par conséquent, le père qui entend s'écarter de ce qui est perçu comme l'ordre naturel des choses devrait se prémunir en se procurant un acte ou une preuve claire d'une déclaration de fiducie et ne pas s'en remettre à une inférence du droit . . . [Je souligne; p. 743.]

Dans *Yau Estate*, le juge Cullity a également souligné que l'affection des parents sert de justification à la présomption, ce qui a amené le professeur Freedman à tirer la conclusion suivante dans son article :

> [TRADUCTION] En d'autres termes, l'affection des parents sert de fondement à la présomption et constitue l'indicateur le plus révélateur de l'intention probable de l'auteur du transfert. Voilà un argument intéressant qui, de l'avis général il me semble, concorde avec la réalité courante. [p. 196]

Parce que l'affection des parents a toujours été considérée comme un fondement de la présomption d'avancement, cette présomption a été appliquée régulièrement tant aux enfants adultes qu'aux enfants mineurs. Dans *Sidmouth c. Sidmouth* (1840), 2 Beav. 447, 48 E.R. 1254, par exemple, où cette présomption a été appliquée à un transfert à titre gratuit en faveur d'un fils adulte, le tribunal a expliqué :

As far as acts strictly contemporaneous appear, there does not appear to be anything to manifest an intention to make the son a trustee for the father. The circumstance that the son was adult does not appear to me to be material. It is said that no establishment was in contemplation, and that no necessity or occasion for advancing the son had occurred, but in the relation between parent and child, it does not appear to me that an observation of this kind can have any weight. The parent may judge for himself when it suits his own convenience, or when it will be best for his son, to secure him any benefit which he voluntarily thinks fit to bestow upon him, and it does not follow that because the reason for doing it is not known, there was no intention to advance at all. [Emphasis added; p. 1258.]

(See also *Scawin v. Scawin* (1841), 1 Y. & C.C.C. 65, 62 E.R. 792, and *Hepworth v. Hepworth* (1870), L.R. 11 Eq. 10.)

It is true, as was noted in *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (6th ed. 2004), at pp. 581-86, that some courts in the mid-90s began questioning whether the presumption of advancement should apply to transfers between parents and their adult children (see *Dreger (Litigation Guardian of) v. Dreger* (1994), 5 E.T.R. (2d) 250 (Man. C.A.); *Cooper v. Cooper Estate* (1999), 27 E.T.R. (2d) 170 (Sask. Q.B.), and *McLear v. McLear Estate* (2000), 33 E.T.R. (2d) 272 (Ont. S.C.J.)).

But in most cases, the presumption of advancement continues to be applied to gratuitous transfers from parents to their children, regardless of age. In *Madsen Estate v. Saylor*, for example, the companion appeal, the Ontario Court of Appeal found that the trial judge erred in applying the presumption of resulting trust, concluding that "the presumption of advancement can still apply to transfers of property from a father to a child, including an independent adult child" ((2005), 261 D.L.R. (4th) 597, at para. 21).

And in this appeal, the Ontario Court of Appeal took no issue with the trial judge's application of the presumption of advancement to the transfer by the father, notwithstanding that the beneficiary of the transfer, his daughter, was an adult at the time.

[TRADUCTION] Quant aux actes strictement contemporains, rien ne semble indiquer que le père avait l'intention que son fils devienne son fiduciaire. Le fait que le fils soit un adulte me semble sans importance. On fait valoir que l'établissement du fils n'était pas envisagé et que ni la nécessité ni l'occasion de pourvoir à son avancement ne s'était présentée. J'estime toutefois que, dans le cadre de la relation entre un père ou une mère et son enfant, il ne faut pas accorder de poids à ce genre de considérations. Il appartient au parent de déterminer à quel moment il lui convient ou il serait bon pour son fils de lui accorder un avantage qu'il juge utile de lui offrir et le fait qu'on ne connaisse pas la raison pour laquelle le père ou la mère le lui accorde ne signifie pas qu'il n'y a pas d'intention d'avancement. [Je souligne; p. 1258.]

(Voir aussi *Scawin c. Scawin* (1841), 1 Y. & C.C.C. 65, 62 E.R. 792, et *Hepworth c. Hepworth* (1870), L.R. 11 Eq. 10.)

95 Il est vrai que, comme le souligne *Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials* (6e éd. 2004), p. 581-586, certains tribunaux ont commencé, au milieu des années 1990, à remettre en question l'opportunité d'appliquer la présomption d'avancement aux transferts en faveur d'enfants adultes (voir *Dreger (Litigation Guardian of) c. Dreger* (1994), 5 E.T.R. (2d) 250 (C.A. Man.); *Cooper c. Cooper Estate* (1999), 27 E.T.R. (2d) 170 (B.R. Sask.), et *McLear c. McLear Estate* (2000), 33 E.T.R. (2d) 272 (C.S.J. Ont.)).

96 Toutefois, dans la plupart des causes, la présomption d'avancement continue d'être appliquée aux transferts à titre gratuit en faveur d'un enfant, quel que soit son âge. Dans l'affaire connexe, *Succession Madsen c. Saylor*, par exemple, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que la juge de première instance avait eu tort d'appliquer la présomption de fiducie résultoire, concluant que [TRADUCTION] « la présomption d'avancement peut encore être appliquée aux transferts de biens par un père en faveur de son enfant, y compris son enfant adulte autonome » ((2005), 261 D.L.R. (4th) 597, par. 21).

97 En ce qui concerne le présent pourvoi, la Cour d'appel de l'Ontario n'était pas en désaccord avec le juge de première instance, qui a appliqué la présomption d'avancement au transfert effectué par le père, même si la destinataire du transfert, sa fille,

(See also *Young v. Young* (1958), 15 D.L.R. (2d) 138 (B.C.C.A.); *Oliver Estate v. Walker*, [1984] B.C.J. No. 460 (QL) (S.C.); *Dagle v. Dagle Estate* (1990), 38 E.T.R. 164 (P.E.I.S.C., App. Div.); *Christmas Estate v. Tuck* (1995), 10 E.T.R. (2d) 47 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Reain v. Reain* (1995), 20 R.F.L. (4th) 30 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Sodhi v. Sodhi*, [1998] 10 W.W.R. 673 (B.C.S.C.); *Re Wilson* (1999), 27 E.T.R. (2d) 97 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *Yau Estate*; *Kappler v. Beaudoin*, [2000] O.J. No. 3439 (QL) (S.C.J.); *Clarke v. Hambly* (2002), 46 E.T.R. (2d) 166, 2002 BCSC 1074; and *Plamondon v. Czaban* (2004), 8 E.T.R. (3d) 135, 2004 ABCA 161.)

98 The origin and persistence of the presumption of advancement in gratuitous transfers to children cannot, therefore, be attributed only to the financial dependency of children on their father or on the father's obligation to support his children. Natural affection also underlay the presumption that a parent who made a gratuitous transfer to a child of any age, intended to make a gift.

99 Rothstein J. relied too on the argument made in *McLear*, at paras. 40-41, against applying the presumption of advancement to adult children, namely, that since people are "living longer" and there are more aging parents who will require assistance in the managing of their daily financial affairs, it is "dangerous to presume that the elderly parent is making a gift each time he or she puts the name of the assisting child on an asset".

100 This, with respect, seems to me to be a flawed syllogism. The intention to have an adult child manage a parent's financial affairs during one's lifetime is hardly inconsistent with the intention to make a gift of money in a joint account to that child. Parents generally want to benefit their children out of love and affection. If children assist them with their affairs, this cannot logically be a reason for assuming that the desire to benefit them has been displaced. It is equally plausible that an elderly parent who gratuitously enters into a joint

avait déjà atteint l'âge adulte. (Voir aussi *Young c. Young* (1958), 15 D.L.R. (2d) 138 (C.A.C.-B.); *Oliver Estate c. Walker*, [1984] B.C.J. No. 460 (QL) (C.S.); *Dagle c. Dagle Estate* (1990), 38 E.T.R. 164 (C.S.Î.-P.-É., Div. app.); *Christmas Estate c. Tuck* (1995), 10 E.T.R. (2d) 47 (C. Ont. (Div. gén.)); *Reain c. Reain* (1995), 20 R.F.L. (4th) 30 (C. Ont. (Div. gén.)); *Sodhi c. Sodhi*, [1998] 10 W.W.R. 673 (C.S.C.-B.); *Re Wilson* (1999), 27 E.T.R. (2d) 97 (C. Ont. (Div. gén.)); *Yau Estate*; *Kappler c. Beaudoin*, [2000] O.J. No. 3439 (QL) (C.S.J.); *Clarke c. Hambly* (2002), 46 E.T.R. (2d) 166, 2002 BCSC 1074; et *Plamondon c. Czaban* (2004), 8 E.T.R. (3d) 135, 2004 ABCA 161.)

Ainsi, l'origine et le maintien de la présomption d'avancement dans le cas des transferts à titre gratuit en faveur d'un enfant ne peuvent être attribuées uniquement à la dépendance financière de l'enfant à l'égard de son père ni à l'obligation du père de subvenir aux besoins de son enfant. L'affection naturelle a également servi de base à la présomption selon laquelle un parent qui a transféré un bien à titre gratuit à son enfant, peu importe son âge, voulait lui en faire don.

Le juge Rothstein s'est aussi appuyé sur l'argument formulé contre l'application de la présomption d'avancement aux enfants adultes dans *McLear*, aux par. 40 et 41, selon lequel, comme les gens [TRADUCTION] « vivent plus longtemps » et plus de parents vieillissants auront besoin d'aide pour la gestion courante de leurs finances, il est [TRADUCTION] « hasardeux de présumer que le père ou la mère âgé fait un don chaque fois qu'il ou elle accole à un bien le nom de l'enfant qui l'aide ».

J'estime, en toute déférence, que ce syllogisme est boiteux. L'intention d'un parent de confier à son enfant adulte la gestion de ses finances pendant sa vie n'est pas vraiment incompatible avec l'intention de faire don à cet enfant des fonds placés dans un compte conjoint. C'est généralement par amour et par affection qu'un père ou une mère décident d'accorder un avantage à leur enfant. Il ne serait pas logique de supposer, parce que leur enfant les aide à gérer leurs finances, qu'ils ne désirent plus l'avantager. Il est tout aussi plausible qu'en ouvrant

bank account with an adult child on whom he or she depends for assistance, intends to make a gift in gratitude for this assistance. In any event, if the intention is merely to have assistance in financial management, a power of attorney would suffice, as would a bank account without survivorship rights.

de leur plein gré un compte conjoint avec l'enfant adulte qui leur prête assistance, le père ou la mère âgés veuillent lui faire un don pour le remercier de son aide. Quoi qu'il en soit, s'ils souhaitaient simplement obtenir de l'aide dans la gestion de leurs finances, il leur suffirait de signer une procuration ou d'ouvrir un compte bancaire sans droit de survie.

The fact that some parents may enter into joint bank accounts because of the undue influence of an adult child, is no reason to attribute the same impropriety to the majority of parent-child transfers. The operative paradigm should be based on the norm of mutual affection, rather than on the exceptional exploitation of that affection by an adult child.

101 La possibilité que certains parents ouvrent des comptes de banque conjoints parce que leur enfant adulte exerce sur eux une influence abusive, ne constitue pas une raison valable pour conclure qu'il y a abus dans la majorité des transferts entre parents et enfants. Il faut agir en fonction de la norme de l'affection mutuelle plutôt qu'en fonction de l'exception que constitue l'exploitation de cette affection par un enfant adulte.

I see no reason to claw back the common law in a way that disregards the lifetime tenacity of parental affection by now introducing a limitation on the presumption of advancement by restricting its application to minor children. Since the presumption of advancement emerged no less from affection than from dependency, and since parental affection flows from the inherent nature of the relationship, not of the dependency, the presumption of advancement should logically apply to all gratuitous transfers from parents to any of their children, regardless of the age or dependency of the child or the parent. The natural affection parents are presumed to have for their adult children when both were younger, should not be deemed to atrophy with age.

102 Rien ne justifierait que l'on dénature la common law en limitant désormais l'application de la présomption d'avancement aux enfants mineurs, alors que l'affection parentale dure toute la vie. Puisque l'on considère que cette présomption découle tout autant de l'affection des parents que de la dépendance des enfants et que cette affection tient à la nature même du lien parental et non à la dépendance des enfants, la présomption d'avancement devrait logiquement s'appliquer à tous les transferts à titre gratuit effectués par un père ou une mère en faveur de leur enfant, indépendamment de l'âge ou du degré de dépendance de l'enfant ou du parent. Il ne faut pas supposer que l'affection présumée des parents pour leurs jeunes enfants s'étiole lorsqu'ils deviennent adultes.

While, as Rothstein J. observes, affection arises in many relationships, familial or otherwise, it is not affection alone that had earned the presumption of advancement for transfers between father and child. It was the uniqueness of the parental relationship, not only in the legal obligations involved, but, more significantly, in the protective emotional ties flowing from the relationship. These ties are not attached only to the financial dependence of the child. Affection between siblings, other relatives, or even friends, can undoubtedly be used as an evidentiary basis for assessing a transferor's

103 Certes, comme le souligne le juge Rothstein, l'affection existe dans plusieurs genres de relations, fondées ou non sur des liens familiaux, mais ce n'est pas seulement l'affection qui a motivé l'application de la présomption d'avancement aux transferts entre un père et son enfant. C'est le caractère unique de la relation filiale, non seulement du point de vue des obligations imposées par la loi, mais aussi du point de vue plus important encore des liens affectifs qui incitent le parent à protéger son enfant. Ces liens ne tiennent pas uniquement à la dépendance financière de l'enfant. L'affection entre

intentions, but the reason none of these other relationships has ever inspired a legal presumption is because, as a matter of common sense, none is as predictable of intention.

104 It seems to me that bank account documents which specifically confirm a survivorship interest, should be deemed to reflect an intention that what has been signed, is sincerely meant. I appreciate that in *Re Mailman Estate*, [1941] S.C.R. 368, *Niles v. Lake*, [1947] S.C.R. 291, and *Edwards v. Bradley*, [1957] S.C.R. 599, this Court said that the wording of bank documents was irrelevant in determining the intention behind joint bank accounts with respect to beneficial title. Fifty years later, however, I have difficulty seeing any continuing justification for ignoring the presumptive, albeit rebuttable, relevance of unambiguous language in banking documents in determining intention. I think it would come as a surprise to most Canadian parents to learn that in the creation of joint bank accounts with rights of survivorship, there is little evidentiary value in the clear language of what they have voluntarily signed.

105 It is significant to me that even though the presumption of advancement has generally been replaced in the spousal context by the presumption of resulting trust, it has nonetheless been conceptually retained in the case of spousal property which is jointly owned, such as joint bank accounts. Section 14(a) of the Ontario *Family Law Act*, for example, provides that "the fact that property is held in the name of spouses as joint tenants is proof, in the absence of evidence to the contrary, that the spouses are intended to own the property as joint tenants". Section 14(b) further specifies that "money on deposit in the name of both spouses shall be deemed to be in the name of the spouses as joint tenants for the purposes of clause (a)".

frères et sœurs, ou entre personnes qui sont parentes ou même amies, peut assurément servir à établir l'intention de l'auteur d'un transfert. Cependant, si aucune de ces relations n'a jamais suscité la création d'une présomption de droit, c'est qu'il va de soi qu'aucune ne permet de prédire aussi bien l'intention.

J'estime que, lorsque les documents bancaires signés à l'ouverture d'un compte confirment expressément un droit de survie, il faut tenir pour acquis que leur libellé correspond à l'intention sincère de leurs signataires. Je reconnais que, dans *Re Mailman Estate*, [1941] R.C.S. 368, *Niles c. Lake*, [1947] R.C.S. 291, et *Edwards c. Bradley*, [1957] R.C.S. 599, notre Cour a déclaré que le libellé des documents bancaires n'est pas pertinent pour ce qui est d'établir l'intention des titulaires des comptes conjoints quant au titre bénéficiaire. C'était il y a cinquante ans. Aujourd'hui, j'ai du mal à trouver une raison de continuer à ne pas reconnaître la pertinence des termes non équivoques des documents bancaires comme élément de preuve par présomption — réfutable — lorsqu'il s'agit de déterminer l'intention. Je crois que la plupart des parents canadiens seraient surpris d'apprendre que le libellé clair des documents qu'ils ont signés en toute connaissance de cause pour ouvrir un compte conjoint avec droit de survie n'a qu'une très faible valeur probante.

Selon moi, il est significatif que la présomption d'avancement, même si elle a été généralement remplacée par la présomption de fiducie résultoire dans le contexte de la relation entre époux, ait subsisté sur le plan conceptuel à l'égard des biens matrimoniaux qui sont détenus conjointement, comme les comptes de banque conjoints. L'alinéa 14a) de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, par exemple, dispose que « le fait qu'un bien soit détenu au nom des conjoints en tenance conjointe constitue une preuve, en l'absence de preuve contraire, que les conjoints ont l'intention d'avoir un tel droit de propriété sur ce bien ». L'alinéa 14b) précise que, « pour l'application de l'alinéa a), les dépôts au nom des deux conjoints sont réputés des dépôts de tenants conjoints ».

Equally, a presumed intention of joint ownership in the case of jointly held property should apply to parent-child relationships, and the appropriate mechanism for achieving this objective, absent legislative intervention, is the application of the presumption of advancement.

The trial judge, whose conclusion was upheld by the Court of Appeal, properly applied the correct legal presumption to the facts of the case. Like Rothstein J., therefore, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Miller Thomson, Toronto.

Solicitors for the respondents: McPhadden, Samac, Merner, Barry, Toronto.

De la même façon, la présomption de propriété conjointe des biens détenus conjointement devrait s'appliquer dans le contexte des relations parent-enfant et, en l'absence de mesure législative, la présomption d'avancement est le mécanisme approprié pour atteindre cet objectif. 106

Le juge de première instance, dont la décision a été confirmée en appel, a appliqué, aux faits de l'espèce, la présomption de droit qui convenait. À l'instar du juge Rothstein, je suis donc d'avis de rejeter l'appel. 107

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Miller Thomson, Toronto.

Procureurs des intimés : McPhadden, Samac, Merner, Barry, Toronto.

Patricia Ann Brooks, Estate Trustee *Appellant*

v.

Mary Elizabeth Saylor and William Anthony Madsen *Respondents*

INDEXED AS: MADSEN ESTATE *v.* SAYLOR

Neutral citation: 2007 SCC 18.

File No.: 31262.

2006: December 7; 2007: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Wills and estates — Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Whether assets held in joint accounts to be included in father's estate upon his death — Whether presumption of resulting trust rebutted — Whether presumption of advancement applicable.

Appeals — Supreme Court of Canada — Evidence — Assessment — Whether Supreme Court should consider evidence ignored by trial judge and make final determination rather than sending case back to trial.

P, an adult daughter, was made a joint account holder by her father following the death of her mother. The accounts had a right of survivorship. P's father also executed a power of attorney in her favour and she remained the named alternate executor under his will, which was never changed after her mother's death. P's father retained control of the bank accounts and the funds were used solely for his benefit during his life. He also declared and paid all taxes on income made from the accounts. There was conflicting evidence from P and her siblings as to their relationships with their father, P claiming to be the preferred child. Under her

Patricia Ann Brooks, fiduciaire de la succession *Appelante*

c.

Mary Elizabeth Saylor et William Anthony Madsen *Intimés*

RÉPERTORIÉ : SUCCESSION MADSEN *c.* SAYLOR

Référence neutre : 2007 CSC 18.

N° du greffe : 31262.

2006 : 7 décembre; 2007 : 3 mai.

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

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

Successions — Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Les biens détenus dans les comptes conjoints doivent-ils êtres inclus dans la succession du père à son décès? — La présomption de fiducie résultoire est-elle réfutée? — La présomption d'avancement s'applique-t-elle?

Appels — Cour suprême du Canada — Preuve — Appréciation — La Cour suprême devrait-elle examiner les éléments de preuve dont la juge de première instance n'a pas tenu compte et rendre une décision définitive plutôt que de renvoyer l'affaire pour la tenue d'une nouvelle instruction?

Après le décès de sa mère, P, qui était adulte, a été désignée par son père comme titulaire conjointe de ses comptes avec droit de survie. Le père a également signé une procuration en faveur de sa fille et n'a pas modifié la désignation de celle-ci comme son exécutrice testamentaire suppléante après le décès de sa mère. Le père de P a conservé le contrôle des comptes bancaires et a utilisé les fonds uniquement pour ses besoins sa vie durant. Il déclarait le revenu généré par les comptes et payait l'impôt y afférent. Les témoignages de P, de son frère et de sa sœur quant à leur relation avec leur père ne concordaient pas, P soutenant avoir été sa préférée.

father's will, P and her two siblings were to share one half of her father's estate. Following the father's death litigation was commenced by P's siblings against P as executor because she did not include the accounts in the distribution of the estate. Applying a presumption of resulting trust, the trial judge found that there was no evidence to support P's position that her father intended to gift the joint accounts to her and held that they should be included in the father's estate. The Court of Appeal affirmed the decision. The majority concluded that the trial judge was incorrect in applying the law of resulting trust and should have applied the presumption of advancement, but added that she was not required to consider either presumption because the intention of the father at the time of the transfer was demonstrated on the evidence.

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

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron and Rothstein JJ.: A presumption of a resulting trust applies to the gratuitous transfer of assets by P's father into the joint accounts. The presumption of advancement has no application because P was not a minor child of her father. P therefore had the burden of rebutting the presumption of a resulting trust by showing that her father intended to gift the assets in the accounts to her on the balance of probabilities. The trial judge incorrectly found that there was no evidence to suggest that P's father intended for her alone to have the assets in the joint accounts. The financial institution documents and P's evidence that she and her father acknowledged that they understood at the time that the right of survivorship meant that on the death of one of the joint account holders the other would become the sole owner, did constitute some evidence that was relevant to the father's intention. In the circumstances of this appeal, it is both feasible on a practical level and within the interests of justice for this Court to take into consideration the evidence not considered by the trial judge and make a final determination rather than sending the case back to trial. The financial institution documents and P's testimony in relation to them do not satisfy P's burden of proof on the balance of probabilities. Little weight can be accorded to that evidence because of the lack of clarity in the bank documents and because of the trial judge's finding that P's testimony was evasive and conflicting. The conclusion that the presumption of resulting trust was not rebutted is consistent with the trial judge's finding, based on the evidence she did consider, that the

Selon le testament de leur père, P, son frère et sa sœur devaient se partager la moitié de sa succession. À la suite du décès du père, le frère et la sœur de P ont engagé une instance contre elle en sa qualité d'exécutrice testamentaire, parce qu'elle avait exclu les comptes de la succession. La juge de première instance a appliqué la présomption de fiducie résultoire et a conclu qu'aucune preuve n'étayait les prétentions de P voulant que son père ait eu l'intention de lui faire don du solde des comptes conjoints et statué qu'ils devaient être inclus dans la succession du père. La Cour d'appel a confirmé cette décision. Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en appliquant la présomption de fiducie résultoire, et qu'elle aurait plutôt dû appliquer la présomption d'avancement, mais ils ont ajouté qu'elle n'était pas tenue d'envisager l'application de l'une ou l'autre présomption parce que l'intention du père au moment du transfert ressortait de la preuve.

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

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Charron et Rothstein : Une présomption de fiducie résultoire s'applique au transfert à titre gratuit des biens du père de P dans les comptes conjoints. La présomption d'avancement ne s'applique pas parce que Patricia n'était pas une enfant mineure. Il incombait donc à P de réfuter la présomption de fiducie résultoire en démontrant, selon la prépondérance des probabilités, que son père avait l'intention de lui faire don du solde des comptes. La juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'aucune preuve ne tendait à démontrer que le père de P avait l'intention que les biens placés dans les comptes conjoints soient dévolus exclusivement à P. Les documents de l'institution financière et le témoignage de P — selon lequel elle et son père avaient tous deux reconnu avoir compris à l'époque qu'au décès de l'un des titulaires des comptes conjoints, l'autre en deviendrait l'unique propriétaire par effet du droit de survie — constituaient une preuve pertinente quant à l'intention du père. Vu les circonstances, il serait à la fois possible sur le plan pratique et dans l'intérêt de la justice que la Cour examine les éléments de preuve dont la juge de première instance n'a pas tenu compte et rende une décision définitive plutôt que de renvoyer l'affaire pour la tenue d'une nouvelle instruction. Les documents de l'institution financière et le témoignage de P à leur égard ne suffisent pas pour que P s'acquitte de son fardeau de preuve selon la prépondérance des probabilités. Peu de poids peut être accordé à ces éléments de preuve en raison du manque de clarté des documents bancaires et de la conclusion de la juge de première instance

father had not intended to make P a gift of the account proceeds. [17] [20] [22] [24] [27-29]

Per Abella J. (dissenting): The presumption of advancement should be applied in this case and a new trial ordered. This presumption should continue to apply to all gratuitous transfers from parents to their children, and not be restricted to transfers to non-adult children. The fact that the trial judge ignored or drew contrary inferences from certain factors which could be considered reflective of an intention to make a gift, illustrates how her error in applying the presumption of resulting trust may have influenced her findings of fact and credibility. The key finding made by the trial judge, a finding which reflects the erroneous assignment of the burden of proof to P, was that there is no evidence to support P's position that her father intended to gift the contents of his joint accounts to her. [33] [42]

Cases Cited

By Rothstein J.

Referred to: *Pecore v. Pecore*, [2007] 1 S.C.R. 795, 2007 SCC 17; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210.

By Abella J. (dissenting)

Pecore v. Pecore, [2007] 1 S.C.R. 795, 2007 SCC 17, aff'g (2005), 19 E.T.R. (3d) 162, aff'g (2004), 7 E.T.R. (3d) 113.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman and LaForme JJ.A.) (2005), 20 E.T.R. (3d) 171, 261 D.L.R. (4th) 597, 203 O.A.C. 295, [2005] O.J. No. 4662 (QL), affirming a decision of Van Melle J. (2004), 13 E.T.R. (3d) 44, [2004] O.J. No. 5179 (QL). Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Joel Skapinker and *Jagjit S. Bhathal*, for the appellant.

Lorne S. Silver, *Robert B. Cohen* and *Margaret Hoy*, for the respondents.

que le témoignage de P était évasif et contradictoire. La conclusion que la présomption de fiducie résultoire n'a pas été réfutée concorde avec la conclusion tirée par la juge de première instance, sur le fondement des éléments de preuve qu'elle a examinés, selon laquelle le père n'avait pas l'intention de faire don du solde des comptes à P. [17] [20] [22] [24] [27-29]

La juge Abella (dissidente) : Il faut appliquer la présomption d'avancement en l'espèce et ordonner la tenue d'un nouveau procès. Il faut continuer d'appliquer cette présomption à tous les transferts à titre gratuit effectués par un père ou une mère en faveur d'un enfant, sans en limiter l'application aux transferts en faveur d'enfants qui n'ont pas atteint l'âge adulte. Le fait que la juge de première instance n'ait pas tenu compte ou ait tiré des inférences contraires de certains facteurs pouvant être considérés comme révélateurs de l'intention de faire un don, illustre comment son application erronée de la présomption de fiducie résultoire a pu influencer ses conclusions de fait et ses conclusions touchant la crédibilité. La conclusion déterminante tirée par la juge de première instance, qui reflète l'attribution indue du fardeau de la preuve à P, était qu'il n'existe aucune preuve à l'appui des prétentions de P selon lesquelles son père avait l'intention de lui faire don du solde de ses comptes conjoints. [33] [42]

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts mentionnés : *Pecore c. Pecore*, [2007] 1 R.C.S. 795, 2007 CSC 17; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Prudential Trust Co. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Pecore c. Pecore, [2007] 1 R.C.S. 795, 2007 CSC 17, conf. (2005), 19 E.T.R. (3d) 162, conf. (2004), 7 E.T.R. (3d) 113.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Feldman et LaForme) (2005), 20 E.T.R. (3d) 171, 261 D.L.R. (4th) 597, 203 O.A.C. 295, [2005] O.J. No. 4662 (QL), qui a confirmé une décision de la juge Van Melle (2004), 13 E.T.R. (3d) 44, [2004] O.J. No. 5179 (QL). Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Joel Skapinker et *Jagjit S. Bhathal*, pour l'appelante.

Lorne S. Silver, *Robert B. Cohen* et *Margaret Hoy*, pour les intimés.

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

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

This appeal, like its companion case, *Pecore v. Pecore*, [2007] 1 S.C.R. 795, 2007 SCC 17 (released concurrently), involves questions about joint bank and investment accounts. As discussed more fully in *Pecore*, joint accounts are used by many Canadians for a variety of purposes, including estate planning and financial management.

While the focus in any dispute over a gratuitous transfer is the actual intention of the transferor at the time of the transfer, intention is often difficult to ascertain, especially in cases where the transferor is deceased. The common law has developed certain rebuttable presumptions of law over many years to guide a court's inquiry.

In this case, the trial judge found that there was no evidence to support Patricia's position that her father intended to gift the joint accounts to her and held that the joint bank account and joint investments be included in the transferor's estate. The Court of Appeal dismissed the appeal.

I conclude that there is no basis to overturn this result. The appeal should be dismissed.

II. Facts

The dispute in this appeal is between Patricia Brooks, who was made a joint account holder by her father, and her two siblings. The trial judge found that the joint accounts in dispute totalled $185,000.

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

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

Le présent pourvoi, à l'instar de l'appel connexe *Pecore c. Pecore*, [2007] 1 R.C.S. 795, 2007 CSC 17 (dont les motifs sont déposés simultanément), soulève des questions touchant les comptes de banque et de placement conjoints. Comme la Cour l'a exposé plus en détail dans *Pecore*, de nombreux Canadiens utilisent de tels comptes à diverses fins, notamment comme outils de planification successorale et de gestion financière. 1

Bien que, dans tout différend concernant un transfert à titre gratuit, l'élément crucial soit l'intention réelle de son auteur au moment du transfert, celle-ci est souvent difficile à déterminer avec certitude, surtout si l'auteur du transfert est décédé. La common law a établi, au fil des ans, des présomptions de droit réfutables pour guider les tribunaux dans leur démarche. 2

En l'espèce, la juge de première instance a conclu qu'aucune preuve n'étayait les prétentions de Patricia voulant que son père ait eu l'intention de lui faire don des comptes conjoints. Elle a statué que le compte de banque et le compte de placement conjoints devaient être inclus dans la succession de l'auteur du transfert. La Cour d'appel a rejeté l'appel. 3

Selon moi, aucun motif ne justifierait l'annulation de cette décision. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. 4

II. Les faits

Le différend oppose Patricia Brooks, que son père avait désignée comme titulaire conjointe de son compte, à son frère et à sa sœur. La juge de première instance a conclu que la valeur totale des comptes conjoints en cause s'élevait à 185 000 $. 5

6 The father and mother prepared their wills in 1982. In the event there was no surviving spouse, the estate was to be divided into two halves. One half was to be divided equally between Patricia and her two siblings. The other half was to be divided equally between their eight grandchildren. This will was never changed.

7 At that time, Patricia was named alternate executor and was also named an alternate power of attorney. She claimed that her mother had told her she had passed various "tests" that showed she was the most responsible child; it was for this reason that her parents gave her these powers.

8 Patricia's mother died in 1986. In 1991, the father made Patricia a joint signatory on his bank accounts, which provided for a right of survivorship. He also executed a new power of attorney in her favour. In September of 1997, the joint accounts were closed and the funds deposited into another bank account and an investment account, which again was a joint account with Patricia and had a right of survivorship.

9 The father retained control of the bank accounts and the funds were used solely for his benefit during his life. He also declared and paid all taxes on income made from the accounts.

10 In 1994, Patricia's brother (and later his wife) moved in with the father. In 1997, the father moved in with Patricia due to his declining health and Patricia provided him care. In 1998, he moved into a nursing home.

11 There was conflicting evidence from Patricia and her siblings as to their relationships with their father. Patricia claimed to be the preferred child and that her father's relationship with her siblings was strained. Her siblings claimed to have a good relationship with their father.

12 In late 1998, Patricia's father died. The litigation was commenced by her siblings against her as

Le père et la mère ont fait leur testament en 1982. À défaut de conjoint survivant, la succession devait être divisée en deux : la première moitié devait être distribuée à Patricia, son frère et sa sœur en parts égales; la seconde moitié devait être répartie également entre leurs huit petits-enfants. Le testament n'a jamais été modifié.

À cette époque, Patricia a été désignée exécutrice testamentaire suppléante et fondée de pouvoir suppléante. Elle soutient que sa mère lui avait dit qu'elle avait « fait ses preuves », en démontrant qu'elle était la plus responsable des trois enfants; c'était pour cette raison que ses parents lui avaient conféré ces pouvoirs.

La mère de Patricia est décédée en 1986. En 1991, le père de Patricia l'a désignée comme signataire conjointe de ses comptes bancaires, avec droit de survie. Il a également signé une nouvelle procuration en faveur de Patricia. En septembre 1997, les comptes conjoints ont été fermés et les fonds ont été déposés dans un autre compte bancaire et un compte de placement, dont Patricia et son père étaient, encore une fois, titulaires conjoints avec droit de survie.

Le père a conservé le contrôle des comptes bancaires et a utilisé les fonds uniquement pour ses besoins sa vie durant. Il déclarait le revenu généré par les comptes et payait l'impôt y afférent.

En 1994, le frère de Patricia a emménagé chez son père (sa conjointe l'a rejoint plus tard). Puis en 1997, le père de Patricia, dont la santé déclinait, est allé vivre chez elle pour qu'elle prenne soin de lui. Enfin, en 1998, il a été admis dans une maison de soins infirmiers.

Les témoignages de Patricia, de son frère et de sa sœur quant à leur relation avec leur père ne concordent pas. Patricia a affirmé avoir été la préférée de son père et a fait état de frictions entre son père et ses deux autres enfants. Pour leur part, son frère et sa sœur ont soutenu avoir eu une bonne relation avec leur père.

Le père de Patricia est décédé à la fin de l'année 1998. Le frère et la sœur de Patricia ont engagé une

executor because she did not include the accounts in the distribution of the estate.

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2004), 13 E.T.R. (3d) 44

Van Melle J. found that there was no evidence to support Brooks' position that her father intended to gift the contents of the joint accounts to her. As a result, she ordered that the joint bank account and joint investments be included in the estate and ordered Patricia to pay to the estate a sum of $185,000. With respect to the general issue of the status of the law of the presumptions of advancement and resulting trust, Van Melle J. stated at para. 24 she thought that it was "time for the presumption of advancement from father to child to be abandoned in favour of the presumption of resulting trust in all but the most limited cases".

B. *Ontario Court of Appeal* (2005), 261 D.L.R. (4th) 597

LaForme J.A., in writing for the majority, reviewed the relevant presumptions of resulting trust and advancement. He determined that the trial judge was incorrect in applying the law of resulting trust and should have applied a presumption of advancement; however, he added that the trial judge was not required to consider either presumption because here the intention of the father at the time of transfer was demonstrated on the evidence. He found that regardless of whether the trial judge applied a presumption of advancement or resulting trust, it was evident from her detailed reasons that she carefully weighed all of the evidence before arriving at the conclusion that at the time of transfer the joint bank account and joint investments were not intended as gifts but rather were intended to be included as part of the estate. He concluded that there was no basis upon which the court should interfere with the trial judge's factual findings and conclusions.

instance contre elle en sa qualité d'exécutrice testamentaire, parce qu'elle avait exclu les comptes de la succession.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2004), 13 E.T.R. (3d) 44

13 La juge Van Melle a conclu qu'aucune preuve n'étayait les prétentions de Patricia voulant que son père ait eu l'intention de lui faire don du solde des comptes conjoints. Elle a donc ordonné que le compte de banque et les comptes de placement conjoints soient inclus dans la succession, enjoignant à Patricia de verser 185 000 $ à la succession. Quant à la question générale de l'état du droit concernant les présomptions d'avancement et de fiducie résultoire, la juge Van Melle a déclaré, au par. 24, qu'il était [TRADUCTION] « temps d'abandonner la présomption d'avancement par le père en faveur de son enfant et de lui substituer la présomption de fiducie résultoire dans tous les cas, sauf exception ».

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2005), 261 D.L.R. (4th) 597

14 Le juge LaForme, s'exprimant au nom de la majorité, a passé en revue les présomptions pertinentes d'avancement et de fiducie résultoire. Il a conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en appliquant la présomption de fiducie résultoire, et qu'elle aurait plutôt dû appliquer la présomption d'avancement; il a toutefois ajouté que la juge de première instance n'était pas tenue d'envisager l'application de l'une ou l'autre présomption parce que, en l'occurrence, l'intention du père au moment du transfert ressortait de la preuve. Il a conclu que, peu importe qu'elle ait appliqué la présomption d'avancement ou la présomption de fiducie résultoire, il était évident, à la lecture de ses motifs détaillés, qu'elle avait examiné attentivement tous les éléments de preuve avant d'arriver à la conclusion que, au moment du transfert, le compte de banque et les placements conjoints n'étaient pas censés constituer des dons, mais devaient plutôt être inclus dans la succession. Selon lui, aucune raison ne justifiait que la cour modifie les constatations et les conclusions de fait de la juge de première instance.

15 Feldman J.A., in dissent, disagreed with the approach and conclusion reached by LaForme J.A. She held that the trial judge had erred in law by concluding that (1) the presumption of advancement from father to child must be abandoned in favour of the presumption of resulting trust in all but limited cases; (2) that the presumption of resulting trust applied in this case; and (3) that the onus was on Patricia to prove that her father intended to gift the joint investments to her. She therefore held that the appeal should be allowed, the order of the trial judge set aside and a new trial ordered.

La juge Feldman, dissidente, divergeait d'opinion avec le juge LaForme, à la fois quant à son raisonnement et quant à sa conclusion. À son avis, la juge de première instance avait commis une erreur de droit en concluant (1) qu'il fallait abandonner la présomption d'avancement par le père en faveur de son enfant et lui substituer la présomption de fiducie résultoire dans tous les cas, sauf exception; (2) que la présomption de fiducie résultoire s'appliquait en l'espèce; (3) enfin, qu'il incombait à Patricia de prouver que son père avait l'intention de lui faire don des placements conjoints. La juge Feldman était donc d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance de la juge de première instance et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

IV. Analysis

IV. Analyse

16 How the rebuttable presumptions of a resulting trust and advancement operate and guide a court's analysis is discussed in the *Pecore* decision.

Dans l'arrêt *Pecore*, la Cour traite de l'application des présomptions réfutables d'avancement et de fiducie résultoire et explique comment elles guident l'analyse des tribunaux.

17 In the present case, a presumption of a resulting trust applies to the gratuitous transfer of assets by Patricia's father into the joint accounts with Patricia. The presumption of advancement has no application because Patricia was not a minor child of her father. Patricia therefore had the burden of rebutting the presumption of a resulting trust by showing that her father intended to gift the assets in the accounts to her on the balance of probabilities.

En l'espèce, la présomption de fiducie résultoire s'applique au transfert à titre gratuit des biens du père de Patricia dans les comptes dont Patricia était titulaire conjointe. La présomption d'avancement ne s'applique pas parce que Patricia n'était pas une enfant mineure. Il incombait donc à Patricia de réfuter la présomption de fiducie résultoire en démontrant, selon la prépondérance des probabilités, que son père avait l'intention de lui faire don du solde des comptes.

18 Van Melle J. found that there was no evidence to support Patricia's position that her father intended to gift the contents of his joint accounts to her — there was no documentation to that effect, there was no clear statement to anyone and the father's conduct *vis-à-vis* the joint accounts while he was alive did not support this contention. Indeed, she also did not believe much of Patricia's evidence, finding that she was "evasive and gave conflicting evidence" and that she "purposely misrepresented events" (para. 51). Van Melle J. found that the father had sole control of the assets in the accounts during his lifetime and he declared and paid all income tax on the income generated from the joint

La juge Van Melle a conclu qu'aucune preuve n'étayait les prétentions de Patricia selon lesquelles son père avait l'intention de lui faire don du solde des comptes conjoints — il n'existait aucun document en ce sens, aucune déclaration claire n'avait été faite à qui que ce soit et la conduite du père à l'égard des comptes conjoints, de son vivant, ne concordait pas avec les prétentions de Patricia. En fait, la juge n'a pas non plus cru la plupart des éléments du témoignage de Patricia, concluant que cette dernière avait été [TRADUCTION] « évasive et a[vait] offert une preuve contradictoire » et qu'elle avait « volontairement donné une version inexacte des faits » (par. 51). La juge Van Melle a conclu

accounts and investments. She concluded that the joint account agreement was not determinative of the father's intention. She could not find evidence of an intention to benefit Patricia financially over the other children.

que le père avait le contrôle exclusif des comptes de son vivant, qu'il déclarait le revenu généré par les comptes et placements conjoints et payait l'impôt y afférent. Elle a conclu que la convention de compte conjoint n'était pas déterminante quant à l'intention du père. Elle ne disposait d'aucune preuve qui lui aurait permis de croire que le père avait l'intention de privilégier financièrement Patricia par rapport à ses autres enfants.

As discussed in *Pecore*, at paras. 62-66, the fact that a transferor maintains sole control over or use of funds in a joint account will not be determinative of whether a transferee is entitled to the balance in the account upon the transferor's death. Whether or not a transferor continues to pay tax on the income of the joint accounts is also not determinative.

19 Comme la Cour l'a exposé dans *Pecore*, aux par. 62-66, le fait que l'auteur du transfert soit le seul à utiliser les fonds placés dans le compte conjoint et qu'il en conserve le contrôle exclusif ne permet pas en soi de déterminer si la destinataire du transfert a droit au solde du compte au moment du décès de son auteur. Le fait que l'auteur du transfert ait continué ou non à payer l'impôt sur le revenu généré par le compte conjoint n'est pas non plus déterminant.

However, I am unable to agree with the trial judge that there was no evidence to suggest that Patricia's father intended for her alone to have the assets in the joint accounts. On the relevant financial institution documents, the father elected to have the joint accounts carry a right of survivorship. Patricia testified that both she and her father acknowledged that they understood at the time that this meant that on the death of one of the joint account holders, the other would become the sole owner.

20 Je ne puis toutefois pas partager l'opinion de la juge de première instance selon laquelle aucune preuve ne tendait à démontrer que le père de Patricia avait l'intention que les biens placés dans les comptes conjoints soient dévolus exclusivement à Patricia. Sur les documents pertinents de l'institution financière, le père a choisi d'assortir les comptes conjoints d'un droit de survie. Selon le témoignage de Patricia, elle et son père ont tous deux reconnu avoir compris à l'époque qu'au décès de l'un des titulaires des comptes conjoints, l'autre en deviendrait l'unique propriétaire.

As discussed in *Pecore*, at para. 61, banking documents may, in modern times, be detailed enough that they provide strong evidence of the intention of the transferor regarding how the balance in the accounts should be treated on his or her death. The clearer the evidence in the documents, the more weight that evidence should carry.

21 Comme la Cour l'a précisé dans *Pecore*, au par. 61, de nos jours, les documents bancaires peuvent être assez détaillés pour fournir une preuve solide de l'intention de l'auteur du transfert quant à ce qui doit advenir du solde du compte à son décès. Plus la preuve contenue dans les documents bancaires est claire, plus cette preuve devrait avoir de poids.

Therefore, the financial institution documents and Patricia's evidence about them did constitute some evidence that was relevant to the father's intention. The question now is whether this matter should be remitted to the trial judge to redetermine the result taking account of the evidence that she ignored in her initial decision or whether it is

22 Par conséquent, les documents de l'institution financière et le témoignage de Patricia à leur égard constituaient une preuve pertinente quant à l'intention du père. La question est maintenant de savoir si la Cour doit renvoyer l'affaire à la juge de première instance pour qu'elle rende une nouvelle décision quant au résultat après avoir considéré les éléments

appropriate for this Court to substitute its decision for that of the trial judge.

23 Patricia's father died in 1998. This matter has been outstanding for over eight years. The amount in dispute is some $185,000. To remit the matter to the trial judge in these circumstances would involve more costs, more time and potentially further appeals. Having regard to the fact that this case has been to trial (a trial which lasted approximately 15 days), has been to appeal and now has been further appealed to this Court, it is difficult to see how any of the litigants will benefit if the matter is remitted for yet another trial.

24 It is well established that where the circumstances warrant, appellate courts have the jurisdiction to make a fresh assessment of the evidence on the record: *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at para. 33; *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210, at pp. 216-17. Having regard to the circumstances of the present appeal, I think it is both feasible on a practical level and within the interests of justice for this Court to consider the evidence not considered by the trial judge and make a final determination rather than sending the case back to trial.

25 Beyond the fact that both accounts were designated as carrying the right of survivorship, the banking documents do not contain any express reference to beneficial entitlement to the assets in the accounts. The Toronto-Dominion Account Agreement provided:

> If the account *has a right of survivorship* then if any one or more of us dies any moneys standing to the credit of the account are to be subject to withdrawal by the survivor or, if more than one, by any one or more of the survivors; [Emphasis in original.]

26 The CIBC Wood Gundy Account Agreement provided:

> The following provisions shall apply upon the death of any Applicant: (i) the survivor(s) will promptly notify you of such death; (ii) the survivor(s) will provide you

de preuve dont elle n'a pas tenu compte pour rendre sa décision initiale ou s'il convient que la Cour substitue sa propre décision à la sienne.

Le père de Patricia est décédé en 1998. L'affaire est en cours depuis plus de huit ans. Le montant en cause s'élève à environ 185 000 $. Renvoyer l'affaire en première instance dans les circonstances occasionnerait des coûts, des délais et, peut-être, des appels supplémentaires. Étant donné que l'affaire a déjà fait l'objet d'une instruction (qui a duré environ 15 jours), d'un appel, puis d'un pourvoi devant notre Cour, il est difficile de voir comment l'une des parties pourrait tirer avantage du renvoi de l'affaire pour la tenue d'une instruction supplémentaire.

Il est bien établi que, lorsque les circonstances le justifient, une juridiction d'appel a compétence pour apprécier à nouveau la preuve versée au dossier : *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, par. 33; *Prudential Trust Co. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, p. 216-217. Vu les circonstances, je crois qu'il serait à la fois possible sur le plan pratique et dans l'intérêt de la justice que la Cour examine les éléments de preuve dont la juge de première instance n'a pas tenu compte et rende une décision définitive plutôt que de renvoyer l'affaire pour la tenue d'un nouveau procès.

Hormis le fait que les deux comptes ont été désignés comme comportant un droit de survie, les documents bancaires ne contiennent aucune mention expresse de l'intérêt bénéficiaire sur les biens placés dans les comptes. La convention relative au compte de la Toronto-Dominion prévoit :

> [TRADUCTION] Si le compte *comporte un droit de survie*, dans l'éventualité où l'un ou plusieurs d'entre nous décéderaient, tout montant inscrit au crédit du compte pourra être retiré par le survivant ou, s'il y en a plusieurs, par l'un ou plusieurs d'entre eux; [En italique dans l'original.]

La convention relative au compte de la CIBC Wood Gundy prévoit :

> [TRADUCTION] Les dispositions qui suivent s'appliqueront au décès de l'un des demandeurs : (i) le survivant ou les survivants vous aviseront promptement du décès;

with a certified copy of the death certificate . . .; (iii) the estate of the deceased shall continue to be liable for any amounts owing . . .; and (iv) the survivor(s) shall continue to have the same rights as described in paragraph 12(c) [providing for the operation of the accounts by the survivor].

(ii) le survivant ou les survivants vous remettront une copie certifiée conforme du certificat de décès . . .; (iii) la succession du défunt demeurera responsable de toute somme due . . .; et (iv) le survivant ou les survivants conserveront les droits décrits à l'al. 12c) [permettant au survivant de gérer le compte].

Having regard to the lack of clarity in the documents on this critical point, I would accord them little weight insofar as the issue of beneficial entitlement to the assets in the accounts is concerned. 27

Eu égard au manque de clarté des documents sur ce point crucial, je suis d'avis de ne leur accorder que peu de poids quant à la question de l'intérêt bénéficiaire sur les comptes en cause.

As to Patricia's testimony, the trial judge found that she "was evasive and gave conflicting evidence" and that "she purposely misrepresented events" (para. 51). The trial judge observed that contrary to instructions given to her not to discuss her testimony while under cross-examination, she contravened that admonition. The trial judge also noted that Patricia removed estate files from the estate's solicitor without authorization and failed to return them despite requests to do so. For these reasons, little weight can be accorded to Patricia's evidence as to what her father understood at the time the joint accounts were opened about beneficial title to the assets in the accounts on his death. 28

En ce qui concerne le témoignage de Patricia, la juge de première instance a conclu que Patricia avait été [TRADUCTION] « évasive et a[vait] offert une preuve contradictoire » et qu'elle avait « volontairement donné une version inexacte des faits » (par. 51). Elle a souligné que, contrairement aux instructions qui lui avaient été données, Patricia avait discuté de son témoignage pendant son contre-interrogatoire. La juge de première instance a aussi fait remarquer que Patricia avait repris sans autorisation des dossiers de la succession à l'avocat de la succession et ne les lui avait pas rendus après qu'on le lui ait pourtant demandé. Pour ces motifs, il ne faut pas accorder beaucoup de poids au témoignage de Patricia concernant ce que son père, au moment de l'ouverture des comptes conjoints, croyait qu'il adviendrait du titre bénéficiaire sur ceux-ci à son décès.

Thus, even having regard to the financial institution documents and Patricia's testimony in relation to them, such evidence is insufficient to rebut the presumption of resulting trust. This conclusion is consistent with the trial judge's conclusion based on the evidence she did consider. 29

Par conséquent, même lorsque l'on tient compte des documents de l'institution financière et du témoignage de Patricia à leur égard, la preuve n'est pas suffisante pour réfuter la présomption de fiducie résultoire. Cette conclusion concorde avec celle tirée par la juge de première instance sur le fondement des éléments de preuve qu'elle a examinés.

Patricia also argued that the closing balances of the joint accounts at the death of the father was $167,675.09. The respondents maintained that the factual finding by the trial judge that the amount was $185,000 should be upheld. The trial judge heard evidence on the matter and in her judgment ordered Patricia to pay $185,000. I see no reason to disturb that result. 30

Patricia a aussi soutenu que le solde des comptes conjoints au moment de leur fermeture, lors du décès de son père, s'élevait à 167 675,09 $. Les intimés font valoir que la conclusion de fait de la juge de première instance voulant que ce montant soit de 185 000 $ doit être maintenue. La juge de première instance a pris connaissance de la preuve à cet effet et a ordonné à Patricia de payer 185 000 $. Je ne vois aucune raison d'invalider cette décision.

31 Patricia also argued that this Court should find that the respondents are indebted to the estate in the sum of $35,900 and $26,360 respectively. According to Patricia, her father insisted that she have the respondents sign promissory notes to evidence their indebtedness to him. The trial judge considered the matter and found that collection of the notes is statute barred and that even if it were not, she was not satisfied that Patricia had successfully established that the promissory notes were outstanding and were meant to be repaid to the estate. Again, I see no palpable and overriding error in the trial judge's finding of fact which would merit disturbing the result.

V. Disposition

32 I would dismiss this appeal, with costs to the respondents payable by Ms. Brooks and not out of the estate.

The following are the reasons delivered by

33 ABELLA J. (dissenting) — My views on the scope of the presumption of advancement are discussed in the *Pecore* decision ([2007] 1 S.C.R. 795, 2007 SCC 17), released concurrently. Like the majority, I would apply the presumption of advancement to all gratuitous transfers from parents to their children regardless of the parent's gender. Unlike the majority, I would not restrict its application to transfers to non-adult children. In *Pecore*, the difference in our legal approaches did not lead me to a different result. In this appeal, it does. I would allow the appeal and order a new trial.

34 Both the majority and dissent in the Court of Appeal agreed that in applying the presumption of resulting trust, the trial judge erred, improperly placing the onus on the daughter, Patricia Ann Brooks, to prove that her father, Niels Madsen, intended to make a gift to her of the funds held jointly in her and her father's name: (2005), 261 D.L.R. (4th) 597.

Patricia a demandé à la Cour de déclarer que les intimés doivent respectivement 35 900 $ et 26 360 $ à la succession. Au dire de Patricia, son père avait insisté pour qu'elle fasse signer aux intimés des billets attestant leur dette envers lui. La juge de première instance a examiné cette question et elle a conclu que le recouvrement des billets était prescrit et que, même dans le cas contraire, elle n'était pas convaincue que Patricia avait réussi à établir que les billets étaient dus et que les intimés étaient censés les rembourser à la succession. Encore une fois, je ne vois dans la conclusion de la juge de première instance aucune erreur manifeste et dominante qui nécessite une intervention de la Cour.

V. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens, ceux-ci devant être payés aux intimés par M^me^ Brooks et non par la succession.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) — J'ai exposé ma position sur la portée de la présomption d'avancement dans la décision *Pecore* ([2007] 1 R.C.S. 795, 2007 CSC 17), déposée simultanément. À l'instar de la majorité, je suis d'avis d'appliquer la présomption d'avancement à tous les transferts à titre gratuit en faveur d'un enfant, qu'ils soient effectués par le père ou par la mère. Toutefois, contrairement à la majorité, je pense qu'il ne faut pas en limiter l'application aux transferts en faveur d'enfants qui n'ont pas atteint l'âge adulte. Dans *Pecore*, je suis parvenue au même résultat que la majorité, malgré nos divergences sur le plan du raisonnement juridique. Il n'en est pas ainsi en l'espèce. Je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Tant les juges de la majorité que la juge dissidente de la Cour d'appel ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en appliquant la présomption de fiducie résultoire, qui imposait injustement à la fille, Patricia Ann Brooks, le fardeau de prouver que son père, Niels Madsen, avait eu l'intention de lui faire don des fonds qu'ils détenaient conjointement : (2005), 261 D.L.R. (4th) 597.

When Mr. Madsen's wife died, all funds in their joint bank accounts accrued to him by virtue of his right of survivorship. On May 3, 1991, he transferred the funds in these accounts to a joint account in his and his daughter's name. The bank documents, as in the case of those with his wife, provided for a right of survivorship. These were the accounts that were transferred into the joint account with Ms. Brooks on September 9, 1997.

There was conflicting evidence at trial about the relationship between the father and his three children. Ms. Brooks' evidence was that the reason her father decided to make a gift of the joint accounts to her was that by the spring of 1991, she had been widowed and was ill with complications from cancer. According to her, her father wanted to provide her and her children with financial security.

Her evidence was vigorously disputed by her brother and sister. Their evidence was that they had a very good relationship with their father and that Mr. Madsen treated all of his children equally. They pointed out, by way of example, that at Christmas in 1996, two years before he died, their father gave each of his children a gift of $1,000.

Feldman J.A., in dissent in the Ontario Court of Appeal, observed at para. 86 that, like *Pecore*, this case is a situation where there is "no issue of undue influence or overbearance, but strictly a voluntary and intentional transfer into a joint account". Yet, as she noted, several factors relied on by the trial judge and the Court of Appeal in *Pecore* ((2004), 7 E.T.R. (3d) 113 and (2005), 19 E.T.R. (3d) 162) to *confirm* the father's intention to make a gift of funds in joint bank accounts to his adult daughter were either disregarded by the trial judge in this case or used as evidence of a contrary intention.

In *Pecore*, the trial judge, applying the presumption of advancement, used the following factors as confirmation of an intention to make a gift:

Lorsque l'épouse de M. Madsen est décédée, les soldes de leurs comptes de banque conjoints ont été dévolus à M. Madsen, par effet de son droit de survie. Le 3 mai 1991, il a transféré ces fonds dans un compte conjoint qu'il a ouvert à son nom et à celui de sa fille. Les documents bancaires, tout comme ceux que son épouse et lui avaient signés, prévoyaient un droit de survie. Ce sont ces comptes qui ont été transférés, le 9 septembre 1997, dans le compte conjoint détenu par lui et M^me^ Brooks. 35

La preuve présentée au procès au sujet de la relation entre le père et ses trois enfants était contradictoire. Au dire de M^me^ Brooks, son père avait décidé de lui faire don du solde des comptes conjoints au printemps 1991, parce qu'elle venait de perdre son mari et qu'elle souffrait de complications d'un cancer. Selon elle, son père voulait lui assurer une certaine sécurité financière, à elle et à ses enfants. 36

Son témoignage a été contesté énergiquement par son frère et sa sœur. Ces derniers ont affirmé qu'ils étaient en très bons termes avec leur père, qui traitait tous ses enfants sur un pied d'égalité. Ils ont d'ailleurs cité en exemple le cadeau de 1 000 $ que leur père avait offert à chacun de ses enfants à Noël 1996, deux ans avant son décès. 37

La juge Feldman de la Cour d'appel de l'Ontario, dissidente, a fait remarquer au par. 86 qu'en l'espèce, tout comme dans *Pecore*, il n'est [TRADUCTION] « pas question d'abus d'influence ni de conduite outrancière, mais simplement d'un transfert intentionnel effectué de plein gré dans un compte conjoint ». Par contre, elle souligne que plusieurs des facteurs sur lesquels le juge de première instance et la Cour d'appel se sont appuyés dans *Pecore* ((2004), 7 E.T.R. (3d) 113 et (2005), 19 E.T.R. (3d) 162) pour *confirmer* l'intention du père de faire don du solde des comptes conjoints à sa fille adulte n'ont pas été pris en compte par la juge de première instance, ou ont été utilisés comme preuve de l'intention contraire. 38

Dans *Pecore*, le juge de première instance, qui a appliqué la présomption d'avancement, a utilisé les facteurs suivants pour confirmer l'intention de faire un don : 39

- the father had personal knowledge that the consequence of having a joint account was that the daughter would have a right of survivorship in the funds; and
- the joint bank accounts were not needed as a tool of convenience to assist the father since the daughter already had a power of attorney.

40 In addition, the father's control of the bank accounts during his lifetime was found by the Court of Appeal in *Pecore* not to be inconsistent with his intention to make a gift of the funds. In this case, Mr. Madsen's control was held to be evidence of an intention *not* to make a gift of the funds.

41 These inconsistencies were cogently amplified by Feldman J.A. as follows:

> In *Pecore*, the father put significant funds into joint accounts with one of his three adult children, Paula, because she was the most financially in need. In his will, the father named Paula and her dependant husband as residuary beneficiaries. After the father's death, the husband separated from Paula, learned that he was a residuary beneficiary under his ex-father-in-law's will, and, in the course of his divorce proceedings against Paula, challenged her right of survivorship to the jointly-held funds, because the effect of the right of survivorship was that those funds did not form part of the estate.
>
> In the context of examining the facts that might speak to the father's intention at the time he transferred his investments into joint ownership, the court first noted that the father was familiar with joint ownership as an estate planning tool because he and his wife had held their investments jointly and they had devolved to him as the survivor. The court concluded that the father therefore knew that on his death, his joint investments would devolve to Paula as his survivor.
>
> In this case, there was evidence that the father had also held his investments in joint tenancy with his wife, and they devolved to him on her death. Following his wife's death, he opened a joint account with his daughter, [Ms. Brooks]. A court could therefore conclude that he knew that when he died, his joint investments would

- le père avait une connaissance directe du fait que l'ouverture d'un compte conjoint conférerait à sa fille un droit de survie sur les fonds déposés dans le compte;
- puisque son père lui avait déjà donné une procuration, la fille n'avait nullement besoin de comptes conjoints, pour plus de commodité, afin d'aider son père.

En outre, dans *Pecore*, la Cour d'appel a jugé que le contrôle des comptes bancaires par le père sa vie durant n'était pas incompatible avec l'intention du père de faire don des fonds à sa fille. En l'espèce, le contrôle des comptes par M. Madsen a été considéré comme une preuve de son intention de *ne pas* faire don des fonds à sa fille.

La juge Feldman a souligné à juste titre ces incohérences :

> [TRADUCTION] Dans *Pecore*, le père a versé une importante somme d'argent dans des comptes conjoints, à son nom et à celui de sa fille Paula qui, de ses trois enfants adultes, était la plus démunie financièrement. Dans son testament, le père a désigné Paula et son mari, qui était à sa charge, comme bénéficiaires du reliquat. Le père de Paula est décédé, puis son mari l'a quittée, a appris qu'il avait été désigné bénéficiaire du reliquat dans le testament de son ex-beau-père et, pendant la procédure en divorce, a contesté le droit de survie de Paula sur les fonds qu'elle détenait conjointement avec son père, parce que le droit de survie avait pour effet d'exclure ces fonds de la succession.
>
> Lorsqu'il a examiné les faits pouvant révéler l'intention du père au moment où il a transféré ses placements dans un compte conjoint, le tribunal a d'abord constaté que le père connaissait la propriété conjointe comme outil de planification successorale, puisque son épouse et lui avaient été propriétaires conjoints de leurs placements et que ceux-ci lui avaient été dévolus en sa qualité de survivant. Le tribunal a conclu que, par conséquent, le père savait qu'à son décès ses placements détenus conjointement seraient dévolus à Paula en tant que propriétaire survivante.
>
> En l'espèce, la preuve a démontré que le père avait aussi détenu des placements en tenance conjointe avec son épouse et que ces placements lui avaient été dévolus au décès de celle-ci. Une fois son épouse disparue, le père a ouvert un compte conjoint avec sa fille [M^me^ Brooks]. Un tribunal pouvait donc conclure qu'il savait

devolve to [Ms. Brooks] as his survivor. However, neither the trial judge nor my colleague chose to take this factor into account.

A second factor considered by the court in *Pecore* was that the father gave Paula his power of attorney. The court took that as evidence that he was not using the joint account with Paula as a tool of convenience to give her signing access on the account. She would have that with the power of attorney. Rather, it showed that the father intended something more.

Similarly, in this case, the father also gave [Ms. Brooks] his power of attorney. [Ms. Brooks] was also the executrix of his estate and looked after him physically at the end of his life. Again, neither the trial judge nor my colleague viewed the giving of the power of attorney as a factor that suggested that the joint account was not set up merely as a tool of convenience for mutual access to funds.

A third factor considered by the court in *Pecore* involved the significance of the father maintaining control over the investments during his life. In *Pecore*, Paula and her father had agreed that he would manage the investments and pay the taxes on them. This court held that "[w]hile control can be consistent with an intention to retain ownership, it is also not inconsistent in this case with an intention to gift the assets. Hence, this factor was not determinative of [the father's] actual intention" (para. 40). In contrast, in this case, one of the main factors my colleague relies on to show that the father did not intend to create a beneficial joint tenancy is that he remained in control of his finances and that he paid the taxes on the interest on the funds. [paras. 68-73]

The fact that the trial judge ignored or drew contrary inferences from certain factors considered by the Court of Appeal in *Pecore* to be reflective of an intention to make a gift, illustrates how her error in applying the presumption of resulting trust may have influenced her findings of fact and credibility. The key finding made by the trial judge in this case, a finding which reflects the erroneous assignment of the burden of proof to Ms. Brooks, was that "[t]here is no evidence to support Patricia Brooks'

qu'à son décès, ses placements détenus conjointement seraient dévolus à [M^me^ Brooks] en sa qualité de propriétaire survivante. Toutefois, ni la juge de première instance ni mon collègue n'ont décidé de tenir compte de ce facteur.

Deuxièmement, dans *Pecore*, le tribunal a aussi tenu compte du fait que le père avait donné une procuration à Paula. À ses yeux, il s'agissait d'une preuve que le père n'avait pas ouvert le compte conjoint avec sa fille pour plus de commodité, afin qu'elle devienne signataire du compte. La procuration aurait suffi à cette fin. Il s'agissait plutôt d'une preuve de l'intention du père d'aller plus loin.

De même, en l'espèce, le père a aussi signé une procuration en faveur de [M^me^ Brooks]. Cette dernière était en outre son exécutrice testamentaire et lui a prodigué les soins dont il avait besoin à la fin de sa vie. Encore là, ni la juge de première instance ni mon collègue n'ont considéré la signature d'une procuration comme un facteur qui donnait à penser que le compte conjoint n'avait pas été ouvert uniquement pour faciliter leur accès mutuel aux fonds.

Un troisième facteur pris en compte dans *Pecore* était l'interprétation du fait que le père avait continué de gérer ses placements jusqu'à son décès. Dans cette affaire, Paula et son père avaient convenu que ce dernier s'occuperait de la gestion des placements et du paiement de l'impôt y afférent. Notre cour a statué que [TRADUCTION] « [b]ien que le contrôle puisse être compatible avec l'intention de conserver la propriété, en l'espèce, il n'est pas pour autant incompatible avec l'intention de faire don des biens. Par conséquent, ce facteur n'était pas déterminant quant à l'intention réelle [du père] » (par. 40). À l'opposé, en l'espèce, l'un des principaux facteurs sur lesquels s'appuie mon collègue pour affirmer que le père n'avait pas l'intention de créer une tenance conjointe bénéficiaire est le fait que le père a conservé le contrôle de ses finances et continué à payer l'impôt sur l'intérêt généré par les fonds. [par. 68-73]

42 Le fait que la juge de première instance n'ait pas tenu compte ou ait tiré des inférences contraires de certains des facteurs qui, dans *Pecore*, ont été considérés par la Cour d'appel comme révélateurs de l'intention de faire un don, illustre comment son application erronée de la présomption de fiducie résultoire a pu influencer ses conclusions de fait et ses conclusions touchant la crédibilité. En l'espèce, la juge de première instance a formulé ainsi sa conclusion déterminante, qui

position that [her father] intended to gift the contents of his joint accounts to her", emphasizing the lack of "documentation to this effect" and the lack of a "clear and unequivocal statement in this regard to anyone" ((2004), 13 E.T.R. (3d) 44, at para. 58).

43 In the final analysis, I share the views of Feldman J.A. who observed:

> As demonstrated, the factors a court may take into account in its attempt to determine the transferor's intention at the time of transfer will be given different weight. This will depend on how the trial judge views the whole of the evidence, including the credibility of the witnesses, and the trial judge's view of the evidence may be affected by the onus of proof he or she applies. Since the trial judge in this case applied the incorrect onus of proof and relied on evidence that occurred years after the joint account was established, I am of the view that this court ought not to rely on her assessment of the evidence in order to determine the actual intention of the father when he put his funds into joint accounts with the appellant, nor should it determine the weight to be given to the factors that speak to the father's intent at the time he established the joint account. Instead, in order to fairly decide this case, it seems to me that a new trial must be ordered. [para. 74]

44 I would therefore allow the appeal and order a new trial.

Appeal dismissed with costs, ABELLA J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Skapinker & Shapiro, Toronto.

Solicitors for the respondents: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

reflète l'attribution indue du fardeau de la preuve à M^me^ Brooks : [TRADUCTION] « Il n'existe aucune preuve à l'appui des prétentions de Patricia Brooks selon lesquelles [son père] avait l'intention de lui faire don du solde des comptes conjoints ». Elle a insisté sur l'absence de « document en ce sens » et de « déclaration claire et non équivoque faite à qui que ce soit à cet égard » ((2004), 13 E.T.R. (3d) 44, par. 58).

En dernière analyse, je fais miennes les observations suivantes de la juge Feldman :

> [TRADUCTION] Comme il a été démontré, le tribunal n'accorde pas le même poids à tous les facteurs qu'il peut prendre en compte pour déterminer quelle était l'intention de l'auteur du transfert au moment du transfert. Tout dépend de la perception que le juge de première instance a de l'ensemble de la preuve, notamment de la crédibilité des témoins, et sa perception de la preuve peut être influencée par le fardeau de la preuve qu'il applique. Puisque la juge de première instance en l'espèce a commis une erreur dans l'imposition du fardeau de la preuve et s'est appuyée sur des événements survenus longtemps après l'ouverture du compte conjoint, j'estime que notre Cour ne devrait ni s'en remettre à l'appréciation de la preuve par cette juge pour déterminer l'intention réelle du père au moment de l'ouverture des comptes conjoints à son nom et à celui de l'appelante, ni décider quel poids accorder aux facteurs révélateurs de l'intention du père au moment de l'ouverture du compte conjoint. Pour trancher équitablement cette affaire, il me semble nécessaire d'ordonner plutôt la tenue d'un nouveau procès. [par. 74]

Je suis donc d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge ABELLA *est dissidente.*

Procureurs de l'appelante : Skapinker & Shapiro, Toronto.

Procureurs des intimés : Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Ronald G. Dunne *Appellant*

v.

Deputy Minister of Revenue of Quebec and Attorney General of Quebec *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick and Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: DUNNE *v.* QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE)

Neutral citation: 2007 SCC 19.

File No.: 31180.

2007: February 21; 2007: May 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Taxation — Provincial taxation power — Partner retiring from partnership — Retired partner not residing in Quebec or carrying on any business there from which he drew income — Quebec taxing percentage of retired partner's retirement allowance equivalent to percentage of partnership's total income earned in province — Whether impugned provisions of Taxation Act amounting to extraterritorial extension of province's taxing power — Constitution Act, 1867, s. 92(2) — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 608, 609, 612.1.

Taxation — Income tax — Partner retiring from partnership — Nature of retirement allowance — Quebec taxing percentage of retired partner's retirement allowance equivalent to percentage of partnership's total income earned in province — Retired partner not residing in Quebec or carrying on any business there from which he drew income — Whether province exceeded its

Ronald G. Dunne *Appelant*

c.

Sous-ministre du Revenu du Québec et procureur général du Québec *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick et procureur général de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DUNNE *c.* QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU)

Référence neutre : 2007 CSC 19.

N° du greffe : 31180.

2007 : 21 février; 2007 : 10 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Fiscalité — Pouvoir de taxation des provinces — Départ à la retraite d'un associé d'une société de personnes — Associé à la retraite qui ne réside pas au Québec et n'y exerce aucune entreprise dont il aurait tiré un revenu — Imposition par le Québec d'un pourcentage de l'allocation de retraite de l'associé correspondant au pourcentage du revenu total de la société gagné dans la province — Les dispositions contestées de la Loi sur les impôts donnent-elles une portée extraterritoriale au pouvoir de taxation de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2) — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 608, 609, 612.1.

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Départ à la retraite d'un associé d'une société de personnes — Nature de l'allocation de retraite — Imposition par le Québec d'un pourcentage de l'allocation de retraite de l'associé correspondant au pourcentage du revenu total de la société gagné dans la province — Associé à la retraite qui ne réside pas au Québec et n'y exerce

taxing power — Whether Revenu Québec's assessment should be vacated — Constitution Act, 1867, s. 92(2) — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 608, 609, 612.1.

After retiring as an active member of his accounting partnership in 1994, D, who lives in Ontario, received retirement benefits from the partnership. In 1997, Revenu Québec determined that part of D's retirement allowance constituted income earned in Quebec and was therefore taxable by that province by virtue of certain provisions of Quebec's *Taxation Act*. Since almost 20 percent of the accounting partnership's total income had been earned in Quebec in 1997, that percentage of D's retirement allowance was taxed by Revenu Québec. D, who did not reside in Quebec, did no business there and did not receive any taxable income from a business carried on there, appealed the assessment and challenged the constitutionality of the provisions. The Court of Québec vacated the assessment, but the Court of Appeal set aside that decision, upheld the constitutionality of the impugned provisions and restored Revenu Québec's assessment.

Held: The appeal should be dismissed.

D was properly assessed under the *Taxation Act*, which does not exceed the taxing power of the province under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The s. 92(2) power includes the power to tax not only residents of the province, but also property, businesses and transactions within the province, and can, in this respect, reach non-residents. Here, it is clear from the relevant provisions of the partnership agreement that the allowance paid to a retired partner is a share in the profits of the partnership. Since ss. 608, 609 and 612.1 of the *Taxation Act* operated to determine the portion of D's income that could be allocated to the partnership's Quebec activities, and the portion of the retirement allowance that could be taxed by the province, these provisions did not improperly expand the scope of the provincial taxing power. [1] [12] [16] [20]

Cases Cited

Referred to: *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *Alworth v. Minister of Finance*, [1978] 1 S.C.R. 447; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996]

aucune entreprise dont il aurait tiré un revenu — La province a-t-elle outrepassé son pouvoir de taxation? — La cotisation établie par Revenu Québec doit-elle être annulée? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2) — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 608, 609, 612.1.

Après son départ à la retraite comme membre actif de son cabinet de comptables en 1994, D, qui réside en Ontario, a reçu des prestations de retraite de la société de personnes. En 1997, Revenu Québec a établi qu'une partie de l'allocation de retraite de D constituait un revenu gagné dans la province et était de ce fait assujettie à l'impôt du Québec en application de certaines dispositions de la *Loi sur les impôts* du Québec. Étant donné que près de 20 p. 100 du revenu total du cabinet de comptables avait été gagné au Québec en 1997, Revenu Québec a imposé ce pourcentage de l'allocation de retraite de D. Celui-ci, qui ne réside pas au Québec, n'y faisait pas d'affaires et n'avait reçu aucun revenu imposable d'une entreprise exercée au Québec, a interjeté appel de la cotisation et contesté la constitutionnalité des dispositions législatives en cause. La Cour du Québec a annulé la cotisation, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision, statué que les dispositions législatives étaient constitutionnelles et rétabli l'avis de cotisation de Revenu Québec.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La cotisation établie à l'égard de D est conforme à la *Loi sur les impôts*, qui n'outrepasse pas le pouvoir de taxation conféré à la province par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pouvoir visé au par. 92(2) inclut le pouvoir d'imposer non seulement les résidents de la province, mais aussi les biens, les entreprises et les opérations dans la province et peut, de ce fait, toucher des non-résidents. En l'occurrence, les clauses pertinentes du contrat de société démontrent clairement que l'allocation de retraite versée à un associé à la retraite constitue une part des bénéfices de la société de personnes. Puisque les art. 608, 609 et 612.1 de la *Loi sur les impôts* ont servi à établir la part du revenu qui pouvait être attribuée aux activités que la société a exercées au Québec et la part de l'allocation de retraite qui pouvait être imposée par la province de Québec, ces dispositions n'ont pas pour effet d'étendre indûment la portée du pouvoir de taxation de la province. [1] [12] [16] [20]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Alworth c. Ministre des Finances*, [1978] 1 R.C.S. 447; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de*

2 S.C.R. 929; *Minister of National Revenue v. Wahn*, [1969] S.C.R. 404.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 92(2).
Regulation respecting the Taxation Act, R.R.Q. 1981, c. I-3, r. 1, s. 1088R4.
Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 25, 87, 600, 608, 609, 612.1, 1088.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (loose-leaf updated 2006, release 1).
La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morin, Doyon and Bich JJ.A.), [2005] R.J.Q. 2184, [2005] R.D.F.Q. 28, [2005] Q.J. No. 11812 (QL), 2005 CarswellQue 6703, 2005 QCCA 739, reversing a judgment of Charette J.C.Q., [2003] R.D.F.Q. 264, 2003 CarswellQue 2707. Appeal dismissed.

Guy Du Pont, *Nicolas X. Cloutier* and *Brandon Wiener*, for the appellant.

Jocelyne Mailloux-Martin, for the respondent the Deputy Minister of Revenue.

Alain Gingras, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Sean W. Hanley and *Robin K. Basu*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

George H. Copley, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

LeBel J. —

I. Introduction

After retiring, the appellant, Mr. Dunne, a chartered accountant, received retirement benefits from

la région de York, [1996] 2 R.C.S. 929; *Minister of National Revenue c. Wahn*, [1969] R.C.S. 404.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2).
Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 25, 87, 600, 608, 609, 612.1, 1088.
Règlement sur les impôts, R.R.Q. 1981, ch. I-3, r. 1, art. 1088R4.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (loose-leaf updated 2006, release 1).
La Forest, Gérard V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto : Canadian Tax Foundation, 1981.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morin, Doyon et Bich), [2005] R.J.Q. 2184, [2005] R.D.F.Q. 28, [2005] J.Q. nº 11812 (QL), 2005 CarswellQue 6703, 2005 QCCA 739, qui a infirmé une décision du juge Charette, [2003] R.D.F.Q. 264, 2003 CarswellQue 2707. Pourvoi rejeté.

Guy Du Pont, *Nicolas X. Cloutier* et *Brandon Wiener*, pour l'appelant.

Jocelyne Mailloux-Martin, pour l'intimé le sous-ministre du Revenu.

Alain Gingras, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Sean W. Hanley et *Robin K. Basu*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

George H. Copley, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

Le juge LeBel —

I. Introduction

Après son départ à la retraite, l'appelant, M. Dunne, un comptable agréé, a reçu des prestations 1

the partnership of which he had been an active member. The respondent Deputy Minister of Revenue of Quebec ("Revenu Québec") assessed tax with respect to a portion of the benefits on the basis that it was business income from a source in the province of Quebec. The appellant challenged the assessment on the basis that he did not reside in Quebec, did no business there and had received no taxable income from a business carried on there. The Court of Québec allowed his appeal and vacated the assessment. The Quebec Court of Appeal reversed that judgment and confirmed the assessment. For the reasons that follow, I propose to dismiss the appeal. The appellant was properly assessed under the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3 (*T.A.*), which does not exceed the taxing power of the province of Quebec under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*.

de retraite de la société de personnes dont il avait été un membre actif. Le sous-ministre du Revenu du Québec (« Revenu Québec ») a établi une cotisation à l'égard d'une partie des prestations, considérant qu'il s'agissait d'un revenu d'entreprise provenant d'une source au Québec. L'appelant a contesté la cotisation au motif qu'il ne résidait pas au Québec, qu'il n'y faisait pas d'affaires et qu'il n'avait reçu aucun revenu imposable d'une entreprise exercée au Québec. La Cour du Québec a accueilli l'appel et annulé la cotisation. La Cour d'appel du Québec a infirmé ce jugement et confirmé la cotisation. Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. La cotisation établie à l'égard de l'appelant est conforme à la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3 (« *L.I.* »), qui n'outrepasse pas le pouvoir de taxation conféré à la province de Québec par le par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

II. Background

II. Contexte

2 Mr. Dunne was a partner with Ernst & Young for many years. He resides in Ontario and has never been a resident of Quebec or owned assets there. He has never personally worked in Quebec, carried on business there or established an office or other presence there, nor has he ever been employed there. He did work for the partnership in other provinces.

Pendant plusieurs années, M. Dunne a été un associé du cabinet Ernst & Young. Il habite en Ontario, n'a jamais résidé au Québec et n'y a jamais possédé de biens. Personnellement, il n'a jamais travaillé, exploité une entreprise, eu de bureau ou d'établissement quelconque, ni été employé au Québec. Il a travaillé pour la société dans d'autres provinces.

3 Mr. Dunne retired in 1991, but kept working for the partnership as a consultant until he turned 60 in February 1994. He then became eligible to receive what he characterizes as a retirement allowance (which the Quebec Court of Appeal found to be a pension) in accordance with his partnership agreement. Since 1994, he has received the annual amount of $31, 244.

M. Dunne a pris sa retraite en 1991, mais il a continué de travailler pour la société à titre de consultant jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de 60 ans, en février 1994. Il est alors devenu admissible à ce qu'il considère comme une allocation de retraite (la Cour d'appel a conclu qu'il s'agissait d'une pension) en vertu de son contrat de société. Depuis 1994, il reçoit 31 244 $ par année.

4 In 1997, Mr. Dunne received his annual amount of $31,244 and an additional $9,991, the source of which is not in dispute. Revenu Québec took the position that part of Mr. Dunne's retirement allowance constituted income earned in Quebec and was therefore taxable by that province by virtue of certain fictions or statutory presumptions found in ss. 25, 87, 600, 608, 609, 612.1 and 1088 *T.A.* (see

En 1997, M. Dunne a reçu son montant annuel de 31 244 $ ainsi qu'une somme additionnelle de 9 991 $, dont la source n'est pas contestée. Selon Revenu Québec, une partie de l'allocation de retraite de M. Dunne constituait un revenu gagné dans la province et était de ce fait assujettie à l'impôt du Québec en raison de certaines fictions ou présomptions légales découlant des art. 25, 87, 600,

Appendix). As 19.87 percent of Ernst & Young total income had been earned in Quebec in 1997, that percentage of Mr. Dunne's retirement allowance was taxed by Revenu Québec. Mr. Dunne appealed his 1997 assessment and challenged the constitutionality of the legislative provisions.

608, 609, 612.1 et 1088 *L.I.* (voir l'annexe). Étant donné que 19,87 p. 100 du revenu total de Ernst & Young avait été gagné au Québec en 1997, Revenu Québec a imposé cette proportion de l'allocation de retraite de M. Dunne. Celui-ci a interjeté appel de la cotisation relative à l'année d'imposition 1997 et contesté la constitutionnalité des dispositions législatives en cause.

III. Judicial History

Mr. Dunne appealed the assessment to the Court of Québec. Charette J.C.Q., allowed his appeal and vacated the assessment: [2003] R.D.F.Q. 264. In Judge Charette's opinion, Revenu Québec had to establish that the taxpayer, a non-resident, had earned business income in Quebec. He found that Mr. Dunne had not carried on a business in Quebec from which he had drawn income. Mr. Dunne was no longer a member of the accounting partnership and had not received any business income from it.

In reasons written by Bich J.A., the Quebec Court of Appeal took a different view. It allowed the appeal and restored the assessment: [2005] R.J.Q. 2184. After carefully reviewing the *Taxation Act* and the regulations made thereunder, Bich J.A. found that a portion of the payments the taxpayer had started to receive upon his retirement was deemed to be income from the business of a partnership in the province. Those payments were taxable by the province, which had validly exercised the taxing powers allocated to the provinces under the *Constitution Act, 1867*. Bich J.A. also held that the provisions of the *Taxation Act* were constitutionally valid and were applicable. Mr. Dunne was granted leave to appeal to this Court.

III. Historique judiciaire

M. Dunne a interjeté appel de la cotisation devant la Cour du Québec. Le juge Charette a accueilli l'appel et annulé la cotisation : [2003] R.D.F.Q. 264. Selon lui, Revenu Québec devait établir que le contribuable non résident avait gagné un revenu d'entreprise au Québec. Il a conclu que M. Dunne n'avait pas tiré de revenu d'une entreprise qu'il aurait exercée au Québec. M. Dunne ne faisait plus partie de la société de comptables, et celle-ci ne lui avait versé aucun revenu d'entreprise. 5

Dans les motifs rédigés par la juge Bich, la Cour d'appel du Québec a adopté un point de vue différent. Elle a accueilli l'appel et rétabli l'avis de cotisation : [2005] R.J.Q. 2184. Après avoir soigneusement examiné la *Loi sur les impôts* et ses règlements d'application, la juge Bich a conclu qu'une partie des paiements que le contribuable avait commencé à recevoir après sa retraite étaient réputés constituer un revenu de l'entreprise exercée par une société de personnes au Québec. Ces paiements pouvaient être imposés par la province, qui avait valablement exercé le pouvoir de taxation conféré aux provinces par la *Loi constitutionnelle de 1867*. La juge Bich a aussi statué que les dispositions de la *Loi sur les impôts* étaient constitutionnelles et s'appliquaient. M. Dunne a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant la Cour. 6

IV. Analysis

A. *The Issues*

The core issue in the appeal is the legal nature of the payments received from the partnership. The appellant ties this issue to an argument on the application of the *Taxation Act* that involves issues of

IV. Analyse

A. *Les questions en litige*

La question fondamentale en litige est la nature juridique des sommes que M. Dunne a reçues de la société. L'appelant lie cette question à un argument concernant l'application de la *Loi sur les impôts*, 7

statutory interpretation, and a constitutional question about the validity of certain provisions of the *Taxation Act* dealing with the allocation of income from the business of a partnership in Quebec. Mr. Dunne challenges the validity of those provisions on the basis that they amount to an extraterritorial extension of the taxing powers of the province of Quebec, contrary to s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*. The Chief Justice stated the constitutional issue raised by the appeal as follows July 17, 2006:

> Are ss. 608, 609 and 612.1 of the *Taxation Act*, R.S.Q., c. I-3, invalid or constitutionally inapplicable to the appellant on the ground that they contravene subsection 92(2) of the *Constitution Act, 1867* by exceeding the territorial limit on provincial legislative competence?

8 In order to decide whether or how the constitutional question ought to be answered, I will have to determine which interpretation of the relationship between the partnership and Mr. Dunne after his retirement as an active member is correct. Before turning to these issues, I will review the provisions of the *Taxation Act* that have an impact on the tax status of the payments and will summarize the constitutional principles that govern the scope of the taxing powers of the province of Quebec.

B. *Retirement From a Partnership Under the Taxation Act*

9 According to s. 25 *T.A.*, individuals who reside in Canada but not in Quebec on the last day of a taxation year must pay tax if they carried on a business in Quebec at any time during the year. Part II of the Act then determines how the income earned by such individuals in Quebec will be taxed. Section 1088 *T.A.* provides that income is earned in Quebec if it comes from a business carried on there and is attributed in a prescribed manner to an establishment there.

10 The parties agree on the basic principle of the taxation of partnerships: a partnership's income is allocated to its partners. A partnership is not treated as a distinct entity from the partners (*Continental*

qui soulève des questions d'interprétation législative ainsi que la validité constitutionnelle de certaines dispositions de la *Loi sur les impôts* régissant l'attribution du revenu tiré d'une entreprise exercée par une société de personnes au Québec. Selon M. Dunne, ces dispositions seraient inconstitutionnelles parce qu'elles contreviennent au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en donnant une portée extraterritoriale au pouvoir de taxation de la province de Québec. Voici la question constitutionnelle soulevée dans le pourvoi, telle que la Juge en chef l'a formulée le 17 juillet 2006 :

> Les articles 608, 609 et 612.1 de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q., ch. I-3, sont-ils invalides ou constitutionnellement inapplicables à l'appelant pour le motif qu'ils contreviendraient au par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en excédant les limites territoriales de la compétence de la province?

Pour décider si cette question constitutionnelle doit être tranchée et quelle réponse elle doit recevoir, il faudra interpréter correctement la relation entre la société et M. Dunne après sa retraite comme membre actif. Avant de m'attaquer à ces questions, j'examinerai les dispositions de la *Loi sur les impôts* qui ont une incidence sur la qualification des versements pour fins d'imposition et je résumerai les principes constitutionnels qui régissent l'étendue du pouvoir de taxation de la province de Québec.

B. *Le départ à la retraite d'un membre d'une société de personnes sous le régime de la Loi sur les impôts*

Selon l'art. 25 *L.I.*, tout particulier résidant au Canada, mais hors du Québec, le dernier jour d'une année d'imposition est assujetti à l'impôt s'il a exercé une entreprise au Québec à un moment quelconque de l'année. La partie II de la loi prévoit quant à elle la manière dont le revenu gagné par ce particulier sera imposé. L'article 1088 *L.I.* prévoit qu'un revenu est gagné au Québec s'il est tiré d'une entreprise exercée dans la province et qu'il est attribuable, de la manière prescrite, à un établissement au Québec.

Les parties s'entendent sur le principe général régissant l'imposition des sociétés de personnes : le revenu d'une société de personnes est attribué aux associés. La société de personnes n'est pas

Bank Leasing Corp. v. Canada, [1998] 2 S.C.R. 298, at para. 22). Although the partnership's income is first computed as if it belonged to a distinct person (s. 600(*c*)(ii) *T.A.*), it is then allocated to the partners under the rules set out in the *Taxation Act* (s. 600(*f*) *T.A.*).

In general, when a partner withdraws from a partnership, he is no longer entitled to a share of its income. But the *Taxation Act* provides for cases where this is not so. Section 608 applies to retirement allowances agreed upon with the members of the partnership. It requires that they be dealt with as a share of the partnership's income:

608. For the purposes of sections 7 to 7.0.6, 217.2 to 217.16, 600, 607, 634 and 635, where the principal activity of a partnership is carrying on a business in Canada and its members have entered into an agreement to allocate a share of the income or loss of the partnership from any source in Canada or from sources in another place to any person described in section 609, that person is deemed to be a member of the partnership and the amount so allocated for a particular fiscal period of the partnership shall be included in computing the person's income for the taxation year in which that fiscal period of the partnership ends.

Section 609 confirms that the person to whom s. 608 applies is a taxpayer who has ceased to be a member of a partnership. Under s. 612.1, a retired partner to whom s. 608 applies is deemed to have carried on a business in Quebec even if he or she does not reside there. This retired partner must pay tax as determined in accordance with s. 1088 *T.A.* and s. 1088R4 of the *Regulation respecting the Taxation Act*, R.R.Q. 1981, c. I-3, r. 1. The amount of tax payable will be proportionate to the share of the partnership's total income earned in Canada that was earned in Quebec.

C. *The Provincial Taxing Power*

Section 92(2) of the *Constitution Act, 1867* limits a province's taxing authority to the imposition of direct taxes within the province. The courts

considérée comme une entité distincte de ses membres (*Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, par. 22). Même si le revenu de la société de personnes est d'abord calculé comme s'il appartenait à une personne distincte (art. 600*c*)(ii) *L.I.*), il est ensuite attribué aux membres de la société conformément aux dispositions de la *Loi sur les impôts* (art. 600*f*) *L.I.*).

11 Règle générale, lorsqu'un membre d'une société de personnes se retire de la société, il n'a plus droit à une part du revenu de la société. Toutefois, la *Loi sur les impôts* traite des situations qui font exception à cette règle. L'article 608 exige que les allocations de retraite prévues par une entente conclue entre les membres de la société soient traitées comme une part du revenu de la société :

608. Pour l'application des articles 7 à 7.0.6, 217.2 à 217.16, 600, 607, 634 et 635, lorsque la principale activité d'une société de personnes consiste à exercer une entreprise au Canada et que ses membres ont conclu une entente afin d'allouer une part du revenu ou de la perte de la société de personnes provenant ou découlant d'une source quelconque au Canada ou de sources situées dans un autre endroit à une personne décrite à l'article 609, cette personne est réputée membre de la société de personnes et doit inclure le montant ainsi alloué pour un exercice financier donné de la société de personnes dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition pendant laquelle prend fin cet exercice financier.

L'article 609 confirme que la personne à l'égard de laquelle l'art. 608 s'applique est un contribuable qui a cessé d'être membre d'une société de personnes. Selon l'art. 612.1, le membre retraité visé à l'art. 608 est réputé avoir exercé une entreprise au Québec, même s'il n'y réside pas. Il doit payer l'impôt fixé en application de l'art. 1088 *L.I.* et de l'art. 1088R4 du *Règlement sur les impôts*, R.R.Q. 1981, ch. I-3, r. 1. L'impôt à payer est fixé proportionnellement du revenu gagné au Québec par la société de personnes, par rapport à l'ensemble de son revenu gagné au Canada.

C. *Le pouvoir de taxation des provinces*

12 Le paragraphe 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* limite le pouvoir de taxation des provinces à l'imposition de taxes directes à l'intérieur de

have construed this power broadly and flexibly. It certainly includes the power to tax residents of the province, but the provincial legislature may also tax property, businesses and transactions within the province. Its taxing power can thus reach non-residents in this respect (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at pp. 30-22 to 30-24; G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at p. 146; *Alworth v. Minister of Finance*, [1978] 1 S.C.R. 447; *Ontario Home Builders' Association v. York Region Board of Education*, [1996] 2 S.C.R. 929, at para. 39, *per* Iacobucci J.). In order to apply these principles, I must now consider the partnership agreement and determine the legal nature, for tax purposes, of the retirement allowance at issue.

leur territoire. Ce pouvoir a reçu une interprétation large et libérale dans la jurisprudence. Il comprend assurément le pouvoir d'imposer les résidents de la province, mais les assemblées législatives des provinces peuvent aussi imposer les biens, les entreprises ou les opérations dans les limites de la province. Par conséquent, leur pouvoir de taxation peut toucher des non-résidents (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 30-22 à 30-24; G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2e éd. 1981), p. 146; *Alworth c. Ministre des Finances*, [1978] 1 R.C.S. 447; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929, par. 39, le juge Iacobucci). Pour appliquer ces principes, je dois maintenant examiner le contrat de société et déterminer la nature juridique de l'allocation de retraite pour fins d'imposition.

D. *The Partnership Agreement and the Nature of the Retirement Allowance*

D. *Le contrat de société et la nature de l'allocation de retraite*

13 Mr. Dunne argues that he has no real connection with Quebec, that he has not received income from a business there, and that he has not carried on a business there. As a consequence, he asserts that he is beyond the reach of the province's taxing power. In my view, the terms of the partnership agreement put this argument to rest. (See *Minister of National Revenue v. Wahn*, [1969] S.C.R. 404, at p. 410, *per* Cartwright C.J., and at pp. 423-25, *per* Pigeon J.)

M. Dunne soutient qu'il n'a pas de véritable lien avec le Québec, qu'il n'a pas reçu de revenu provenant d'une entreprise au Québec et qu'il n'y a pas exercé une entreprise. Il affirme donc être à l'abri du pouvoir de taxation de la province. À mon avis, le libellé du contrat de société règle la question. (Voir *Minister of National Revenue c. Wahn*, [1969] R.C.S. 404, p. 410, le juge en chef Cartwright, et p. 423-425, le juge Pigeon.)

14 As mentioned above, before retiring, Mr. Dunne was for a long time a partner in what became the Ernst & Young partnership. A revised partnership agreement in effect since 1989 determined his rights and status upon retirement. (See A.R., vol. IV, at p. 570.) It provided for various payments to retired partners, as defined therein. The only one in issue in this appeal is the retirement allowance.

Comme je l'ai déjà mentionné, avant son départ à la retraite, M. Dunne avait été longtemps associé de la société de comptables qui est devenue le cabinet Ernst & Young. Un contrat de société révisé, en vigueur depuis 1989, déterminait quels étaient ses droits et son statut au moment de sa retraite (d.a., vol. IV, p. 570). Le contrat prévoyait différents paiements aux associés à la retraite, selon la définition qui y est énoncée. Le pourvoi ne concerne que l'allocation de retraite.

15 Paragraph 4.4(1) of the agreement provides for the payment of a retirement allowance to former partners. It is based on a formula under which length of service with the partnership is factored

Le paragraphe 4.4(1) du contrat prévoit le versement d'une allocation de retraite aux anciens associés. Le montant en cause est fixé selon une formule qui tient compte du nombre d'années de

in together with the average of the retired partner's combined salary and share of profits during his or her best three-year period:

Retirement Allowance of Retired Partners

4.4 (1) A Partner having completed 15 Equivalent Years' Service who retires from the firm after attaining the age of 60 under the provisions of Paragraph 2.7(1) of this Agreement will be entitled to receive during his lifetime a monthly retirement allowance to commence at the end of the month following the month in which he retires computed by reference to his highest average annual combined salary and share of profits (but excluding bonuses, interest and Registered Retirement Savings Plan contributions) for any period of three consecutive years (hereinafter referred to as his "Highest Average Remuneration"), plus such amounts, if any, as may be deemed by the Executive Committee in its discretion to be appropriate to add to his Highest Average Remuneration (hereinafter referred to as the "Additional Amounts"), the amount of such monthly allowance to be calculated as follows:

1/12 x ($15,000 + 10% (Highest Average Remuneration + Additional Amounts))

It is clear from certain other provisions of the partnership agreement that this allowance is a share of the profits of the partnership. Although the allowance may have been intended as consideration for past services and for agreeing to a no-competition clause, it nevertheless constitutes income from the partnership's business.

First, the agreement defines the partnership's net profit as the gross profit less certain payments, which include those made in respect of the retirement allowance:

Net Profit

3.6 The Net Profit of the Partnership in respect of any fiscal year shall mean the Gross Profit of the Partnership for such year determined in accordance with Paragraph 3.5 hereof less:

(a) the portion thereof payable to Retired Partners for the year by way of retirement allowance under the

service de l'associé à la retraite et de la moyenne, pour les trois meilleures années consécutives, de la somme de son traitement et de sa participation aux bénéfices :

[TRADUCTION]

Allocation de retraite des associés à la retraite

4.4 (1) Un associé ayant accompli l'équivalent de 15 années de service, qui prend sa retraite après avoir atteint l'âge de 60 ans conformément au par. 2.7(1) du présent contrat, a droit, à compter de la fin du mois suivant le mois de son départ à la retraite, jusqu'à son décès, à une allocation de retraite mensuelle établie en fonction de sa rémunération annuelle moyenne la plus élevée, incluant son traitement et sa participation aux bénéfices (mais excluant les primes, les intérêts et les cotisations à un régime enregistré d'épargne-retraite), reçue au cours d'une période de trois années consécutives (« rémunération moyenne la plus élevée »), plus les sommes, le cas échéant, que le comité exécutif estime, à sa discrétion, qu'il y a lieu d'ajouter à la rémunération moyenne la plus élevée (« sommes additionnelles »). Le montant de l'allocation de retraite versé mensuellement est calculé selon la formule suivante :

1/12 x (15 000 $ + 10 % (rémunération moyenne la plus élevée + sommes additionnelles))

16 D'autres clauses du contrat de société démontrent clairement que l'allocation de retraite constitue une part des bénéfices de la société de personnes. Bien qu'elle puisse avoir été accordée censément en contrepartie des années de service passé et de la signature d'une clause de non-concurrence, elle constitue un revenu provenant de l'entreprise de la société.

17 Premièrement, le contrat définit le bénéfice net de la société comme le bénéfice brut moins certains paiements, dont les allocations de retraite :

[TRADUCTION]

Bénéfice net

3.6 Le bénéfice net de la société pour un exercice financier donné correspond au bénéfice brut de la société pour l'exercice, calculé conformément à la clause 3.5 du présent contrat, moins :

a) la portion du bénéfice brut payable pour l'exercice aux associés à la retraite sous forme d'allocation

provisions of Paragraph 4.4 hereof and similar provisions of agreements antecedent to this Agreement.

18 Second, if the gross profit is insufficient, payments to former partners may be reduced proportionately (para. 3.9). Moreover, para. 4.4(3)(b) treats the retirement allowance as a share of the gross profit. It caps such payments in any year at 15 percent of the gross profit and provides for a proportionate reduction to keep them within the cap if necessary:

(b) in the event that the total amounts receivable by all Retired Partners of the Partnership and of Woods Gordon in any year computed in the foregoing manner and in the manner provided in similar provisions of the Woods Gordon Partnership Agreement and, after giving effect to the provisions of Paragraph 3.9 of this Agreement and Paragraph 3.9 of said Woods Gordon Partnership Agreement, where applicable, would exceed 15% of the combined gross profits of the Partnership and Woods Gordon the amount receivable by each Retired Partner of the Partnership and Woods Gordon shall be reduced pro rata until the total amount receivable by all such Retired Partners is reduced in the aggregate to 15% of the combined gross profits of the Partnership and Woods Gordon.

19 Finally, the partners agreed that amounts payable in respect of the retirement allowance should be considered a share of the partnership's income for tax purposes:

Amounts Agreed to Represent Allocated Share of Income for Tax Purposes

5.5 Where in any fiscal year of the Partnership, an amount becomes payable to a Former Partner or his estate or credited to his drawing account in respect of:

(a) salary, bonus (if any) and Registered Retirement Savings Plan payments for the fiscal year of the Partnership during which he ceased to be a Partner;

(b) amounts to which he or his estate is entitled pursuant to subparagraphs (a) and (f) of Paragraph 4.0 and Paragraphs 4.2, 4.3 and 4.4 hereof; or

de retraite en application de la clause 4.4 du présent contrat et de dispositions semblables des contrats qui l'ont précédé.

Deuxièmement, si le bénéfice brut est insuffisant, les sommes versées aux anciens associés peuvent être réduites proportionnellement (clause 3.9). De plus, à l'al. 4.4(3)b), les allocations de retraite sont considérées comme une part du bénéfice brut. En vertu de cette clause, elles sont plafonnées à 15 p. 100 du bénéfice brut et, si nécessaire, elles sont réduites proportionnellement de façon à ce que ce plafond ne soit pas dépassé :

[TRADUCTION]

b) si, selon le calcul décrit dans les clauses qui précèdent et les clauses similaires du contrat de société de Woods Gordon, et après application, s'il y a lieu, de la clause 3.9 du présent contrat et de la clause 3.9 du contrat de société de Woods Gordon, le total des sommes à recevoir pour un exercice donné par l'ensemble des associés à la retraite de la société ou de Woods Gordon est supérieur à 15 % de la somme des bénéfices bruts de la société et de Woods Gordon, la somme à recevoir par chacun des associés à la retraite de la société et de Woods Gordon sera réduite proportionnellement, de manière à ce que le total des sommes à recevoir par l'ensemble des associés à la retraite corresponde à 15 % de la somme des bénéfices bruts de la société et de Woods Gordon.

Enfin, les associés ont convenu que, pour fins d'imposition, les allocations de retraite devaient être considérées comme une part des revenus de la société :

[TRADUCTION]

Montants considérés comme part des revenus attribuée pour fins d'imposition

5.5 Lorsque, au cours d'un exercice financier de la société, une somme devient payable à un ancien associé ou à sa succession ou est portée au crédit de son compte de retraits à titre de :

a) traitement, prime (le cas échéant) ou cotisation à un régime enregistré d'épargne-retraite pour l'exercice financier au cours duquel il a cessé d'être un associé;

b) somme à laquelle lui ou sa succession ont droit en application des al. a) à f) de la clause 4.0 ou des clauses 4.2, 4.3 et 4.4 du présent contrat;

(c) instalments on account of the balance of his WIP deferred income account pursuant to subparagraph (d) of Paragraph 4.0 hereof;

the Partnership shall allocate to such person or estate as his or its share of the business income of the Partnership for such fiscal year, as such income is determined for purposes of the Income Tax Act of Canada, the total of all such amounts which become payable to such person or estate or credited to his drawing account during such fiscal year.

The partnership agreement itself establishes that Mr. Dunne received a share from the profits of a partnership that carried on a business in the province of Quebec. Under the *Taxation Act*, the respondent could therefore require the appellant to pay income tax. Under s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, this was taxation within the province. The assessment was not based on a legal fiction. The *Taxation Act*'s deeming provisions, namely ss. 608, 609 and 612.1, operated to determine the portion of the appellant's income that could be allocated to the partnership's Quebec activities and the portion of the retirement allowance that could be taxed by the province of Quebec, and did not improperly expand the scope of the provincial taxing power.

V. Conclusion

For those reasons, I would answer the constitutional question in the negative and dismiss the appeal with costs.

APPENDIX

Relevant Constitutional and Statutory Provisions

Constitution Act, 1867

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

. . .

2. Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes.

c) versement en règlement du solde de son compte de revenu différé pour TEC en application de l'al. d) de la clause 4.0 du présent contrat;

la société attribue à l'ancien associé ou à sa succession, comme leur part du revenu d'entreprise de la société pour l'exercice, tel qu'il est établi pour l'application de la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada, le total des sommes susmentionnées devenues payables à l'ancien associé ou à sa succession ou créditées à son compte de retraits au cours de l'exercice financier.

Le contrat de société même établit que M. Dunne a reçu une part du bénéfice d'une société qui exerçait une entreprise au Québec. L'intimé pouvait donc obliger l'appelant à payer de l'impôt sous le régime de la *Loi sur les impôts*. Il s'agissait de taxation dans les limites de la province au sens du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'avis de cotisation ne reposait pas sur une fiction juridique. Les dispositions déterminatives de la *Loi sur les impôts*, soit les art. 608, 609 et 612.1, ont servi à établir la part du revenu de l'appelant qui pouvait être attribuée aux activités que la société a exercées au Québec et la part de l'allocation de retraite qui pouvait être imposée par la province de Québec. Elles n'ont pas eu pour effet d'étendre indûment la portée du pouvoir de taxation de la province. 20

V. Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de répondre par la négative à la question constitutionnelle et de rejeter le pourvoi avec dépens. 21

ANNEXE

Dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Loi constitutionnelle de 1867

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

. . .

2. La taxation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

Taxation Act, R.S.Q., c. I-3

25. Every individual resident in Canada but outside Québec on the last day of a taxation year shall, if the individual carried on a business in Québec at any time in the year, pay a tax on the individual's income earned in Québec for the year as determined under Part II.

The tax payable under sections 750 and 751 by an individual referred to in the first paragraph is equal to the portion of the tax that the individual would pay, but for this paragraph, under those sections on the individual's taxable income determined under section 24 if the individual were resident in Québec, that is the proportion, which shall not exceed 1, that that income earned in Québec is of the amount by which the amount that would have been the individual's income, computed without reference to section 1029.8.50, had the individual been resident in Québec on the last day of the taxation year, exceeds any amount deducted by the individual under any of sections 726.20.2, 737.16, 737.16.1, 737.21, 737.22.0.3, 737.25 and 737.28 in computing that taxable income.

. . .

600. Each member of a partnership shall compute, for a taxation year, his income, non-capital loss, net capital loss, restricted farm loss, farm loss or taxable income earned in Canada, as the case may be, as if each of the following hypotheses governing the interpretation of the provisions of this Title applied:

. . .

(*f*) subject to section 600.0.1, the income of the partnership, for a taxation year, from any source in Canada or from sources in another place is, to the extent of the taxpayer's share thereof, his income for his taxation year during which the taxation year of the partnership ends, from such source in Canada or sources situated in such other place, as the case may be;

. . .

608. For the purposes of sections 7 to 7.0.6, 217.2 to 217.16, 600, 607, 634 and 635, where the principal

Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3

25. Tout particulier résidant au Canada hors du Québec le dernier jour d'une année d'imposition doit, s'il a exercé une entreprise au Québec à un moment quelconque de l'année, payer un impôt sur son revenu gagné au Québec pour l'année, tel que déterminé en vertu de la partie II.

L'impôt à payer en vertu des articles 750 et 751 par un particulier visé au premier alinéa, est égal à la partie de l'impôt que ce particulier paierait, si l'on ne tenait pas compte du présent alinéa, en vertu de ces articles sur son revenu imposable, tel que déterminé en vertu de l'article 24 si ce particulier résidait au Québec, représentée par la proportion, laquelle ne peut excéder 1, qui existe entre ce revenu gagné au Québec et l'excédent de ce qu'aurait été son revenu, calculé sans tenir compte de l'article 1029.8.50, s'il avait résidé au Québec le dernier jour de l'année d'imposition, sur tout montant qu'il a déduit en vertu de l'un des articles 726.20.2, 737.16, 737.16.1, 737.21, 737.22.0.3, 737.25 et 737.28 dans le calcul de ce revenu imposable.

. . .

600. Chaque membre d'une société de personnes doit calculer, pour une année d'imposition, son revenu, sa perte autre qu'une perte en capital, sa perte nette en capital, sa perte agricole restreinte, sa perte agricole ou son revenu imposable gagné au Canada, le cas échéant, comme si chacune des hypothèses suivantes, qui régissent l'interprétation des dispositions du présent titre, s'appliquait :

. . .

f) sous réserve de l'article 600.0.1, le revenu de la société de personnes, pour une année d'imposition, provenant ou découlant d'une source au Canada ou de sources situées dans un autre endroit constitue, jusqu'à concurrence de la part du contribuable, le revenu de ce dernier pour son année d'imposition pendant laquelle l'année d'imposition de la société de personnes se termine, provenant de cette source au Canada ou des sources situées dans cet autre endroit, selon le cas;

. . .

608. Pour l'application des articles 7 à 7.0.6, 217.2 à 217.16, 600, 607, 634 et 635, lorsque la principale

activity of a partnership is carrying on a business in Canada and its members have entered into an agreement to allocate a share of the income or loss of the partnership from any source in Canada or from sources in another place to any person described in section 609, that person is deemed to be a member of the partnership and the amount so allocated for a particular fiscal period of the partnership shall be included in computing the person's income for the taxation year in which that fiscal period of the partnership ends.

609. The person to whom section 608 applies is:

(*a*) a taxpayer who at any time ceased to be a member of the partnership described therein or of any other partnership that has been dissolved at any time, or would, but for section 618, have been dissolved, where the members thereof or the members of a third partnership in which a member of such other partnership became a member immediately after the other partnership was dissolved, have entered into an agreement described in section 608 in favour of the taxpayer or of any person described in paragraph *b*; and

(*b*) the spouse, estate or heir of the taxpayer referred to in paragraph *a* or a person referred to in section 611.

612.1. Where a partnership carries on a business in Québec at any time during a taxation year, each taxpayer who is deemed to be a member of the partnership under section 608 is deemed, for the purposes of section 25, to carry on that business in Québec at any time during the year.

1088. The income earned in Québec, for a taxation year, by an individual contemplated in section 25 is equal to the part of the income from businesses which he carries on that is attributed in prescribed manner to an establishment in Québec, less the part of the losses of the said businesses that is attributed to such establishment.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the respondents: Veillette, Larivière, Montréal.

activité d'une société de personnes consiste à exercer une entreprise au Canada et que ses membres ont conclu une entente afin d'allouer une part du revenu ou de la perte de la société de personnes provenant ou découlant d'une source quelconque au Canada ou de sources situées dans un autre endroit à une personne décrite à l'article 609, cette personne est réputée membre de la société de personnes et doit inclure le montant ainsi alloué pour un exercice financier donné de la société de personnes dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition pendant laquelle prend fin cet exercice financier.

609. La personne à laquelle l'article 608 s'applique est :

a) un contribuable qui a cessé à un moment quelconque d'être membre de la société de personnes y décrite ou d'une autre société de personnes qui a été dissoute à un moment quelconque, ou l'aurait été en l'absence de l'article 618, lorsque les membres de celle-ci ou ceux d'une tierce société de personnes dont un membre de cette autre société de personnes est devenu membre immédiatement après la dissolution ont conclu une entente décrite à l'article 608 en faveur du contribuable ou de toute personne décrite au paragraphe *b*; et

b) le conjoint, la succession ou l'héritier du contribuable visé au paragraphe *a* ou une personne visée à l'article 611.

612.1. Lorsqu'une société de personnes exerce une entreprise au Québec à un moment quelconque d'une année d'imposition, chaque contribuable qui est réputé membre de la société de personnes en vertu de l'article 608 est réputé, pour l'application de l'article 25, exercer cette entreprise au Québec à un moment quelconque de l'année.

1088. Le revenu gagné au Québec, pour une année d'imposition, par un particulier visé à l'article 25 est égal à la partie des revenus des entreprises qu'il exerce qui est attribuable de la manière prescrite à un établissement au Québec, moins la partie des pertes desdites entreprises qui est ainsi attribuable à un tel établissement.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des intimés : Veillette, Larivière, Montréal.

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 New Brunswick: Office of the Attorney General, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Cabinet du procureur général, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of Attorney General, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général, Victoria.

Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V., Vision Corporativa y Fiscal, S.A. de C.V. and Hotelera Qualton, S.A. de C.V. *Appellants*

v.

Transat Tours Canada Inc. *Respondent*

and

Tescor, S.A. de C.V. *Appellant*

v.

Transat Tours Canada Inc. *Respondent*

and

MyTravel Canada Holidays Inc. *Appellant*

v.

Transat Tours Canada Inc. *Respondent*

INDEXED AS: IMPULSORA TURISTICA DE OCCIDENTE, S.A. DE C.V. *v.* TRANSAT TOURS CANADA INC.

Neutral citation: 2007 SCC 20.

File No.: 31456.

2007: April 25; 2007: May 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Private international law — Jurisdiction of Quebec court — Forum non conveniens — Injunction order with extraterritorial effects — Allegation of breach of contract made by Quebec travel wholesaler against Mexican company that party to contract and against three other Mexican companies that parties to breach of contract — Forum selection clause in favour of Quebec courts — Alleged damage sustained in Quebec

Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V., Vision Corporativa y Fiscal, S.A. de C.V. et Hotelera Qualton, S.A. de C.V. *Appelantes*

c.

Transat Tours Canada Inc. *Intimée*

et

Tescor, S.A. de C.V. *Appelante*

c.

Transat Tours Canada Inc. *Intimée*

et

MyTravel Canada Holidays Inc. *Appelante*

c.

Transat Tours Canada Inc. *Intimée*

RÉPERTORIÉ : IMPULSORA TURISTICA DE OCCIDENTE, S.A. DE C.V. *c.* TRANSAT TOURS CANADA INC.

Référence neutre : 2007 CSC 20.

N° du greffe : 31456.

2007 : 25 avril; 2007 : 25 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit international privé — Compétence du tribunal québécois — Forum non conveniens — Injonction à portée extraterritoriale — Allégation de bris de contrat faite par un grossiste en voyages québécois contre une société mexicaine avec qui elle a contracté et contre trois autres sociétés mexicaines qui ont participé à l'inobservation du contrat — Clause d'élection de for au contrat en faveur des tribunaux québécois — Préjudice

— Motion for injunction to require foreign companies to honour contract — Superior Court having jurisdiction to hear dispute — Difficulty enforcing injunction order with extraterritorial effects not factor affecting Superior Court's power to make order and not leading to conclusion that doctrine of forum non conveniens applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3148.

Held: The appeal should be dismissed.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3148.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dussault, Bich and Vézina JJ.A.), J.E. 2006-716, SOQUIJ AZ-50363026, [2006] Q.J. No. 2519 (QL), 2006 QCCA 413, reversing a decision of Emery J., J.E. 2005-2066, SOQUIJ AZ-50332482, [2005] Q.J. No. 12615 (QL). Appeal dismissed.

Donald Kattan, for the appellants Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V., Vision Corporativa y Fiscal, S.A. de C.V. and Hotelera Qualton, S.A. de C.V.

Stéphane Pitre, for the appellant Tescor, S.A. de C.V.

Karim Renno and *Dominic Dupoy*, for the appellant MyTravel Canada Holidays Inc.

Richard A. Hinse, *Élise Poisson* and *Bruno Verdon*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

1 THE COURT — The respondent, Transat Tours Canada Inc. ("Transat"), applied for an injunction and other remedies against the appellant Tescor, S.A. de C.V. ("Tescor") in the Quebec Superior Court. In substance, Transat alleged that Tescor, a Mexican commercial corporation, had breached an agreement under which Transat had been granted an exclusive right to lease rooms in a Puerto Vallarta hotel for three years. The contract included a forum selection clause in favour of the Quebec courts.

allégué subi au Québec — Requête en injonction pour contraindre les sociétés étrangères à respecter le contrat — Cour supérieure compétente pour entendre le litige — Difficulté d'exécution de l'injonction à portée extraterritoriale ne constitue pas un facteur affectant le pouvoir de la Cour supérieure de la prononcer ni ne permet de conclure à l'application de la doctrine du forum non conveniens — Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64, art. 3135, 3148.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 3135, 3148.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Dussault, Bich et Vézina), J.E. 2006-716, SOQUIJ AZ-50363026, [2006] J.Q. nº 2519 (QL), 2006 QCCA 413, qui a infirmé une décision du juge Emery, J.E. 2005-2066, SOQUIJ AZ-50332482, [2005] J.Q. nº 12615 (QL). Pourvoi rejeté.

Donald Kattan, pour les appelantes Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V., Vision Corporativa y Fiscal, S.A. de C.V. et Hotelera Qualton, S.A. de C.V.

Stéphane Pitre, pour l'appelante Tescor, S.A. de C.V.

Karim Renno et *Dominic Dupoy*, pour l'appelante MyTravel Canada Holidays Inc.

Richard A. Hinse, *Élise Poisson* et *Bruno Verdon*, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — L'intimée, Transat Tours Canada Inc. (« Transat »), a demandé à la Cour supérieure du Québec de prononcer contre l'appelante, Tescor, S.A. de C.V. (« Tescor »), une injonction et d'autres réparations. Essentiellement, Transat a prétendu que Tescor, une société commerciale mexicaine, n'avait pas respecté un contrat accordant à Transat le droit exclusif, pendant trois ans, de louer des chambres dans un hôtel de Puerto Vallarta. Ce contrat contenait une clause d'élection de for

Transat later asserted that three other Mexican corporations, Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V., Vision Corporativa y Fiscal, S.A. de C.V., and Hotelera Qualton, S.A. de C.V., had been parties to this breach by agreeing to make blocks of rooms available to a Canadian company, MyTravel Canada Holidays Inc. ("MyTravel"), which has a place of business in the province of Quebec. Transat impleaded MyTravel as a mise en cause under the provisions of Quebec's *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25.

In the Superior Court, the Mexican defendants, with the support of MyTravel, contested an application by Transat for a safeguard order. The appellants also brought a joint motion for declinatory exception, in which they argued that the Quebec courts lacked jurisdiction over the matter because Transat was seeking extraterritorial relief against Mexican entities that had no connections with Quebec. They also argued in the motion that, pursuant to the principle of *forum non conveniens*, which is codified in art. 3135 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, the Superior Court should decline jurisdiction and dismiss Transat's proceedings.

The Superior Court found in favour of the appellants, holding that there were no grounds for issuing a safeguard order, as Transat could be adequately compensated by a damages award. More importantly, it granted the motion for declinatory exception, holding that the relief claimed by Transat would require improper extraterritorial action by the Quebec courts, that any orders they made would be ineffective and that, at any rate, under the principle of *forum non conveniens*, the Mexican courts would be better situated to deal with the case: [2005] Q.J. No. 12615 (QL).

Transat appealed the part of the judgment in which the Superior Court had granted the motion for declinatory exception. It did not appeal the

désignant les tribunaux du Québec. Par la suite, Transat a déclaré que trois autres sociétés mexicaines, Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V., Vision Corporativa y Fiscal, S.A. de C.V., et Hotelera Qualton, S.A. de C.V., avaient elles aussi participé à l'inobservation du contrat en acceptant de mettre des groupes de chambres à la disposition de l'entreprise canadienne MyTravel Canada Holidays Inc. (« MyTravel »), laquelle possède un établissement au Québec. Transat a mis en cause MyTravel en vertu du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25.

2 En Cour supérieure, les défenderesses mexicaines — soutenues par MyTravel — ont contesté la demande d'ordonnance de sauvegarde présentée par Transat. Les appelantes ont en outre présenté conjointement une requête en exception déclinatoire dans laquelle elles affirmaient que les tribunaux québécois n'avaient pas compétence sur la question, au motif que Transat demandait une réparation à portée extraterritoriale contre des entreprises mexicaines n'ayant aucun lien avec le Québec. Les défenderesses prétendaient également dans leur requête que, suivant la règle du *forum non conveniens* prévue à l'art. 3135 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, la Cour supérieure devrait décliner compétence et rejeter l'action intentée par Transat.

3 La Cour supérieure s'est prononcée en faveur des appelantes. Elle a conclu à l'absence de motifs justifiant la délivrance d'une ordonnance de sauvegarde, jugeant que des dommages-intérêts permettraient de compenser adéquatement Transat. Facteur plus important encore, la Cour supérieure a fait droit à la requête en exception déclinatoire, estimant que la réparation demandée par Transat nécessiterait la prise par les tribunaux québécois d'une mesure à portée extraterritoriale, que leurs ordonnances resteraient sans effet et que de toute façon, suivant la règle du *forum non conveniens*, les tribunaux mexicains étaient plus à même de trancher le litige : [2005] J.Q. n° 12615 (QL).

4 Transat a fait appel de la partie du jugement de la Cour supérieure qui accueillait la requête en exception déclinatoire. Elle n'a pas contesté le rejet de

dismissal of its application for a safeguard order. Dussault J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, reversed the judgment of the Superior Court and dismissed the motion for declinatory exception ([2006] Q.J. No. 2519 (QL), 2006 QCCA 413). He found that a proper application of *forum non conveniens* led to the conclusion that the Quebec courts had jurisdiction over the matter and that it had been properly submitted to them. The effect of the Court of Appeal's judgment was that the case was remitted to the Superior Court for a possible continuation of the proceedings.

5 We are all of the view that the Court of Appeal's judgment is well founded. In our opinion, Dussault J.A. correctly applied the relevant legal principles relating to the jurisdiction of the Quebec courts and to *forum non conveniens.*

6 First, we agree with Dussault J.A. that the Superior Court had jurisdiction over the application for an injunction and other incidental relief. He stated the following, at paras. 32-36:

[TRANSLATION] I cannot accept the respondents' argument that a court of competent jurisdiction could lack the power to issue an injunction with purely extra-territorial effects.

On the one hand, article 46, paragraph 1 C.C.P. provides that "[t]he courts and judges have all the powers necessary for the exercise of their jurisdiction".

On the other hand, insofar as article 3148 C.C.Q. defines the scope of the jurisdiction of Quebec courts under private international law and as, in the instant case, the Superior Court has jurisdiction pursuant to subparagraph (3) of the first paragraph of that article to decide the dispute, that court has the power to issue an injunction against the respondents.

The possibility that the Superior Court would have difficulty sanctioning a failure to comply with its orders does not affect its power to issue an injunction. As Barclay J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench pointed out, "[a]lthough the Courts are reluctant to grant injunctions against parties not within the jurisdiction, the power does exist" (*Super Seamless Steel Siding of Canada Ltd. v. Eastside Machine Co.* (1993), 103 Sask. R. 293, at para. [47], citing Robert J. Sharpe,

sa demande d'ordonnance de sauvegarde. Le juge Dussault, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel, a infirmé la décision de la Cour supérieure et rejeté la requête en exception déclinatoire ([2006] J.Q. nº 2519 (QL), 2006 QCCA 413). Il a jugé que, si l'on applique adéquatement la règle du *forum non conveniens*, il faut conclure que les tribunaux québécois avaient compétence sur la question et en avaient été régulièrement saisis. Par suite de ce jugement, l'affaire a été renvoyée à la Cour supérieure en vue de l'éventuelle poursuite de l'instance.

Nous sommes tous d'avis que l'arrêt de la Cour d'appel est bien fondé. Selon nous, le juge Dussault a bien appliqué les principes juridiques pertinents en ce qui concerne la compétence des tribunaux du Québec et la règle du *forum non conveniens.*

Premièrement, nous souscrivons à la conclusion du juge Dussault selon laquelle la Cour supérieure avait compétence pour connaître de la demande d'injonction et autre réparation accessoire. Ce dernier a dit ceci, aux par. 32 à 36 de ses motifs :

Je ne peux retenir l'argument des intimées selon lequel une Cour compétente pourrait ne pas avoir le pouvoir d'émettre une ordonnance d'injonction à portée purement extraterritoriale.

D'une part, l'article 46, alinéa 1 C.p.c. énonce que « [l]es tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence ».

D'autre part, dans la mesure où l'article 3148 C.c.Q. définit l'étendue de la compétence des tribunaux québécois en droit international privé et qu'en l'espèce la Cour supérieure est compétente en vertu du paragraphe 3° du premier alinéa de cet article pour trancher le litige, elle a le pouvoir d'émettre une ordonnance d'injonction contre les intimées.

Que la Cour supérieure puisse avoir de la difficulté à sanctionner un éventuel non-respect de ses ordonnances ne constitue pas un facteur affectant son pouvoir d'émettre une ordonnance d'injonction. Ainsi que le souligne le juge Barclay de la [Cour du Banc de la Reine] de la Saskatchewan, [TRADUCTION] « [b]ien que les tribunaux soient réticents à prononcer des injonctions visant des parties à l'extérieur de leur ressort, ils possèdent effectivement le pouvoir de le faire » (*Super Seamless*

Injunctions and Specific Performance, Toronto, Canada Law Book, 1983, at para. 123, and loose-leaf edition, 2005, at para. 1.1190).

Rather, it is when the court exercises its discretion under article 3135 C.C.Q., which authorizes it, "[e]ven though [it] has jurisdiction to hear a dispute, . . . exceptionally and on an application by a party, [to] decline jurisdiction if it considers that the authorities of another country are in a better position to decide", that it will have to take difficulties in sanctioning a failure to comply with the requested order into consideration (I.C.F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, Scarborough, Carswell, 1984, at p. 38).

We also agree with Dussault J.A. on the application of the doctrine of *forum non conveniens*. He held that the Superior Court had, by focussing on the difficulties that would arise in enforcing any orders it made, failed to consider the relevant factors in the analysis. In this respect, we think it will be helpful to reproduce the following comments of Dussault J.A., at paras. 39 and 40 of his reasons:

[TRANSLATION] Contrary to MyTravel's submission, it is my view that in determining the most appropriate forum to hear the dispute, the trial judge did not weigh the 10 criteria developed by the courts and did not consider from a purely theoretical perspective the question of the Superior Court's power to issue an injunction order with extraterritorial effects. On the contrary, his decision to grant the motions to dismiss the respondents' action on the basis of *forum non conveniens* was founded solely on his conclusion that he did not have the power to issue such an order.

Since that conclusion was incorrect, the decision based on it was also incorrect. As a result, I cannot accept the respondents' argument that the trial judge judiciously exercised his discretion to decline jurisdiction either.

It is also worth mentioning that Tescor had made a choice in favour of the Quebec's courts and laws. Moreover, any orders made by the Superior Court would have an effect on MyTravel. The Superior Court appears to have conflated the problem of the

Steel Siding of Canada Ltd. v. Eastside Machine Co. (1993), 103 Sask. R. 293, au paragr. [47], se reportant à Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, Canada Law Book, 1983, au paragr. 123 et Looseleaf Edition, 2005, au paragr. 1.1190).

C'est plutôt lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 3135 C.c.Q. qui lui permet, « [b]ien qu'elle soit compétente pour connaître d'un litige, [. . .] exceptionnellement et à la demande d'une partie, [de] décliner cette compétence si elle estime que les autorités d'un autre État sont mieux à même de trancher le litige » qu'elle aura à tenir compte des difficultés liées à la sanction d'un éventuel non-respect de l'ordonnance recherchée (I.C.F. Spry, *The Principles of Equitable Remedies*, Scarborough, Carswell, 1984, à la p. 38).

7 Deuxièment, nous souscrivons également à la conclusion du juge Dussault sur l'application de la règle du *forum non conveniens*. Ce dernier a en effet jugé que, en s'attachant aux difficultés que présenterait la mise à exécution de ses ordonnances, la Cour supérieure avait omis de tenir compte des facteurs pertinents dans son analyse. À cet égard, nous estimons qu'il est utile de citer les commentaires suivants faits par le juge Dussault aux par. 39 et 40 de ses motifs :

En effet, contrairement à ce que MyTravel plaide, j'estime que lors de sa détermination du forum le plus approprié pour entendre le litige, le juge de première instance n'a pas procédé à un exercice de pondération des 10 critères développés par la jurisprudence et n'a pas traité de façon purement théorique la question du pouvoir de la Cour supérieure d'émettre une injonction à portée extraterritoriale. Au contraire, sa décision d'accueillir les requêtes en rejet d'action des intimées sur la base du *forum non conveniens* se fonde uniquement sur sa conclusion qu'il n'a pas le pouvoir d'émettre une telle ordonnance.

Cette conclusion étant erronée, la décision qu'elle fonde l'est également. Je ne peux donc davantage retenir l'argument des intimées selon lequel le juge de première instance aurait judicieusement usé de son pouvoir discrétionnaire pour décliner compétence.

8 Il convient également de souligner que Tescor avait choisi de se soumettre aux lois et tribunaux du Québec. Qui plus est, toute ordonnance rendue par la Cour supérieure aurait des incidences sur MyTravel. La Cour supérieure semble avoir associé

jurisdiction of the Quebec courts with the question of the execution of their judgments in a foreign jurisdiction under the relevant rules of private international law.

9 There were no grounds for denying or declining the jurisdiction of the Quebec courts over the litigation between the parties to this appeal. As the only issue before us is that of jurisdiction, we will refrain from expressing any views on the merits of Transat's proceedings, which remain to be determined in the Superior Court.

10 For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V., Vision Corporativa y Fiscal, S.A. de C.V. and Hotelera Qualton, S.A. de C.V.: Péloquin Kattan, Montréal.

Solicitors for the appellant Tescor, S.A. de C.V.: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the appellant MyTravel Canada Holidays Inc.: Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Solicitors for the respondent: Lavery, de Billy, Montréal.

la question de la compétence des tribunaux québécois à celle de l'exécution de leurs jugements dans un ressort étranger en application des règles pertinentes du droit international privé.

Aucun motif ne justifiait de nier ou de décliner la compétence des tribunaux québécois à l'égard du litige qui oppose les parties au présent pourvoi. N'étant saisis que de la question de la compétence, nous nous abstenons d'exprimer quelque opinion sur le bien-fondé de l'action intentée par Transat, laquelle doit être tranchée par la Cour supérieure.

Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes Impulsora Turistica de Occidente, S.A. de C.V., Vision Corporativa y Fiscal, S.A. de C.V. et Hotelera Qualton, S.A. de C.V. : Péloquin Kattan, Montréal.

Procureurs de l'appelante Tescor, S.A. de C.V. : Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs de l'appelante MyTravel Canada Holidays Inc. : Osler, Hoskin & Harcourt, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Lavery, de Billy, Montréal.

Attorney General of British Columbia *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Dugald E. Christie *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of New Brunswick, Attorney General of Manitoba, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General for Saskatchewan, Canadian Bar Association and Law Society of British Columbia *Interveners*

Procureur général de la Colombie-Britannique *Appelant/intimé au pourvoi incident*

c.

Dugald E. Christie *Intimé/appelant au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général du Manitoba, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de la Saskatchewan, Association du Barreau canadien et Law Society of British Columbia *Intervenants*

INDEXED AS: BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) *v.* CHRISTIE

Neutral citation: 2007 SCC 21.

File No.: 31324.

2007: March 21; 2007: May 25.

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

RÉPERTORIÉ : COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* CHRISTIE

Référence neutre : 2007 CSC 21.

N° du greffe : 31324.

2007 : 21 mars; 2007 : 25 mai.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Access to justice — Rule of law — Provincial tax on legal services — Whether tax unconstitutional because it infringes right to access to justice of low-income persons — Whether there is a general constitutional right to counsel in court or tribunal proceedings dealing with a person's rights and obligations — Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, c. 24.

British Columbia's *Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993* imposed a 7 percent tax on the

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

Droit constitutionnel — Accès à la justice — Primauté du droit — Taxe provinciale sur les services juridiques — La taxe est-elle inconstitutionnelle au motif qu'elle porterait atteinte au droit d'accès à la justice des personnes à faible revenu? — Existe-t-il un droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur les droits et obligations d'une personne? — Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, ch. 24.

La *Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993* de la Colombie-Britannique impose une taxe de 7 pour

purchase price of legal services ostensibly to fund legal aid in the province. C, a litigation lawyer, challenged the constitutionality of the legal service tax, claiming that the net effect of the tax was to make it impossible for some of his low-income clients to retain him to pursue their claims. The chambers judge found that the tax breached a fundamental constitutional right to access to justice for low-income persons and declared it unconstitutional to that extent. The majority of the Court of Appeal upheld the decision.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

The impugned provincial legislation is constitutional. While the text of the Constitution, the jurisprudence and the historical understanding of the rule of law do not foreclose the possibility that a right to counsel may be recognized in specific and varied situations, they do not support the conclusion that there is a general constitutional right to counsel in proceedings before courts and tribunals dealing with rights and obligations. The right to access the courts is not absolute and a legislature has the power under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* to impose at least some conditions on how and when people have a right to access the courts. General access to legal services is also not a currently recognized aspect of, or a precondition to, the rule of law. If the reference to the rule of law implied the right to counsel in relation to all proceedings where rights and obligations are at stake, then s. 10(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides for a right to retain and instruct counsel and to be informed of that right "on arrest or detention", would be redundant. The fact that s. 10(*b*) does not exclude a finding of a constitutional right to legal assistance in other situations, notably under s. 7 of the *Charter*, does not support a general right to legal assistance whenever a matter of rights and obligations is before a court or tribunal. The right to counsel outside the s. 10(*b*) context is a case-specific multi-factored enquiry. [17] [21] [24-25] [27]

Cases Cited

Considered: *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; **referred to:** *John Carten Personal Law Corp. v. British Columbia*

100 sur le prix d'achat des services juridiques, censément pour financer l'aide juridique dans la province. C, un avocat plaideur, a contesté la constitutionnalité de cette taxe, affirmant qu'elle avait pour effet concret d'empêcher certains de ses clients à faible revenu de retenir ses services pour faire valoir leurs droits. La juge en chambre a conclu que la taxe portait atteinte à un droit constitutionnel fondamental garantissant l'accès à la justice aux personnes à faible revenu et a, dans cette mesure, déclaré la taxe inconstitutionnelle. La Cour d'appel a confirmé cette décision à la majorité.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

La mesure législative provinciale contestée est constitutionnelle. Bien que le texte de la Constitution, la jurisprudence et la façon dont la primauté du droit a toujours été comprise n'excluent pas la possibilité qu'un droit à l'assistance d'un avocat soit reconnu dans diverses situations bien précises, ils ne permettent pas de conclure à l'existence d'un droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur des droits et des obligations. Le droit à l'accès aux tribunaux n'est pas absolu et les assemblées législatives ont le pouvoir, en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d'imposer à tout le moins certaines conditions quant aux modalités d'exercice de ce droit. De plus, l'accès général aux services juridiques n'est pas considéré actuellement comme un aspect ou une condition préalable de la primauté du droit. Si la mention de la primauté du droit supposait l'existence du droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre de toutes procédures où des droits et des obligations sont en jeu, l'al. 10*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — qui reconnaît à chacun le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit « en cas d'arrestation ou de détention » — serait redondant. Le fait que l'al. 10*b*) n'exclue pas qu'on puisse conclure à l'existence d'un droit constitutionnel à l'assistance juridique dans d'autres situations, notamment pour l'application de l'art. 7 de la *Charte*, ne signifie pas qu'il existe un droit général à l'assistance juridique dans tous les cas où un tribunal judiciaire ou administratif doit statuer sur des droits et des obligations. Hors du contexte de l'al. 10*b*), le droit à l'assistance d'un avocat doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas en fonction de plusieurs facteurs. [17] [21] [24-25] [27]

Jurisprudence

Arrêt considéré : *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; **arrêts mentionnés :** *John Carten Personal Law*

(Attorney General) (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 181, leave to appeal denied, [1998] 2 S.C.R. viii; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235; *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(*b*).
Constitution Act, 1867, s. 92(14).
Constitution Act, 1982, preamble.
Social Service Tax Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, c. 22.
Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, c. 24.

Authors Cited

Comment. "An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation" (1964), 73 *Yale L.J.* 1000.
Finkelstein, Marie. *The Right to Counsel.* Toronto: Butterworths, 1988.
Tarnopolsky, Walter S. "The Lacuna in North American Civil Liberties — The Right to Counsel in Canada" (1967), 17 *Buff. L. Rev.* 145.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse, Donald, Newbury and Thackray JJ.A.) (2005), 262 D.L.R. (4th) 51, 48 B.C.L.R. (4th) 267, 136 C.R.R. (2d) 323, [2006] 2 W.W.R. 610, [2005] B.C.J. No. 2745 (QL), 2005 BCCA 631, upholding a decision of Koenigsberg J. (2005), 250 D.L.R. (4th) 728, 39 B.C.L.R. (4th) 17, 127 C.R.R. (2d) 141, [2005] 7 W.W.R. 169, [2005] B.C.J. No.

Corp. c. British Columbia (Attorney General) (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 181, autorisation de pourvoi refusée, [1998] 2 R.C.S. viii; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10*b*).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14).
Loi constitutionnelle de 1982, préambule.
Social Service Tax Amendment Act, 1992, S.B.C. 1992, ch. 22.
Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, ch. 24.

Doctrine citée

Comment. « An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation » (1964), 73 *Yale L.J.* 1000.
Finkelstein, Marie. *The Right to Counsel.* Toronto : Butterworths, 1988.
Tarnopolsky, Walter S. « The Lacuna in North American Civil Liberties — The Right to Counsel in Canada » (1967), 17 *Buff. L. Rev.* 145.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse, Donald, Newbury et Thackray) (2005), 262 D.L.R. (4th) 51, 48 B.C.L.R. (4th) 267, 136 C.R.R. (2d) 323, [2006] 2 W.W.R. 610, [2005] B.C.J. No. 2745 (QL), 2005 BCCA 631, qui a confirmé une décision de la juge Koenigsberg (2005), 250 D.L.R. (4th) 728, 39 B.C.L.R. (4th) 17, 127 C.R.R. (2d) 141, [2005] 7 W.W.R. 169, [2005]

217 (QL), 2005 BCSC 122. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

George H. Copley, Q.C., and *Jonathan Penner*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Darrell W. Roberts, Q.C., *Robin D. Bajer* and *Linda H. Nguyen*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Graham R. Garton, Q.C., and *David Jacyk*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and *Shannon Chace-Hall*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Brigitte Bussières and *Gilles Laporte*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Diana M. Cameron, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Written submissions only by *Ruth M. DeMone*, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Graeme G. Mitchell, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

J. J. Camp, Q.C., and *Melina Buckley*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Josiah Wood, Q.C., and *Joanne R. Lysyk*, for the intervener the Law Society of British Columbia.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Background

1 In 1993, British Columbia enacted the *Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993*, S.B.C. 1993, c. 24, imposing a 7 percent tax on the purchase price of legal services. The purpose of the tax was said to be to fund legal aid in the province.

B.C.J. No. 217 (QL), 2005 BCSC 122. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

George H. Copley, c.r., et *Jonathan Penner*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident.

Darrell W. Roberts, c.r., *Robin D. Bajer* et *Linda H. Nguyen*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Graham R. Garton, c.r., et *David Jacyk*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et *Shannon Chace-Hall*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brigitte Bussières et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Diana M. Cameron, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Argumentation écrite seulement par *Ruth M. DeMone*, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Graeme G. Mitchell, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

J. J. Camp, c.r., et *Melina Buckley*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Josiah Wood, c.r., et *Joanne R. Lysyk*, pour l'intervenante Law Society of British Columbia.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Contexte

En 1993, la Colombie-Britannique a édicté la *Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993*, S.B.C. 1993, ch. 24, qui impose une taxe de 7 pour 100 sur le prix d'achat des services juridiques. Cette taxe avait pour objet, dit-on, de financer l'aide

However, the tax collected is put into general revenue, and it is difficult to ascertain how much (if any) of the tax collected is put towards legal aid, or other initiatives aimed at increasing access to justice. The legal profession is the only profession in British Columbia whose services are taxed in this way.

juridique dans la province. Toutefois, les sommes perçues sont versées au Trésor, et il est difficile de déterminer quelle proportion de cette taxe est éventuellement affectée au financement de l'aide juridique ou à d'autres initiatives favorisant l'accès à la justice. En Colombie-Britannique, la profession juridique est la seule profession libérale dont les services sont ainsi taxés.

This case is the latest in a series of challenges to the tax and its predecessor, the *Social Service Tax Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, c. 22. It was brought by Mr. Dugald Christie, a litigation lawyer who worked with poor and low income people in Vancouver. Mr. Christie was consumed by a passion to provide legal services to those at the margins of society. It was a passion that ultimately took his life; last year, on a cross-Canada bicycle trip to raise funds for the cause, he was struck and killed on a stretch of highway near Sault Ste. Marie, Ontario.

2 La présente affaire est la plus récente d'une série de contestations visant la validité de la taxe et de celle qui l'a précédée, qui avait été instaurée par la *Social Service Tax Amendment Act, 1992*, S.B.C. 1992, ch. 22. L'action a été intentée par M. Dugald Christie, un avocat plaideur qui travaillait auprès des démunis et des personnes à faible revenu à Vancouver. Fournir des services juridiques aux personnes vivant en marge de la société était une véritable passion pour M. Christie, passion qui lui a finalement coûté la vie. En effet, l'année dernière, pendant qu'il traversait le Canada à vélo en vue de recueillir des fonds pour la cause, il a été mortellement happé sur une route du nord près de Sault Ste. Marie en Ontario.

Mr. Christie's action to have the legal services tax declared unconstitutional was rooted in his experience of the effects of the tax on his practice. Mr. Christie charged low fees. His net income in the years 1991 to 1999 did not exceed $30,000 per year. Often his clients were not able to pay the bills he rendered for legal services, either on time or at all. Yet the Act required him to submit the tax to government even though the fees on which it had been levied had not been paid. Mr. Christie's small income made this difficult. On March 10, 1997, the government sent Mr. Christie a demand notice. A few days later, without ascertaining the reason for non-payment or attempting to work out a payment schedule, the province seized $972.11 from Mr. Christie's bank account. It seized a further $5,349.64 in December 1997. Mr. Christie stopped practising law and did not resume the practice until July 2000.

3 C'est en raison des effets de la taxe sur les services juridiques sur sa pratique que M. Christie s'est adressé aux tribunaux pour la faire déclarer inconstitutionnelle. Monsieur Christie demandait des honoraires peu élevés pour ses services. De 1991 à 1999, son revenu net annuel n'a pas dépassé 30 000 $. Il arrivait fréquemment que ses clients soient incapables d'acquitter ses honoraires dans le délai voulu ou même qu'ils ne soient pas en mesure de le faire du tout. Pourtant, la Loi obligeait M. Christie à remettre la taxe au fisc, même si les honoraires sur lesquels elle était établie n'avaient pas été réglés, ce qui lui était difficile vu son faible revenu. Le 10 mars 1997, le gouvernement a fait parvenir à M. Christie une mise en demeure de paiement. Quelques jours plus tard, sans chercher à connaître les raisons du non-paiement ni tenter de négocier un calendrier de paiement, la province a saisi la somme de 972,11 $ sur le compte bancaire de M. Christie. Elle a saisi une somme additionnelle de 5 349,64 $ en décembre 1997. Monsieur Christie a alors cessé de pratiquer le droit et n'a recommencé à le faire qu'en juillet 2000.

4 In addition to problems associated with paying the tax, Mr. Christie asserted that the need to set up an accounting system to administer the tax added to the cost and effort of maintaining his practice and providing services to his poor and low income clients.

5 Mr. Christie claimed that the net effect of the tax was to make it impossible for some of his clients to retain him to pursue their claims. He filed affidavits from these clients and himself so stating. The chambers judge found that this had been proved on a balance of probabilities:

> Mr. Christie deposes and I find as a fact, based on all of the evidence presented, that some of Mr. Christie's clients could not obtain needed legal services if Mr. Christie did not act for them. Further, I find as a fact that if Mr. Christie were to charge them his hourly rate plus the social services tax, they could not pay him. I also find that if Mr. Christie is not paid the minimum amount which he charges, in most of his cases he could not continue to practice law, thus denying those individuals access to justice.
>
> As a result, I infer that the imposition of the social service tax, does in fact deny access to justice in some cases of low income persons. [Emphasis deleted.]

((2005), 250 D.L.R. (4th) 728, at paras. 82-83)

6 The chambers judge held, following the decision of the British Columbia Court of Appeal in *John Carten Personal Law Corp. v. British Columbia (Attorney General)* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 181 (C.A.), leave to appeal denied, [1998] 2 S.C.R. viii, that there was a fundamental constitutional right to access to justice. She found the legal services tax breached that right for low-income persons and that the breach was not justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, she declared that the Act was *ultra vires* the province to the extent that it applies to legal services provided for low income persons, as defined by the Family Duty Counsel Program.

Outre les problèmes relatifs au paiement de la taxe, M. Christie a fait valoir que la nécessité de mettre en place le système comptable nécessaire pour l'administrer ajoutait aux coûts et aux efforts qu'exigeaient le maintien de sa pratique et la prestation de services à des clients démunis et à faible revenu.

Monsieur Christie a soutenu que la taxe avait pour effet concret d'empêcher certains de ses clients de retenir ses services pour faire valoir leurs droits. Il a déposé à ce sujet des affidavits souscrits par les clients en question et par lui-même. La juge en chambre a conclu que ce point avait été établi selon la prépondérance des probabilités :

> [TRADUCTION] Selon la déposition de M. Christie — et à la lumière de l'ensemble de la preuve présentée je tiens ce fait pour avéré —, certains des clients de ce dernier ne pourraient pas obtenir des services juridiques dont ils ont besoin s'il ne les représentait pas. De plus, je tiens pour avéré que, si M. Christie leur demandait de payer la taxe pour les services sociaux en plus de son tarif horaire, ils seraient dans l'impossibilité de le payer. Je conclus aussi que, si M. Christie ne reçoit pas les modestes honoraires qu'il réclame, dans la plupart des causes dont il s'occupe il ne pourrait pas continuer à pratiquer le droit, ce qui priverait les personnes concernées de l'accès à la justice.
>
> Par conséquent, je conclus que l'imposition de la taxe pour les services sociaux empêche dans les faits certaines personnes à faible revenu d'avoir accès à la justice. [Soulignement omis.]

((2005), 250 D.L.R. (4th) 728, par. 82-83)

La juge en chambre a suivi l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *John Carten Personal Law Corp. c. British Columbia (Attorney General)* (1997), 40 B.C.L.R. (3d) 181 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [1998] 2 R.C.S. viii, et a conclu à l'existence d'un droit constitutionnel fondamental garantissant l'accès à la justice. Elle a jugé que la taxe sur les services juridiques portait atteinte à ce droit dans le cas des personnes à faible revenu et que cette atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a en conséquence déclaré la Loi *ultra vires* de la province dans la mesure où elle vise des services juridiques fournis à des personnes à faible revenu, selon la définition du Family Duty Counsel Program.

The majority of the Court of Appeal, *per* Newbury J.A., accepted the chambers judge's findings as well as her legal conclusion that there is a fundamental constitutional right to core aspects of access to justice: (2005), 262 D.L.R. (4th) 51, 2005 BCCA 631. It defined the protected core as follows:

> ... I propose as a working definition the meaning which in my opinion represents the most basic, or core, aspects of access to justice as a constitutional principle — i.e., reasonable and effective access to courts of law and the opportunity to obtain legal services from qualified professionals, that are related to the determination and interpretation of legal rights and obligations by courts of law or other independent tribunals. [Emphasis added; para. 30.]

On this basis, the majority upheld the chambers judge's conclusion that the legal services tax breached this right and was unconstitutional.

The dissent, *per* Southin J.A., rejected the majority's conclusion that there is a general constitutional right to legal services in determining and interpreting legal rights before courts and tribunals. No such right can be deduced from the phrase "rule of law" in the preamble to the *Constitution Act, 1982*, nor from any other feature of the Constitution. The tax was a valid exercise of the province's taxation power and the courts, in the dissent's view, had no power to declare it unconstitutional.

The province of British Columbia appeals from the decision of the majority of the Court of Appeal and asks that this Court set aside the order declaring the legal services tax to be unconstitutional.

II. Analysis

The respondent's claim is for effective access to the courts which, he states, necessitates legal

7 Les juges majoritaires de la Cour d'appel, sous la plume de la juge Newbury, ont accepté les conclusions de la juge en chambre, y compris sa conclusion de droit selon laquelle il existe un droit constitutionnel fondamental garantissant certains aspects essentiels de l'accès à la justice : (2005), 262 D.L.R. (4th) 51, 2005 BCCA 631. La majorité a défini ainsi les aspects essentiels bénéficiant de cette protection :

> [TRADUCTION] ... je propose, comme définition *ad hoc*, la signification qui à mon avis recouvre les aspects les plus fondamentaux ou essentiels de l'accès à la justice en tant que principe constitutionnel : un accès raisonnable et effectif aux tribunaux et la possibilité d'obtenir, de la part de professionnels compétents, des services juridiques en vue de la détermination et de l'interprétation de droits et obligations juridiques par les tribunaux judiciaires ou d'autres tribunaux indépendants. [Nous soulignons; par. 30.]

Sur ce fondement, la majorité a confirmé la conclusion de la juge en chambre selon laquelle la taxe sur les services juridiques portait atteinte au droit en question et était inconstitutionnelle.

8 Les juges dissidents, sous la plume de la juge Southin, ont rejeté la conclusion de la majorité selon laquelle il existe un droit constitutionnel général garantissant l'accès à des services juridiques pour la détermination et l'interprétation de droits juridiques par les tribunaux judiciaires et administratifs. Aucun droit de cette nature ne saurait être inféré de l'expression « primauté du droit » figurant dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ni de quelque autre élément de la Constitution. Selon les juges dissidents, en imposant la taxe contestée la province a exercé validement ses pouvoirs en matière de taxation et les tribunaux n'ont pas le pouvoir de déclarer cette taxe inconstitutionnelle.

9 La province de la Colombie-Britannique se pourvoit contre la décision de la majorité de la Cour d'appel et demande à notre Cour d'annuler l'ordonnance déclarant inconstitutionnelle la taxe sur les services juridiques.

II. Analyse

10 L'intimé revendique un accès effectif aux tribunaux, accès qui selon lui nécessite l'obtention de

services. This is asserted not on a case-by-case basis, but as a general right. What is sought is the constitutionalization of *a particular type of* access to justice — access aided by a lawyer where rights and obligations are at stake before a court or tribunal (Court of Appeal, at para. 30). In order to succeed, the respondent must show that the Canadian Constitution mandates this particular form or quality of access. The question is whether he has done so. In our view, he has not.

11 We take as our starting point the definition of the alleged constitutional principle offered by the majority of the Court of Appeal (para. 30) — the right to be represented by a lawyer in court or tribunal proceedings where a person's legal rights and obligations are at stake, in order to have effective access to the courts or tribunal proceedings.

12 We will first discuss what the proposed right entails. We will then ask whether the right, thus described, is prescribed by the Constitution.

13 This general right to be represented by a lawyer in a court or tribunal proceedings where legal rights or obligations are at stake is a broad right. It would cover almost all — if not all — cases that come before courts or tribunals where individuals are involved. Arguably, corporate rights and obligations would be included since corporations function as vehicles for individual interests. Moreover, it would cover not only actual court proceedings, but also related legal advice, services and disbursements. Although the respondent attempted to argue otherwise, the logical result would be a constitutionally mandated legal aid scheme for virtually all legal proceedings, except where the state could show this is not necessary for effective access to justice.

services juridiques par les justiciables. Il ne revendique pas un droit qui s'appliquerait au cas par cas, mais un droit de nature générale. Ce qui est recherché, c'est la constitutionnalisation d'*un type particulier* d'accès à la justice — l'accès à la justice, avec l'assistance d'un avocat, lorsque des droits et des obligations sont en jeu devant un tribunal judiciaire ou administratif (Cour d'appel, par. 30). Pour avoir gain de cause, l'intimé doit démontrer que la Constitution canadienne garantit cette forme ou cette qualité d'accès en particulier. Il s'agit de décider s'il a fait cette démonstration. À notre avis, il n'y est pas parvenu.

La définition qu'a donnée la Cour d'appel du principe constitutionnel (par. 30) — à savoir le droit d'une personne d'être représentée par un avocat devant un tribunal judiciaire ou administratif lorsque ses droits et obligations juridiques sont en jeu, de façon à bénéficier d'un accès effectif aux tribunaux — constitue le point de départ de notre analyse.

Nous examinerons d'abord les incidences du droit en cause, puis nous nous demanderons si ce droit, tel qu'il a été décrit, est prescrit par la Constitution.

Ce droit général d'être représenté par un avocat devant un tribunal judiciaire ou administratif lorsque des droits ou des obligations juridiques sont en jeu a une large portée. Il s'appliquerait à presque toutes — sinon toutes — les causes concernant des particuliers dont sont saisis les tribunaux judiciaires ou administratifs. Peut-être même que les droits et obligations des personnes morales pourraient également être visés, puisque celles-ci servent de véhicules à des intérêts individuels. De plus, ce droit s'appliquerait non seulement aux procédures judiciaires comme telles, mais également aux conseils, services et débours juridiques connexes. Bien que l'intimé ait tenté de démontrer le contraire, il en résulterait logiquement un régime d'aide juridique imposé par la Constitution et applicable à la quasi-totalité des procédures judiciaires, sauf dans les cas où l'État pourrait démontrer que cela n'est pas nécessaire pour assurer un accès effectif à la justice.

This Court is not in a position to assess the cost to the public that the right would entail. No evidence was led as to how many people might require state-funded legal services, or what the cost of those services would be. However, we do know that many people presently represent themselves in court proceedings. We also may assume that guaranteed legal services would lead people to bring claims before courts and tribunals who would not otherwise do so. Many would applaud these results. However, the fiscal implications of the right sought cannot be denied. What is being sought is not a small, incremental change in the delivery of legal services. It is a huge change that would alter the legal landscape and impose a not inconsiderable burden on taxpayers.

14 La Cour n'est pas en mesure de déterminer les coûts que ce droit impliquerait pour les contribuables. Aucune preuve n'a été présentée quant au nombre de personnes susceptibles d'avoir besoin de services juridiques financés par l'État ou quels seraient les coûts de tels services. Toutefois, nous savons qu'actuellement bien des gens se représentent eux-mêmes devant les tribunaux. Nous pouvons également présumer que l'existence de services juridiques garantis inciterait des personnes qui autrement ne le feraient pas à s'adresser aux tribunaux judiciaires et administratifs. Bien qu'il s'agisse certes d'un résultat auquel bien des gens applaudiraient, on ne saurait cependant faire abstraction des incidences fiscales du droit revendiqué. Ce qui est demandé n'est pas un léger changement progressif touchant la prestation de services juridiques, mais au contraire un changement considérable, qui modifierait le paysage juridique et imposerait un fardeau non négligeable aux contribuables.

The next question is whether the Constitution supports the right contended for. In support of this contention, two arguments are made.

15 La prochaine question consiste à se demander si le droit en cause trouve appui dans la Constitution. Deux arguments sont avancés à cet égard.

First, it is argued that access to justice is a fundamental constitutional right that embraces the right to have a lawyer in relation to court and tribunal proceedings. This argument is based on *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, where this Court affirmed a constitutional right to access the courts, which was breached by pickets impeding access. It is argued that a tax on legal services, like pickets, prevents people from accessing the courts. It follows, the argument concludes, that a tax on legal services also violates the right to access the courts and justice.

16 Premièrement, on fait valoir que l'accès à la justice est un droit constitutionnel fondamental qui englobe le droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre de procédures devant les tribunaux judiciaires et administratifs. Cet argument est basé sur l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, dans lequel notre Cour a reconnu l'existence d'un droit constitutionnel garantissant l'accès aux tribunaux, droit qui avait été violé par suite d'activités de piquetage entravant l'accès aux palais de justice. On soutient que, à l'instar des piquets de grève, une taxe sur les services juridiques empêche les citoyens d'avoir accès aux tribunaux. Il s'ensuit, conclut-on, qu'une telle taxe sur les services juridiques viole aussi le droit d'accès aux tribunaux et à la justice.

The right affirmed in *B.C.G.E.U.* is not absolute. The legislature has the power to pass laws in relation to the administration of justice in the province under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. This implies the power of the province to impose at least some conditions on how and when people have a

17 Le droit reconnu dans *B.C.G.E.U.* n'est pas absolu. Les assemblées législatives ont le pouvoir, en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d'adopter des lois relatives à l'administration de la justice dans la province. Ce pouvoir comporte celui d'imposer à tout le moins certaines

right to access the courts. Therefore *B.C.G.E.U.* cannot stand for the proposition that every limit on access to the courts is automatically unconstitutional.

18 A second argument is that the right to have a lawyer in cases before courts and tribunals dealing with rights and obligations is constitutionally protected, either as an aspect of the rule of law, or a precondition to it.

19 The rule of law is a foundational principle. This Court has described it as "a fundamental postulate of our constitutional structure" (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 142) that "lie[s] at the root of our system of government" (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 70). It is explicitly recognized in the preamble to the *Constitution Act, 1982*, and implicitly recognized in s. 1 of the *Charter*, which provides that the rights and freedoms set out in the *Charter* are "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". And, as this Court recognized in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 750, it is implicit in the very concept of a constitution.

20 The rule of law embraces at least three principles. The first principle is that the "law is supreme over officials of the government as well as private individuals, and thereby preclusive of the influence of arbitrary power": *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 748. The second principle "requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws which preserves and embodies the more general principle of normative order": *ibid.*, at p. 749. The third principle requires that "the relationship between the state and the individual . . . be regulated by law": *Reference re Secession of Quebec*, at para. 71. (See also *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, at para. 58; *Charkaoui*

conditions quant aux modalités d'accès aux tribunaux. L'arrêt *B.C.G.E.U.* ne permet pas d'affirmer que toute limite à l'accès aux tribunaux est automatiquement inconstitutionnelle.

Deuxièmement, on plaide que le droit à l'assistance d'un avocat lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur des droits et des obligations est un droit qui est protégé par la Constitution, soit en tant qu'aspect de la primauté du droit, soit en tant que préalable de la primauté du droit.

La primauté du droit est un principe fondateur. Notre Cour y a vu [TRADUCTION] « un des postulats fondamentaux de notre structure constitutionnelle » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 142) qui « sont à la base de notre système de gouvernement » (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70). La primauté du droit est reconnue expressément dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1982*; elle est aussi reconnue implicitement à l'article premier de la *Charte*, aux termes duquel les droits et libertés énoncés dans la *Charte* « 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 ». De plus, comme notre Cour l'a reconnu dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 750, elle est inhérente au concept même de constitution.

La primauté du droit recouvre au moins trois principes. Le premier, c'est que « le droit est au-dessus des autorités gouvernementales aussi bien que du simple citoyen et exclut, par conséquent, l'influence de l'arbitraire » : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 748. Suivant le deuxième, « la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif » : *ibid.*, p. 749. Enfin, selon le troisième principe, « les rapports entre l'État et les individus doivent être régis par le droit » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 71. (Voir aussi *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC

v. Canada (Citizenship and Immigration), [2007] 1 S.C.R. 350, 2007 SCC 9, at para. 134.)

It is clear from a review of these principles that general access to legal services is not a currently recognized aspect of the rule of law. However, in *Imperial Tobacco*, this Court left open the possibility that the rule of law may include additional principles. It is therefore necessary to determine whether general access to legal services in relation to court and tribunal proceedings dealing with rights and obligations is a fundamental aspect of the rule of law.

Before examining this question, it is important to note that this Court has repeatedly emphasized the important role that lawyers play in ensuring access to justice and upholding the rule of law: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 187; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, at p. 1265; *Fortin v. Chrétien*, [2001] 2 S.C.R. 500, 2001 SCC 45, at para. 49; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, [2001] 3 S.C.R. 113, 2001 SCC 67, at para. 43; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 209, 2002 SCC 61, at paras. 64-68, *per* LeBel J. (dissenting in part but not on this point). This is only fitting. Lawyers are a vital conduit through which citizens access the courts, and the law. They help maintain the rule of law by working to ensure that unlawful private and unlawful state action in particular do not go unaddressed. The role that lawyers play in this regard is so important that the right to counsel in some situations has been given constitutional status.

The issue, however, is whether *general* access to legal services in relation to court and tribunal proceedings dealing with rights and obligations is a fundamental aspect of the rule of law. In our view, it is not. Access to legal services is fundamentally important in any free and democratic society. In some cases, it has been found essential

49, par. 58; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, 2007 CSC 9, par. 134.)

21 Il ressort nettement de l'examen de ces principes que, à l'heure actuelle, l'accès général aux services juridiques n'est pas considéré comme un aspect de la primauté du droit. Dans *Imperial Tobacco*, toutefois, notre Cour n'a pas écarté la possibilité que la primauté du droit puisse englober d'autres principes. Il est donc nécessaire de décider si l'accès général à des services juridiques lors de procédures de tribunaux judiciaires ou administratifs portant sur des droits et des obligations constitue un aspect fondamental de la primauté du droit.

22 Avant d'examiner cette question, il importe de mentionner que notre Cour a à maintes reprises souligné l'importance du rôle que les avocats sont appelés à jouer pour favoriser l'accès à la justice et le respect de la primauté du droit : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, p. 1265; *Fortin c. Chrétien*, [2001] 2 R.C.S. 500, 2001 CSC 45, par. 49; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, [2001] 3 R.C.S. 113, 2001 CSC 67, par. 43; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209, 2002 CSC 61, par. 64-68, le juge LeBel (dissident en partie, mais non sur cette question). On ne saurait s'en étonner. Les avocats sont des intermédiaires essentiels permettant aux citoyens d'avoir accès aux tribunaux et au droit. Ils aident au maintien de la primauté du droit en s'efforçant de faire en sorte que les actes illégaux des citoyens et les actes illégaux de l'État en particulier ne restent pas sans réponse. Le rôle des avocats à ce chapitre est à ce point important que le droit à l'assistance d'un avocat s'est, dans certains cas, vu accorder un statut constitutionnel.

23 Toutefois, la question qu'il nous faut trancher est celle de savoir si l'accès *général* à des services juridiques lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur des droits et des obligations constitue un aspect fondamental de la primauté du droit. Selon nous, ce n'est pas le cas. Certes, l'accès à des services juridiques revêt

to due process and a fair trial. But a review of the constitutional text, the jurisprudence and the history of the concept does not support the respondent's contention that there is a broad general right to legal counsel as an aspect of, or precondition to, the rule of law.

24 The text of the *Charter* negates the postulate of the general constitutional right to legal assistance contended for here. It provides for a right to legal services in one specific situation. Section 10(*b*) of the *Charter* provides that everyone has the right to retain and instruct counsel, and to be informed of that right "on arrest or detention". If the reference to the rule of law implied the right to counsel in relation to all proceedings where rights and obligations are at stake, s. 10(*b*) would be redundant.

25 Section 10(*b*) does not exclude a finding of a constitutional right to legal assistance in other situations. Section 7 of the *Charter*, for example, has been held to imply a right to counsel as an aspect of procedural fairness where life, liberty and security of the person are affected: see *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. But this does not support a general right to legal assistance whenever a matter of rights and obligations is before a court or tribunal. Thus in *New Brunswick*, the Court was at pains to state that the right to counsel outside of the s. 10(*b*) context is a case-specific multi-factored enquiry (see para. 86).

26 Nor has the rule of law historically been understood to encompass a general right to have a lawyer in court or tribunal proceedings affecting rights and obligations. The right to counsel was

une importance fondamentale dans toute société libre et démocratique. Dans certains cas, cet accès a été jugé essentiel à l'application régulière de la loi et à un procès équitable. Mais ni le texte de la Constitution, ni la jurisprudence, ni l'histoire du concept n'étayent la thèse de l'intimé selon laquelle il existe un droit général à l'assistance d'un avocat qui constituerait un aspect ou une condition préalable de la primauté du droit.

Le texte de la *Charte* contredit le postulat du droit constitutionnel général à l'assistance juridique invoqué en l'espèce. La *Charte* prévoit en effet l'accès à des services juridiques dans une situation bien précise : selon l'al. 10*b*), chacun a le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit « en cas d'arrestation ou de détention ». Si la mention de la primauté du droit supposait l'existence du droit à l'assistance d'un avocat dans le cadre de toutes procédures où des droits et des obligations sont en jeu, l'al. 10*b*) serait redondant.

L'alinéa 10*b*) n'exclut pas qu'on puisse conclure à l'existence d'un droit constitutionnel à l'assistance juridique dans d'autres situations. Il a par exemple été jugé que l'art. 7 de la *Charte* suppose l'existence d'un droit à l'assistance d'un avocat en tant qu'aspect de l'équité procédurale lorsque la vie, la liberté ou à la sécurité de la personne est en jeu : voir *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46. Mais cela ne signifie pas qu'il existe un droit général à l'assistance juridique dans tous les cas où un tribunal judiciaire ou administratif doit statuer sur des droits et des obligations. Ainsi, dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick*, la Cour a bien pris soin de préciser que, hors du contexte de l'al. 10*b*), le droit à l'assistance d'un avocat doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas en fonction de plusieurs facteurs (voir le par. 86).

Historiquement, la primauté du droit n'a pas non plus été considérée comme comportant le droit général d'être représenté par un avocat lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs

historically understood to be a limited right that extended only, if at all, to representation in the criminal context: M. Finkelstein, *The Right to Counsel* (1988), at pp. 1-4 to 1-6; W. S. Tarnopolsky, "The Lacuna in North American Civil Liberties — The Right to Counsel in Canada" (1967), 17 *Buff. L. Rev.* 145; Comment, "An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation" (1964), 73 *Yale L.J.* 1000, at p. 1018.

We conclude that the text of the Constitution, the jurisprudence and the historical understanding of the rule of law do not foreclose the possibility that a right to counsel may be recognized in specific and varied situations. But at the same time, they do not support the conclusion that there is a general constitutional right to counsel in proceedings before courts and tribunals dealing with rights and obligations.

This conclusion makes it unnecessary to inquire into the sufficiency of the evidentiary basis on which the plaintiff bases his claim. However, a comment on the adequacy of the record may not be amiss, in view of the magnitude of what is being sought — the striking out of an otherwise constitutional provincial tax. Counsel for Mr. Christie argued before us that the state cannot constitutionally add a cost to the expense of acquiring counsel to obtain access to justice when that cost serves no purpose in furthering justice. This assumes that there is a direct and inevitable causal link between any increase in the cost of legal services and retaining a lawyer and obtaining access to justice. However, as the Attorney General of British Columbia points out, the economics of legal services may be affected by a complex array of factors, suggesting the need for expert economic evidence to establish that the tax will in fact adversely affect access to justice. Without getting into the adequacy of the record in this case, we note that this Court has cautioned against deciding constitutional cases without an adequate evidentiary record: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 762 and 767-68, *per* Dickson C.J.; *MacKay v.*

portant sur des droits et des obligations. Le droit à l'assistance d'un avocat a toujours été perçu comme un droit restreint, tout au plus applicable dans le contexte du droit criminel : M. Finkelstein, *The Right to Counsel* (1988), p. 1-4 à 1-6; W. S. Tarnopolsky, « The Lacuna in North American Civil Liberties — The Right to Counsel in Canada » (1967), 17 *Buff. L. Rev.* 145; Commentaire, « An Historical Argument for the Right to Counsel During Police Interrogation » (1964), 73 *Yale L.J.* 1000, p. 1018.

27 Nous concluons que le texte de la Constitution, la jurisprudence et la façon dont la primauté du droit a toujours été comprise n'excluent pas la possibilité qu'un droit à l'assistance d'un avocat soit reconnu dans diverses situations bien précises. Mais ils ne permettent pas pour autant de conclure à l'existence d'un droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur des droits et des obligations.

28 Du fait de cette conclusion, point n'est besoin de se demander si la preuve sur laquelle le demandeur fait reposer son action est suffisante. Il n'est sans doute pas inopportun, toutefois, de formuler quelques commentaires quant au caractère adéquat du dossier, vu l'importance du résultat recherché — l'annulation d'une taxe provinciale par ailleurs constitutionnelle. L'avocat de M. Christie a plaidé, devant nous, que l'État ne pouvait pas, au regard de la Constitution, ajouter des frais qui ne servent d'aucune façon à favoriser la justice aux coûts déjà requis pour retenir les services d'un avocat afin d'avoir accès à la justice. Cet argument suppose l'existence d'un rapport de causalité direct et inéluctable entre toute majoration du coût des services juridiques et le fait de retenir les services d'un avocat et d'obtenir accès à la justice. Cependant, comme le souligne le procureur général de la Colombie-Britannique, le coût des services juridiques est susceptible d'être influencé par un éventail complexe de facteurs, ce qui tend à faire ressortir la nécessité d'obtenir, de la part d'experts, des éléments de preuve de nature financière visant à établir que la taxe entravera concrètement l'accès à la justice. Sans nous interroger sur le caractère

Manitoba, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099.

III. Conclusion

29 Notwithstanding our sympathy for Mr. Christie's cause, we are compelled to the conclusion that the material presented does not establish the major premise on which the case depends — proof of a constitutional entitlement to legal services in relation to proceedings in courts and tribunals dealing with rights and obligations.

30 We would allow the appeal and dismiss the cross-appeal, without costs.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Miller Thomson, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

adéquat du dossier en l'espèce, nous tenons cependant à signaler que notre Cour a déjà indiqué qu'il faut se garder de statuer sur des litiges constitutionnels en l'absence d'un dossier factuel adéquat : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 762 et 767-768, le juge en chef Dickson; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, p. 361; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, p. 1099.

III. Conclusion

Malgré la sympathie que nous éprouvons pour la cause de M. Christie, nous sommes obligés de conclure que les éléments qui nous ont été présentés n'établissent pas la principale prémisse dont dépend l'issue du présent pourvoi — la preuve de l'existence d'un droit constitutionnel à des services juridiques lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur des droits et des obligations.

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident, le tout sans dépens.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Miller Thomson, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Law Society of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Law Society of British Columbia : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Standard of review — Standard applicable to decision of grievance arbitrator regarding conflict between s. 119, para. 2 of Police Act and s. 116(6) of Cities and Towns Act — Standard applicable to that arbitrator's decision regarding interpretation of s. 119, para. 2 and its application to facts — Whether arbitrator's decisions should be subject to different standards of review — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

LÉVIS (CITY) v. FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC., 591

2. Judicial review — Standard of review — Canadian Transportation Agency ordering VIA Rail to modify 13 economy coach cars and 17 service cars to make them personal wheelchair accessible — Standard of review applicable to Agency's decision — Whether preliminary jurisdictional question subject to different standard of review — Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 172.

COUNCIL OF CANADIANS WITH DISABILITIES v. VIA RAIL CANADA INC., 650

APPEALS

Supreme Court of Canada — Evidence — Assessment — Whether Supreme Court should consider evidence ignored by trial judge and make final determination rather than sending case back to trial.

MADSEN ESTATE v. SAYLOR, 838

CIVIL PROCEDURE

Costs — Advance costs — Whether requirements to award advance costs met.

LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM v. CANADA (COMMISSIONER OF CUSTOMS AND REVENUE), 38

CONSTITUTIONAL LAW

1. Remedy — Restitution — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether Crown immune from claims for recovery of ultra vires taxes — Whether such claims must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

KINGSTREET INVESTMENTS LTD. v. NEW BRUNSWICK (FINANCE), 3

2. Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to prompt review of detention — Immigration — Removal — Detention of foreign nationals automatic upon issuance of certificate stating they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether detention without warrant or lack of review of detention until 120 days after reasonableness of certificate judicially confirmed infringes guarantee against arbitrary detention — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9, 10(c).

CHARKAOUI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 350

3. Charter of Rights — Cruel and unusual treatment — Fundamental justice — Immigration — Extended period of detention pending removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Immigration legislation permitting lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions — Whether legislation constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.

CHARKAOUI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 350

4. Charter of Rights — Right to equality — Immigration — Removal — Whether deportation scheme applicable only to non-citizens infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

CHARKAOUI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 350

CONSTITUTIONAL LAW — Continued

5. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Fair hearing — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge reviewing reasonableness of certificate must ensure confidentiality of information on which certificate is based if disclosure would be injurious to national security — Named persons in certificates denied opportunity to known case put against them — Whether named persons deprived of their right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether limit imposed on named persons' constitutional right justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

CHARKAOUI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 350

6. Rule of law — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge's determination on reasonableness of certificate final — Whether unavailability of appeal infringes rule of law — Whether rule of law prohibits automatic detention or detention on basis of executive decision.

CHARKAOUI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 350

7. Charter of Rights — Equality rights — Sexual orientation — Survivorship pensions — Whether estate has standing to advance equality rights claim on behalf of deceased survivor — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 60(2).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. HISLOP, 429

8. Charter of Rights — Equality rights — Sexual orientation — Survivorship pensions — Whether provisions of Canada Pension Plan limiting eligibility for survivor benefits to same-sex partners of deceased contributors who died on or after January 1, 1998 infringe right to equality — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C. 1985, c. C-8, ss. 44(1.1), 72.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. HISLOP, 429

9. Remedy — Retroactive remedy — Circumstances under which courts may limit retroactive remedy — Constitution Act, 1982, s. 52.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. HISLOP, 429

10. Charter of Rights — Freedom of expression — Federal elections — Premature transmission of results — Federal elections legislation prohibiting dissemination of election results from one electoral district to another if polling stations in that other district still open — Whether temporary ban on publication of election results infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Canada Elections Act, S.C. 2000, c. 9, s. 329.

R. v. BRYAN, 527

11. Charter of Rights — Reasonable limit — Sufficiency of evidence adduced by government to justify infringement of constitutional right — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.

R. v. BRYAN, 527

12. Taxation — Provincial taxation power — Partner retiring from partnership — Retired partner not residing in Quebec or carrying on any business there from which he drew income — Quebec taxing percentage of retired partner's retirement allowance equivalent to percentage of partnership's total income earned in province — Whether impugned provisions of Taxation Act amounting to extraterritorial extension of province's taxing power — Constitution Act, 1867, s. 92(2) — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 608, 609, 612.1.

DUNNE v. QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE), 853

13. Access to justice — Rule of law — Provincial tax on legal services — Whether tax unconstitutional because it infringes right to access to justice of low-income persons — Whether there is a general constitutional right to counsel in court or tribunal proceedings dealing with a person's rights and obligations — Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, c. 24.

BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL) v. CHRISTIE, 873

CONSTITUTIONAL LAW — Concluded

CONTRACTS

Tenders — City's tender specifying maximum age of equipment to be used on project — Contract awarded to lower bidder whose equipment was not all 1980 or newer — City informed by rival bidder prior to awarding of contract that lower bidder did not comply with 1980 equipment requirement — Information not investigated by City — Whether City accepted non-compliant bid — Whether City had duty to investigate if equipment met tender specifications — Whether contract awarded on terms other than those set out in tender documents — Whether City violated its duty to rival bidder by permitting

CONTRACTS — Concluded

successful bidder to supply pre-1980 equipment — Whether City's pre-award negotiations with bidders amounted to "bid shopping".

DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. v. EDMONTON (CITY), 116

COURTS

1. Appellate courts — Jurisdiction — Husband found in contempt of court for failure to secure support obligations with irrevocable letter of credit and to post security for costs — Husband appealing finding to Court of Appeal — Court of Appeal would have had discretion to refuse to entertain appeal based on record showing husband's continuing disobedience with court orders — Preliminary question whether to entertain appeal now moot.

DICKIE v. DICKIE, 346

2. Jurisdiction — Enforcement of orders — Contempt order — Husband found in contempt of court for failure to secure support obligations with irrevocable letter of credit and to post security for costs — Motions judge having jurisdiction to make contempt order because neither security order amounted to order of "payment of money" within meaning of Rule 60.11 of Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194.

DICKIE v. DICKIE, 346

3. Federal Court — In rem jurisdiction — Section 43(2) of Federal Courts Act granting in rem jurisdiction "against the ship, aircraft or other property that is the subject of the action" — Meaning of expression "subject of the action" — "Physical nexus" approach to interpretation of s. 43(2) to be rejected in favour of "identifiability" approach — Cargo "subject of the action" if cargo designated in contract of affreightment alleged to be breached — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 43(2).

PHOENIX BULK CARRIERS LTD. v. KREMIKOVTZI TRADE, 588

CRIMINAL LAW

1. Appeals — Power of appellate court — Unreasonable verdict — Police discretion — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Whether verdict unreasonable — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. BEAUDRY, 190

2. Obstructing justice — Elements of offence — Police officer convicted of obstructing justice for deliberately failing to take breath samples needed to lay impaired driving charge against fellow officer — Relationship between offence of obstructing justice and police discretion — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 139(2).

R. v. BEAUDRY, 190

3. Appeals — Powers of Court of Appeal — No substantial wrong or miscarriage of justice — Accused convicted of second degree murder of girlfriend — Whether trial judge erred in admitting post-hypnosis and similar fact evidence — If so, whether curative proviso applicable to uphold conviction — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. TROCHYM, 239

4. Evidence — Admissibility — Post-hypnosis evidence — Whether post-hypnosis evidence presumptively inadmissible for evidentiary purposes — Whether such evidence satisfies test for admissibility of novel scientific evidence.

R. v. TROCHYM, 239

5. Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of second degree murder of girlfriend — Around time of murder neighbour hearing man banging on door to victim's apartment and eventually hearing door open to admit him — Accused's former girlfriend testifying that following their breakup two years earlier accused returned to her apartment and banged on door demanding entry but she did not open door — Whether trial judge erred in admitting similar fact evidence — Whether evidence of sufficient probative value to outweigh its prejudicial effect.

R. v. TROCHYM, 239

6. Evidence — Admissibility — Confessions — Voluntariness — Accused and his girlfriend arrested — Accused confesses to robberies after requesting lenient treatment for girlfriend and being permitted to visit with her — Whether statements voluntary — Whether trial judge applied correct test in admitting statements.

R. v. SPENCER, 500

7. Defences — Defence of property.

R. v. MCKAY, 793

GIFTS

Gratuitous transfer from parent to child — Presumption of advancement — Whether presumption applies between mother and child — Whether presumption applies only to transfers made between parent and minor child.

PECORE v. PECORE, 795

HUMAN RIGHTS

Right to equality — Duty to accommodate — Role of collective agreement in assessment of employer's duty to accommodate.

McGILL UNIVERSITY HEALTH CENTRE (MONTREAL GENERAL HOSPITAL) v. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL, 161

IMMIGRATION LAW

Inadmissibility and removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether scheme under which certificates issued and detentions ordered constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 77 to 85.

CHARKAOUI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION), 350

LABOUR RELATIONS

Collective agreement — Clause regarding loss of employment in event of extended absence — Employer's duty to accommodate — Employee unable to return to work after three-year absence owing to health problems — Clause of collective agreement providing that employee to lose job after three-year absence by reason of illness — Whether arbitrator may, in assessing employer's duty to accommodate, consider period provided for in collective agreement.

McGILL UNIVERSITY HEALTH CENTRE (MONTREAL GENERAL HOSPITAL) v. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL, 161

LEGISLATION

Interpretation — Conflicting legislation — Whether s. 116(6) of Cities and Towns Act and s. 119, para. 2 of Police Act are incompatible where separate sanctions they provide for upon conviction for criminal offence apply to municipal police officer — If so, which provision has precedence over the other — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

LÉVIS (CITY) v. FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC., 591

MARITIME LAW

Action in rem against cargo — Cargo owner entering into contract of affreightment with carrier but shipping cargo on vessel operated by another company — Carrier bringing in rem action against cargo — Federal Court of Appeal erred in striking in rem statement of claim and in setting aside arrest warrant of cargo — Arrested cargo "property . . . subject of the action" within meaning of s. 43(2) of Federal Courts Act — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 43(2).

PHOENIX BULK CARRIERS LTD. v. KREMIKOVTZI TRADE, 588

MUNICIPAL LAW

Persons disqualified from municipal employment — Municipal police officer convicted of criminal offences — Cities and Towns Act providing for automatic five-year disqualification of municipal employee convicted of criminal offence — Whether that sanction applies to municipal police officer concurrently with disciplinary sanction of dismissal provided for in Police Act — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6) — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2.

LÉVIS (CITY) v. FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC., 591

POLICE

Persons excluded from profession — Disciplinary sanction — Municipal police officer dismissed after being convicted of criminal offences — Arbitrator substituting another sanction for dismissal pursuant to specific circumstances exception provided for in s. 119, para. 2 of Police Act — Whether arbitrator wrong to conclude that s. 116(6) of Cities and Towns Act, which provides for automatic five-year disqualification of municipal employee convicted of criminal offence, was inapplicable — Whether arbitrator wrong to conclude that police officer had shown that there were specific circumstances that justified sanction other than dismissal — Police Act, R.S.Q., c. P-13.1, s. 119, para. 2 — Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19, s. 116(6).

LÉVIS (CITY) v. FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC., 591

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Jurisdiction of Quebec court — Forum non conveniens — Injunction order with extraterritorial effects — Allegation of breach of contract made by Quebec travel wholesaler against

PRIVATE INTERNATIONAL LAW — Concluded

Mexican company that party to contract and against three other Mexican companies that parties to breach of contract — Forum selection clause in favour of Quebec courts — Alleged damage sustained in Quebec — Motion for injunction to require foreign companies to honour contract — Superior Court having jurisdiction to hear dispute — Difficulty enforcing injunction order with extraterritorial effects not factor affecting Superior Court's power to make order and not leading to conclusion that doctrine of forum non conveniens applicable — Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 3135, 3148.

IMPULSORA TURISTICA DE OCCIDENTE, S.A. DE C.V. v. TRANSAT TOURS CANADA INC., 867

RESTITUTION

1. Defences — Passing-on defence — Protest and compulsion exception — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether passing-on defence applicable to deny recovery — Whether taxpayers' payments made under protest and compulsion recoverable.

KINGSTREET INVESTMENTS LTD. v. NEW BRUNSWICK (FINANCE), 3

2. Unjust enrichment — Ultra vires taxes — Taxpayers seeking reimbursement of user charges paid pursuant to ultra vires legislation — Whether taxpayers' claims for recovery of ultra vires taxes must be analysed on basis of constitutional principles rather than unjust enrichment.

KINGSTREET INVESTMENTS LTD. v. NEW BRUNSWICK (FINANCE), 3

TAXATION

Income tax — Partner retiring from partnership — Nature of retirement allowance — Quebec taxing percentage of retired partner's retirement allowance equivalent to percentage of partnership's total income earned in province — Retired partner not residing in Quebec or carrying on any business there from which he drew income — Whether province exceeded its taxing power — Whether Revenu Québec's assessment should be vacated — Constitution Act, 1867, s. 92(2) — Taxation Act, R.S.Q., c. I-3, ss. 608, 609, 612.1.

DUNNE v. QUEBEC (DEPUTY MINISTER OF REVENUE), 853

TORTS

1. Negligence — Product liability — Causation — Plaintiff badly burned when hot water poured into gasoline tank of ice-resurfacing machine caused explosion and fire — Plaintiff alleging negligent design of machine — Whether trial judge should have considered comparative blameworthiness of parties — Whether trial judge erred in applying "but for" test rather than "material contribution" test to determine causation.

RESURFICE CORP. v. HANKE, 333

2. Negligence — Product liability — Foreseeability — Plaintiff badly burned when hot water poured into gasoline tank of ice-resurfacing machine caused explosion and fire — Plaintiff alleging negligent design of machine — Whether trial judge gave adequate analytical emphasis to evidence concerning placement and marking of gas and water tanks — Whether trial judge erred in failing to consider policy factors in determining foreseeability.

RESURFICE CORP. v. HANKE, 333

TRANSPORTATION LAW

Railways — Duty to accommodate passengers with disabilities — VIA Rail purchasing rail cars — Canadian Transportation Agency ordering VIA Rail to modify 13 economy coach cars and 17 service cars to make them personal wheelchair accessible — Whether accommodation imposing undue hardship on VIA Rail — Whether Agency's decision ordering VIA Rail to retrofit some of its newly purchased cars patently unreasonable — Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 172.

COUNCIL OF CANADIANS WITH DISABILITIES v. VIA RAIL CANADA INC., 650

WILLS AND ESTATES

1. Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Nature of survivorship in context of joint accounts.

PECORE v. PECORE, 795

2. Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Evidence to be considered in ascertaining transferor's intention — Whether evidence of intention that arises subsequent to transfer should be excluded.

PECORE v. PECORE, 795

WILLS AND ESTATES — Continued

3. Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Whether assets in joint accounts to be included in father's estate upon his death — Whether presumption of resulting trust rebutted — Whether presumption of advancement applicable — Standard of proof applicable to rebut presumptions.

PECORE V. PECORE, 795

WILLS AND ESTATES — Concluded

4. Joint bank and investment accounts with right of survivorship — Presumptions of resulting trust and advancement — Father gratuitously placing assets in joint accounts with daughter — Whether assets held in joint accounts to be included in father's estate upon his death — Whether presumption of resulting trust rebutted — Whether presumption of advancement applicable.

MADSEN ESTATE V. SAYLOR, 838

INDEX

APPELS

Cour suprême du Canada — Preuve — Appréciation — La Cour suprême devrait-elle examiner les éléments de preuve dont la juge de première instance n'a pas tenu compte et rendre une décision définitive plutôt que de renvoyer l'affaire pour la tenue d'une nouvelle instruction?

SUCCESSION MADSEN C. SAYLOR, 838

CONTRATS

Appels d'offres — Appel d'offres de la Ville précisant l'année de fabrication à respecter pour les machines à utiliser pour le projet — Contrat adjugé au soumissionnaire le moins-disant, dont les machines n'étaient pas toutes des modèles 1980 ou plus récents — La Ville a été informée par un soumissionnaire rival avant l'adjudication du contrat que le soumissionnaire le moins-disant n'a pas respecté l'exigence requérant que les machines soient des modèles 1980 — Information non vérifiée par la Ville — La Ville a-t-elle accepté une soumission non conforme? — La Ville avait-elle l'obligation de vérifier si les machines étaient conformes au cahier des charges de l'appel d'offres? — Le contrat a-t-il été adjugé à des conditions autres que celles énoncées dans les documents d'appel d'offres? — La Ville a-t-elle manqué à son obligation envers un soumissionnaire rival en permettant au soumissionnaire retenu de fournir des machines antérieures à 1980? — Les négociations entreprises par la Ville avant l'adjudication du contrat constituent-elles du marchandage de soumissions?

DOUBLE N EARTHMOVERS LTD. C. EDMONTON (VILLE), 116

DONS

Transfert à titre gratuit en faveur d'un enfant — Présomption d'avancement — Cette présomption s'applique-t-elle entre une mère et son enfant? — La présomption s'applique-t-elle uniquement aux transferts en faveur d'un enfant mineur?

PECORE C. PECORE, 795

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Norme applicable à la décision d'un arbitre de griefs en ce qui a trait à un conflit entre l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police et l'art. 116(6) de la Loi sur les cités et villes — Norme applicable à la décision de cet arbitre en ce qui a trait à l'interprétation de l'art. 119, al. 2 et son application aux faits — Faut-il assujettir les décisions de l'arbitre à des normes de contrôle différentes? — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

LÉVIS (VILLE) C. FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC., 591

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Office des transports du Canada ordonnant à VIA Rail de modifier 13 voitures-coach de la classe économique et 17 voitures de service afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels — Norme de contrôle applicable à la décision de l'Office — Une question préliminaire de compétence est-elle assujettie à une norme de contrôle différente? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 172.

CONSEIL DES CANADIENS AVEC DÉFICIENCES C. VIA RAIL CANADA INC., 650

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Réparation — Restitution — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — La Couronne bénéficie-t-elle d'une immunité à l'égard des actions en remboursement de taxes ultra vires? — Ces actions doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

KINGSTREET INVESTMENTS LTD. C. NOUVEAU-BRUNSWICK (FINANCES), 3

2. Charte des droits — Détention arbitraire — Droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention — Immigration — Renvoi — Détention automatique des étrangers dès la délivrance d'un certificat attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — La mise en détention sans mandat ou l'absence de contrôle de la détention pendant 120 jours suivant la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat violent-elles le droit à la protection contre la déten-

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

tion arbitraire? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10c).

CHARKAOUI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 350

3. Charte des droits — Droit à l'égalité — Immigration — Renvoi — Un régime d'expulsion applicable seulement aux non-citoyens porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

CHARKAOUI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 350

4. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Audition équitable — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Juge saisi de l'examen du caractère raisonnable du certificat tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale — Personnes désignées dans les certificats privées de la possibilité de connaître la preuve pesant contre elles — L'atteinte portée au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes désignées est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Si non, l'atteinte au droit constitutionnel des personnes désignées est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

CHARKAOUI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 350

5. Charte des droits — Traitement cruel et inusité — Justice fondamentale — Immigration — Période de détention prolongée en attente du renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Loi sur l'immigration permettant la détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période — La loi impose-t-elle un traitement cruel et inusité ou est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.

CHARKAOUI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 350

6. Primauté du droit — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat définitive — L'absence de droit d'appel est-elle contraire à la primauté du droit? — La primauté du droit interdit-elle la détention automatique ou la détention fondée sur une décision de l'exécutif?

CHARKAOUI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 350

DROIT CONSTITUTIONNEL — Suite

7. Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de survivant — La succession d'un conjoint survivant décédé a-t-elle qualité pour faire valoir les droits à l'égalité du défunt? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 60(2).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HISLOP, 429

8. Charte des droits — Droits à l'égalité — Orientation sexuelle — Pension de survivant — Les dispositions du Régime de pensions du Canada limitant l'admissibilité à la pension de survivant du conjoint de même sexe d'un cotisant décédé le 1er janvier 1998 ou par la suite violent-elles le droit à l'égalité? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 44(1.1), 72.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HISLOP, 429

9. Réparation — Réparation rétroactive — Circonstances dans lesquelles le tribunal peut limiter la portée rétroactive de la réparation — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. HISLOP, 429

10. Charte des droits — Liberté d'expression — Élections fédérales — Transmission prématurée des résultats — Législation sur les élections fédérales interdisant la diffusion de résultats électoraux dans les circonscriptions dont les bureaux de scrutin sont encore ouverts — L'interdiction temporaire de publier des résultats électoraux porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi électorale du Canada, L.C. 2000, ch. 9, art. 329.

R. C. BRYAN, 527

11. Charte des droits — Limite raisonnable — Caractère suffisant de la preuve présentée par le gouvernement pour justifier l'atteinte à un droit constitutionnel — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.

R. C. BRYAN, 527

12. Fiscalité — Pouvoir de taxation des provinces — Départ à la retraite d'un associé d'une société de personnes — Associé à la retraite qui ne réside pas au Québec et n'y exerce aucune entreprise dont il aurait tiré un revenu — Imposition par le Québec d'un pourcentage de l'allocation de retraite de l'associé correspondant au pourcentage du revenu total de la société gagné dans la province — Les dispositions contestées de la Loi sur les impôts donnent-elles une portée extraterritoriale au pouvoir de taxation de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2) — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 608, 609, 612.1.

DUNNE C. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU), 853

DROIT CONSTITUTIONNEL — Fin

13. Accès à la justice — Primauté du droit — Taxe provinciale sur les services juridiques — La taxe est-elle inconstitutionnelle au motif qu'elle porterait atteinte au droit d'accès à la justice des personnes à faible revenu? — Existe-t-il un droit constitutionnel général à l'assistance d'un avocat lors de procédures de tribunaux judiciaires et administratifs portant sur les droits et obligations d'une personne? — Social Service Tax Amendment Act (No. 2), 1993, S.B.C. 1993, ch. 24.

COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CHRISTIE, 873

DROIT CRIMINEL

1. Appels — Pouvoir d'une cour d'appel — Verdict déraisonnable — Pouvoir discrétionnaire d'un policier — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Le verdict est-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. c. BEAUDRY, 190

2. Entrave à la justice — Éléments de l'infraction — Policier déclaré coupable d'entrave à la justice pour avoir omis délibérément de recueillir les échantillons d'haleine nécessaires au dépôt éventuel d'une accusation de conduite en état d'ébriété contre un confrère — Relation entre l'infraction d'entrave à la justice et le pouvoir discrétionnaire d'un policier — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 139(2).

R. c. BEAUDRY, 190

3. Appels — Pouvoirs de la cour d'appel — Aucun tort important ni erreur judiciaire grave — Accusé déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa petite amie — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant un témoignage posthypnotique et une preuve de faits similaires? — Dans l'affirmative, la condamnation peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. c. TROCHYM, 239

4. Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable du meurtre au deuxième degré de sa petite amie — Vers l'heure du meurtre, une voisine a entendu un homme frapper à grands coups à la porte de l'appartement de la victime, puis quelqu'un lui ouvrir la porte — Ancienne petite amie témoignant que deux ans auparavant, après sa rupture avec elle, l'accusé était retourné à son appartement et avait frappé à grands coups à sa porte en la sommant de le laisser entrer, sans qu'elle lui ouvre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant la preuve de faits similaires? — La valeur probante de ce témoignage l'emporte-t-elle sur son effet préjudiciable?

R. c. TROCHYM, 239

5. Preuve — Admissibilité — Témoignage posthypnotique — Le témoignage posthypnotique est-il présumé inadmissible pour l'établissement de la preuve? — Ce type de preuve satisfait-il au critère d'admissibilité d'une preuve issue d'une science nouvelle?

R. c. TROCHYM, 239

6. Preuve — Admissibilité — Confessions — Caractère volontaire — Arrestation de l'accusé et de sa petite amie — Accusé confesse des vols qualifiés après avoir demandé un traitement clément pour son amie et avoir obtenu de la rencontrer — Les déclarations étaient-elles volontaires? — Le juge du procès a-t-il appliqué le bon critère en admettant les déclarations?

R. c. SPENCER, 500

7. Moyens de défense — Défense de biens.

R. c. MCKAY, 793

DROIT DE L'IMMIGRATION

Interdiction de territoire et renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Le régime régissant la délivrance de certificats et la détention est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10c), 12, 15 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 77 à 85.

CHARKAOUI c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION), 350

DROIT DES TRANSPORTS

Chemins de fer — Obligation d'accommoder les voyageurs ayant une déficience — Achat de voitures de chemin de fer par VIA Rail — Office des transports du Canada ordonnant à VIA Rail de modifier 13 voitures-coach de la classe économique et

DROIT DES TRANSPORTS — Fin

17 voitures de service afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels — Cette mesure d'accommodement impose-t-elle une contrainte excessive à VIA Rail? — La décision de l'Office enjoignant à VIA Rail de réaménager certaines de ses voitures nouvellement acquises est-elle manifestement déraisonnable? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 5, 172.

CONSEIL DES CANADIENS AVEC DÉFICIENCES C. VIA RAIL CANADA INC., 650

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Départ à la retraite d'un associé d'une société de personnes — Nature de l'allocation de retraite — Imposition par le Québec d'un pourcentage de l'allocation de retraite de l'associé correspondant au pourcentage du revenu total de la société gagné dans la province — Associé à la retraite qui ne réside pas au Québec et n'y exerce aucune entreprise dont il aurait tiré un revenu — La province a-t-elle outrepassé son pouvoir de taxation? — La cotisation établie par Revenu Québec doit-elle être annulée? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2) — Loi sur les impôts, L.R.Q., ch. I-3, art. 608, 609, 612.1.

DUNNE C. QUÉBEC (SOUS-MINISTRE DU REVENU), 853

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Compétence du tribunal québécois — Forum non conveniens — Injonction à portée extraterritoriale — Allégation de bris de contrat faite par un grossiste en voyages québécois contre une société mexicaine avec qui elle a contracté et contre trois autres sociétés mexicaines qui ont participé à l'inobservation du contrat — Clause d'élection de for au contrat en faveur des tribunaux québécois — Préjudice allégué subi au Québec — Requête en injonction pour contraindre les sociétés étrangères à respecter le contrat — Cour supérieure compétente pour entendre le litige — Difficulté d'exécution de l'injonction à portée extraterritoriale ne constitue pas un facteur affectant le pouvoir de la Cour supérieure de la prononcer ni ne permet de conclure à l'application de la doctrine du forum non conveniens — Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64, art. 3135, 3148.

IMPULSORA TURISTICA DE OCCIDENTE, S.A. DE C.V. C. TRANSAT TOURS CANADA INC., 867

DROIT MARITIME

Action in rem contre une cargaison — Propriétaire d'une cargaison concluant un contrat d'affrètement avec un transporteur, mais expédiant la cargaison à bord d'un navire exploité par une autre entreprise — Action in rem intentée par le transporteur contre la cargaison — Erreur de la Cour d'appel fédérale commise en radiant la déclaration in rem et en annulant le mandat de saisie de la cargaison — Action « portant » sur la cargaison saisie au sens de l'art. 43(2) de la Loi sur les Cours fédérales — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 43(2).

PHOENIX BULK CARRIERS LTD. C. KREMIKOVTZI TRADE, 588

DROIT MUNICIPAL

Personnes inhabiles aux charges municipales — Policier municipal reconnu coupable d'infractions criminelles — Loi sur les cités et villes prévoyant la disqualification automatique de cinq ans d'un fonctionnaire municipal coupable d'une infraction criminelle — Cette sanction s'applique-t-elle à un policier municipal de façon concomitante à la sanction disciplinaire de destitution prévue par la Loi sur la police? — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6) — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2.

LÉVIS (VILLE) C. FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC., 591

DROITS DE LA PERSONNE

Droit à l'égalité — Obligation d'accommodement — Rôle d'une convention collective dans l'évaluation de l'obligation d'accommodement d'un employeur.

CENTRE UNIVERSITAIRE DE SANTÉ MCGILL (HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL) C. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL, 161

LÉGISLATION

Interprétation — Conflit de lois — L'article 116(6) de la Loi sur les cités et villes et l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police sont-ils incompatibles lorsque les sanctions distinctes qu'ils prévoient comme conséquence d'une infraction criminelle s'appliquent à un policier municipal? — Dans l'affirmative, quelle disposition a préséance sur l'autre? — Loi sur la police, L.R.Q.,

LÉGISLATION — Fin

ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

LÉVIS (VILLE) C. FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC., 591

POLICE

Personnes exclues de la profession — Sanction disciplinaire — Policier municipal destitué après avoir été reconnu coupable d'infractions criminelles — Arbitre substituant une autre sanction à la destitution, en application de l'exception relative aux circonstances particulières que prévoit l'art. 119, al. 2 de la Loi sur la police — L'arbitre a-t-il eu tort de conclure que l'art. 116(6) de la Loi sur les cités et villes, qui prévoit la disqualification automatique pour une période de cinq ans d'un fonctionnaire municipal reconnu coupable d'une infraction criminelle, était inapplicable? — L'arbitre a-t-il eu tort de conclure que le policier avait démontré des circonstances particulières justifiant une sanction autre que la destitution? — Loi sur la police, L.R.Q., ch. P-13.1, art. 119, al. 2 — Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19, art. 116(6).

LÉVIS (VILLE) C. FRATERNITÉ DES POLICIERS DE LÉVIS INC., 591

PROCÉDURE CIVILE

Dépens — Provisions pour frais — Les conditions requises pour accorder une provision pour frais sont-elles remplies?

LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM C. CANADA (COMMISSAIRE DES DOUANES ET DU REVENU), 38

RELATIONS DE TRAVAIL

Convention collective — Clause de perte d'emploi pour absence prolongée — Obligation d'accommodement d'un employeur — Employée incapable de retourner au travail après une absence de trois ans en raison de problèmes de santé — Clause de la convention collective prévoyant qu'un salarié perd son emploi après trois ans d'absence pour cause de maladie — Dans l'appréciation de l'obligation d'accommodement de l'employeur, l'arbitre peut-il considérer la période prévue par la convention collective?

CENTRE UNIVERSITAIRE DE SANTÉ MCGILL (HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL) C. SYNDICAT DES EMPLOYÉS DE L'HÔPITAL GÉNÉRAL DE MONTRÉAL, 161

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Négligence — Responsabilité du fabricant — Lien de causalité — Demandeur grièvement brûlé lorsque le versement d'eau chaude dans le réservoir à essence d'une surfaceuse à glace a causé une explosion et un incendie — Demandeur alléguant des vices de conception de la surfaceuse — Le juge de première instance aurait-il dû faire une comparaison des comportements répréhensibles des parties? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en appliquant le critère du « facteur déterminant » plutôt que le critère de la « contribution appréciable » pour déterminer la causalité?

RESURFICE CORP. C. HANKE, 333

2. Négligence — Responsabilité du fabricant — Prévisibilité — Demandeur grièvement brûlé lorsque le versement d'eau chaude dans le réservoir à essence d'une surfaceuse à glace a causé une explosion et un incendie — Demandeur alléguant des vices de conception de la surfaceuse — Le juge de première instance a-t-il accordé toute l'importance voulue, dans son analyse, aux éléments de preuve relatifs à l'emplacement et à l'identification des réservoirs d'essence et d'eau? — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en omettant de tenir compte des considérations de principe en matière de prévisibilité?

RESURFICE CORP. C. HANKE, 333

RESTITUTION

1. Enrichissement sans cause — Taxes ultra vires — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — Les actions en remboursement de taxes ultra vires doivent-elles être analysées en fonction de principes constitutionnels ou des règles de l'enrichissement sans cause?

KINGSTREET INVESTMENTS LTD. C. NOUVEAU-BRUNSWICK (FINANCES), 3

2. Moyens de défense — Moyen de défense fondé sur le transfert de la perte — Exception des paiements faits sous la contrainte et sous toutes réserves — Demande de remboursement par des contribuables de redevances d'exploitation payées en application de mesures législatives ultra vires — Le moyen de défense fondé sur le transfert de la perte peut-il être invoqué pour refuser le remboursement demandé? — Les paiements faits sous toutes réserves et sous la contrainte par des contribuables sont-ils recouvrables?

KINGSTREET INVESTMENTS LTD. C. NOUVEAU-BRUNSWICK (FINANCES), 3

SUCCESSIONS

1. Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Nature du droit de survie dans le contexte de comptes conjoints.

PECORE C. PECORE, 795

2. Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Éléments de preuve à prendre en compte pour déterminer l'intention de l'auteur du transfert — La preuve de l'intention qui est postérieure au transfert doit-elle être exclue?

PECORE C. PECORE, 795

3. Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Les biens détenus dans les comptes conjoints doivent-ils êtres inclus dans la succession du père à son décès? — La présomption de fiducie résultoire est-elle réfutée? — La présomption d'avancement s'applique-t-elle? — Norme de preuve applicable pour réfuter les présomptions.

PECORE C. PECORE, 795

4. Comptes de banque et de placement conjoints avec droit de survie — Présomptions de fiducie résultoire et d'avancement — Père plaçant des biens à titre gratuit dans des comptes conjoints à son nom et à celui de sa fille — Les biens détenus dans les comptes conjoints doivent-ils êtres inclus dans la succession du père à son décès? — La présomption de fiducie résultoire est-elle réfutée? — La présomption d'avancement s'applique-t-elle?

SUCCESSION MADSEN C. SAYLOR, 838

TRIBUNAUX

1. Compétence — Exécution forcée des ordonnances — Ordonnance pour outrage — Époux déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir omis de garantir ses obligations alimentaires au moyen d'une lettre de crédit irrévocable et de déposer un cautionnement pour dépens — Juge des motions ayant compétence pour prononcer une condamnation pour outrage du fait qu'aucune des ordonnances de garantie n'enjoignait à une personne « de payer une somme d'argent » au sens de la règle 60.11 des Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194.

DICKIE C. DICKIE, 346

2. Cours d'appel — Compétence — Époux déclaré coupable d'outrage au tribunal pour avoir omis de garantir ses obligations alimentaires au moyen d'une lettre de crédit irrévocable et de déposer un cautionnement pour dépens — Époux interjetant appel contre cette condamnation devant la Cour d'appel — La Cour d'appel aurait eu le pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre l'appel, compte tenu du dossier démontrant que l'époux persistait à désobéir aux ordonnances — Question préliminaire concernant la compétence de la Cour d'appel devenue théorique.

DICKIE C. DICKIE, 346

3. Cour fédérale — Compétence en matière réelle — Article 43(2) de la Loi sur les Cours fédérales conférant une compétence en matière réelle « dans toute action portant sur un navire, un aéronef ou d'autres biens » — Signification du mot « portant » — Rejet du critère du « lien matériel » au profit de celui de l'« identifiabilité » pour l'interprétation de l'art. 43(2) — L'action « porte » sur la cargaison lorsque celle-ci est celle visée par le contrat d'affrètement dont la rupture est alléguée — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 43(2).

PHOENIX BULK CARRIERS LTD. C. KREMIKOVTZI TRADE, 588